

Tijdschrift@ipr.be

TIJDSCHRIFT VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT



Revue@dipr.be

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

2016/4

INHOUD/CONTENU

Redactie – Rédaction:

Johan Erauw (UGent)
Marc Fallon (UCLouvain la Neuve)
Stéphanie Francq (UCLouvain la Neuve)
Thalia Kruger (UAntwerpen)
Johan Meeusen (UAntwerpen)
Marta Pertegás Sender (UAntwerpen)
Maud Piers (UGent)
Geert Van Calster (KU Leuven)
Jinske Verhellen (UGent)
Patrick Wautelet (ULiège)

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

Laura Deschuyteneer – Erinda Mehmeti – Jinske Verhellen

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 2016/4

Mode de citation

Revue@dipr.be 2016/4

ISSN 2030-4072

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Naku tegen Litouwen en Zweden, arrest van 8 november 2016

Cour européenne des droits de l'homme, Foulon et Bouvet contre France, arrêt du 21 juillet 2016

Europese Hof voor de Rechten van de Mens, G.N. tegen Polen, arrest van 19 juli 2016

Europese Hof voor de Rechten van de Mens, E.S tegen Roemenië en Bulgarije, arrest van 19 juli 2016

Hof van Justitie, zaak C-618/15, Concurrence SARL tegen Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl, arrest van 21 december 2016

Hof van Justitie, zaak C-417/15, Wolfgang Schmidt tegen Christiane Schmidt, arrest van 16 november 2016

Hof van Justitie, zaak C-212/15, ENEFI Energiahatékonyag Nyrt tegen Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov (DGRFP), arrest van 9 november 2016

Hof van Justitie, zaak C-428/15, Child and Family Agency tegen J. D., arrest van 27 oktober 2016

Hof van Justitie, zaak C-195/15, SCI Senior Home, in surseance van betaling, tegen Gemeente Wedemark, Hannoversche Volksbank eG, arrest van 26 oktober 2016

Hof van Justitie, zaak C-294/15, Edyta Mikołajczyk tegen Marie Louise Czarnecka, Stefan Czarnecki, arrest van 13 oktober 2016

Hof van Justitie, zaak C-185/15, Marjan Kostanjevec tegen F&S Leasing GmbH, arrest van 12 oktober 2016

Grondwettelijk Hof, arrest van 22 september 2016

Hof van Cassatie, arrest van 7 november 2016

Cour de cassation, arrêt du 3 novembre 2016

Cour de cassation, arrêt du 15 septembre 2016

Hof van Cassatie, arrest van 9 september 2016

Cour de cassation, arrêt du 8 septembre 2016

Hof van Cassatie, arrest van 29 oktober 2015

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 30 juin 2016

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 29 juin 2016

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 17 juin 2016

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 1 juin 2016

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 13 mai 2016

Tribunal de première instance Liège (div. Verviers), jugement du 18 août 2016

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 15 februari 2016

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 26 oktober 2015

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 12 oktober 2015



Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 29 juni
2015

Tribunal de la famille Brabant wallon, jugement du
4 février 2016

Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, arrest van 9
augustus 2016

Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, arrest van 9
augustus 2016

RECHTSLEER/DOCTRINE

Apers, Elsemiek (KU Leuven) – De atleet met een internationale carrière en het IPR: hoe sportief is die combinatie? Noot onder Hof van Cassatie van 29 oktober 2015

Bambust, Isabelle (UGent) – Het collectief herstel en de taal van de oproeping – de Nederlandse Fortis-affaire als voorbeeld

Qerimi, Donikë (UGent) – International sales of software and their jurisdictional implications: focus on the exchange between the third state and the EU

Wautelet, Patrick (Université de Liège) – Acquisition de la nationalité belge et participation au marché de l'emploi : quelle place pour l'appréciation par le juge?

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation

Boekbespreking / Critique littéraire

Den Haese, Sarah (UGent) – Tien jaar toepassing van het Marokkaans Familiewetboek in Marokko en Europa



INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE 9

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Naku tegen Litouwen en Zweden, arrest van 8 november 2016 9

Overeenkomst – Arbeidsovereenkomst – Ambassade – Staatsimmunité – Schending van artikel 6 EVRM
– Recht op toegang tot de rechter – Verdrag van de VN inzake de immunité van rechtsmacht van staten
en hun eigendommen 9

Contrat – Contrat de travail – Ambassade – Immunité d’Etat – Violation de l’article 6 CEDH – Droit
d’accès au juge – Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs
biens 9

Cour européenne des droits de l’homme, Foulon et Bouvet contre France, arrêt du 21 juillet 2016 10

Reconnaissance et exécution – Filiation – Gestation pour autrui – Refus de transcription de l’acte de
naissance – Violation de l’article 8 CEDH 10

Erkenning en tenuitvoerlegging – Afstamming – Draagmoederschap – Weigering overschrijving
geboorteakte – Schending artikel 8 EVRM 10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, G.N. tegen Polen, arrest van 19 juli 2016 11

Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Kinderontvoering – Artikel 13(b) – Verzet tegen
terugkeer – Positieve verplichting voor de staat – Recht op respect voor het privé- en familieven –
Schending artikel 8 EVRM 11

Convention de La Haye de 1980 (enlèvement d’enfant) – Enlèvement d’enfant – Article 13(b) –
Opposition au retour – Obligation positive de l’Etat – Droit au respect de la vie privée et familiale –
Violation de l’article 8 CEDH 11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, E.S tegen Roemenië en Bulgarije, arrest van 19 juli 2016 12

Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Kinderontvoering – Ouderlijk verantwoordelijkheid
– Schending van artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieven – Positieve
verplichting voor de Staat – Duur van de nationale procedure inzake het ouderlijke verantwoordelijkheid –
Duur van de procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlands vonnis 12

Convention de La Haye de 1980 (enlèvement d’enfant) – Enlèvement d’enfant – Responsabilité parentale
– Violation de l’article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale – Obligation positive de
l’Etat – Longueur de la procédure nationale relative à la responsabilité parentale – Longueur de la
procédure relative à la reconnaissance et l’exécution du jugement étranger 12

Hof van Justitie, zaak C-618/15, Concurrence SARL tegen Samsung Electronics France SAS, Amazon Services
Europe Sarl, arrest van 21 december 2016 13

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I)
– Rechterlijke bevoegdheid – Verbintenissen uit onrechtmatige daad – Selectief distributienetwerk –
Onlinedoorverkoop buiten een netwerk – Vordering tot staking van de onrechtmatige verstoring –
Aanknopingspunt 13

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) –
Compétence judiciaire – Matière délictuelle ou quasi délictuelle – Réseau de distribution sélective –
Revente hors d’un réseau sur Internet – Action en cessation du trouble illicite – Lien de rattachement 13

Hof van Justitie, zaak C-417/15, Wolfgang Schmidt tegen Christiane Schmidt, arrest van 16 november 2016 .. 14

Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis)
– Rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en
handelszaken – Werkingsfeer – Artikel 24, punt 1, eerste alinea – Exclusieve bevoegdheid voor zakelijke
rechten op onroerende goederen – Artikel 7, punt 1, onder a) – Bijzondere bevoegdheid ten aanzien van
verbintenissen uit overeenkomst – Vordering tot vernietiging van een schenkingsovereenkomst betreffende
een onroerend goed en tot doorhaling van de inschrijving van een eigendomsrecht in het kadaster 14

Renvoi préjudiciel — Espace de liberté, de sécurité et de justice — Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis)
— Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale —
Champ d’application — Article 24, point 1, premier alinéa — Compétences exclusives en matière de
droits réels immobiliers — Article 7, point 1, sous a) — Compétences spéciales en matière contractuelle



— Action visant à l’annulation d’un acte de donation d’un immeuble et à la radiation du registre foncier de l’inscription d’un droit de propriété.....	14
Hof van Justitie, zaak C-212/15, ENEFI Energiahatékony Sági Nyrt tegen Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov (DGRFP), arrest van 9 november 2016	15
Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Insolventieprocedures – Verordening 1346/2000 (Insolventie) – Artikel 4 – Door de regeling van een lidstaat beheerste gevolgen voor vorderingen die niet het voorwerp waren van de insolventieprocedure – Verval van recht – Fiscale aard van de vordering – Geen invloed – Artikel 15 – Begrip “lopende rechtsvorderingen” – Tenuitvoerleggingsprocedures – Daarvan uitgesloten.....	15
Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Procédures d’insolvabilité – Règlement 1346/2000 (Insolvabilité) – Article 4 – Effets prévus par la réglementation d’un État membre sur les créances n’ayant pas fait l’objet de la procédure d’insolvabilité – Déchéance – Nature fiscale de la créance – Absence d’incidence – Article 15 – Notion d’“instances en cours” – Procédures d’exécution forcée – Exclusion	15
Hof van Justitie, zaak C-428/15, Child and Family Agency tegen J. D., arrest van 27 oktober 2016	16
Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Verordening nr. 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 15 – Verwijzing van de zaak naar een gerecht van een andere lidstaat – Werkingsfeer – Toepassingsvooraarden – Gerecht dat beter in staat is de zaak te behandelen – Belang van het kind.....	16
Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Règlement n° 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 15 – Renvoi de l’affaire à une juridiction d’un autre État membre – Champ d’application – Conditions d’application – Juridiction mieux placée – Intérêt supérieur de l’enfant	16
Hof van Justitie, zaak C-195/15, SCI Senior Home, in surseance van betaling, tegen Gemeente Wedemark, Hannoversche Volksbank eG, arrest van 26 oktober 2016	17
Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Insolventieprocedures – Verordening nr. 1346/2000 (Insolventie) – Artikel 5 – Begrip ‘zakelijke rechten van derden’ – Publieke last op onroerende goederen die de heffing van de grondbelasting waarborgt.....	17
Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Coopération judiciaire en matière civile – Procédures d’insolvabilité – Règlement n° 1346/2000 (Insolvabilité) – Article 5 – Notion de “droits réels des tiers” – Charge publique grevant les biens immobiliers et garantissant la perception de la taxe foncière	17
Hof van Justitie, zaak C-294/15, Edyta Mikołajczyk tegen Marie Louise Czarnecka, Stefan Czarnecki, arrest van 13 oktober 2016	18
Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Verordening nr. 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 1, lid 1, onder a) – Materiële werkingsfeer – Verzoek tot nietigverklaring van een huwelijk ingediend door een derde na het overlijden van een van de echtgenoten – Artikel 3, lid 1 – Bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat van de verblijfplaats van de “verzoeker”	18
Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Règlement n° 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 1er, paragraphe 1, sous a) – Champ d’application matériel – Action en annulation de mariage introduite par un tiers après le décès de l’un des époux – Article 3, paragraphe 1 – Compétence des juridictions de l’État membre de résidence du “demandeur”	18
Hof van Justitie, zaak C-185/15, Marjan Kostanjevec tegen F&S Leasing GmbH, arrest van 12 oktober 2016..	19
Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening nr. 44/2001 (Brussel I) – Artikel 6, punt 3 – Begrip ‘tegenvordering’ – Vordering gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking – Betaling van een bedrag dat verschuldigd is krachtens een vernietigde beslissing – Temporele toepassing	19

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement n° 44/2001 (Bruxelles I) – Article 6, point 3 – Notion de “demande reconventionnelle” – Demande fondée sur un enrichissement sans cause – Paiement d’un montant dû en vertu d’une décision annulée – Application dans le temps	19
Grondwettelijk Hof, arrest van 22 september 2016	20
Huwelijk – Beroep tegen de weigering om het huwelijk te voltrekken – Rechtsplegingsvergoeding – Artikel 1022 Ger.W.....	20
Mariage – Recours contre le refus de célébrer le mariage – Idemnité de procédure – Article 1022 C. jud.	20
Hof van Cassatie, arrest van 7 november 2016	26
Financiële schade ten gevolge van een betaling – Onrechtmatige daad – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 5, 3 – Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – Plaats van de bankrekening van diegene die de betaling heeft verricht – Belgische rechter bevoegd	26
Dommage financier résultant d’un paiement – Responsabilité extra-contractuelle – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 5, 3 – Localisation du fait dommageable – Localisation du compte bancaire de la personne qui a effectué le paiement – Juge belge compétent	26
Cour de cassation, arrêt du 3 novembre 2016	30
Reconnaissance – Divorce – Convention entre la Belgique et la Suisse du 29 avril 1959 – Litipendance – Décision définitif – Mesures provisoires ou conservatoires	30
Erkenning – Echtscheiding – Overeenkomst tussen België en Zwiterland van 29 april 1959 – Litispendentie – Definitieve beslissing – Voorlopige en bewarende maatregelen	30
Cour de cassation, arrêt du 15 septembre 2016.....	33
Compétence internationale – Contrat – Assurances – Convention de Bruxelles de 1968 – Article 8 – Article 10 – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 9, § 1er, b)	33
Internationale bevoegdheid – Overeenkomst – Verzekeringen – Verdrag van Brussel van 1968 – Artikel 8 – Artikel 10 – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 9, §1, b)	33
Hof van Cassatie, arrest van 9 september 2016.....	36
Huwelijksvermogenstelsel – Toepasselijk recht – Artikel 3, lid 3 BW –Toepassing nationale wet – Geen gemeenschappelijke nationaliteit – Artikel 5 Haags Nationaliteitsverdrag – Dubbele nationaliteit – Griekse nationaliteitswetgeving – Nederlandse nationaliteitswetgeving	36
Régimes matrimoniaux – Droit applicable – Article 3, 3 C. civ. – Application de la loi nationale – Absence de nationalité commune – Article 5 de la Convention de La Haye relative aux conflits de nationalités – Double nationalité – Législation relative à la nationalité grecque – Législation relative à la nationalité néerlandaise	36
Cour de cassation, arrêt du 8 septembre 2016.....	40
Mariage – Mariage simulé – Article 146bis C. civ. – Article 8 CEDH	40
Huwelijk – Schijnhuwelijk – Artikel 146bis BW – Artikel 8 EVRM	40
Hof van Cassatie, arrest van 29 oktober 2015	43
Erkenning en uitvoerbaarverklaring van de rechterlijke beslissingen – Tenuitvoerlegging van een Belgische rechterlijke beslissing in Duitsland – Dwangsom bij niet-nakoming van hoofdveroordeling – Artikel 1385bis Ger.W. – Artikel 33, 1 Brussel I Vo – Artikel 38, 1 Brussel I Vo – Dwangsom wordt verbeurd enkel indien de hoofdveroordeling uitvoerbaar is verklaard	43
Reconnaissance et exécution d'une décision judiciaire – Exécution d'une décision belge en Allemagne – Astreinte sanctionnant la non-exécution d'une condamnation principale – Article 1385bis C. jud. – Article 3 Règlement Bruxelles <i>Ibis</i> – Article 38, 1 Règlement Bruxelles <i>Ibis</i> – Astreinte liquidée uniquement si la condamnation principale est déclarée exécutoire	43
Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 30 juni 2016	44
Compétence internationale – Divorce – Règlement 2201/2003 (Bruxelles <i>Ibis</i>) – Litipendance – Article 19 – «Séparation consensuelle» en Italie – Article 3.1.a), dernier tiret – Article 3.1.b) – Résidence habituelle – Régime matrimonial – Article 42 CODIP – Responsabilité parentale – Article 8 Bruxelles <i>Ibis</i> – Article 12 Bruxelles <i>Ibis</i> – Aliment – Règlement 4/2009 (Aliments) – Article 8	44



Internationale bevoegdheid – Echtscheiding – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Aanhangigheid – Artikel 19 – “Séparation consensuelle” in Italië – Artikel 3.1.a), laatste streepje – Artikel 3.1.b) – Gewone verblijfplaats – Huwelijksvermogen – Artikel 42 WIPR – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Artikel 8 Brussel IIbis – Artikel 12 Brussels IIbis – Alimentatie – Verordening 4/2009 (Alimentatie) – Artikel 8... 44	
Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 29 juin 2016	52
Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Responsabilité parentale – Compétence internationale – Article 15 – Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire – Droit applicable – Convention de La Haye du 1996 (protection des enfants) – Article 15 – Modalités financières.....	52
Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale bevoegdheid – Artikel 15 – Verwijzing naar een gerecht dat beter in staat is de zaak te behandelen –Toepasselijk recht – Verdrag van Den Haag van 1996 (kinderbescherming) – Artikel 15 – Financiële modaliteiten	52
Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 17 juin 2016	57
Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Article 11.8 – Certificat article 41 – Certificat article 42 – Convention de La Haye du 1996 (protection des enfants) – Article 15 loi du for – Convention de La Haye du 1980 (enlèvement enfants) – Article 13, b – Audition des enfants	57
Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Artikel 11.8 – Certificaat artikel 41 – Certificaat artikel 42 – Verdrag van Den Haag van 1996 (kinderbescherming) – Artikel 15 recht van het forum – Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Artikel 13, b – Horen van de kinderen.....	57
Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 1 juin 2016	83
Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Compétence internationale – Article 8 – Article 10 – Articles 11.6-11.7 – Juridiction nationale – Convention de La Haye du 1980 (enlèvement enfants) – Article 13, b	83
Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Internationale bevoegdheid – Artikel 8 – Artikel 10 – Artikelen 11.6-11.7 – Nationale bevoegdheid – Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Artikel 13, b	83
Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 13 mai 2016.....	91
Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Responsabilité parentale – Compétence internationale – Article 15 – Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire – Intérêt de l'enfant	91
Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale bevoegdheid – Artikel 15 – Verwijzing naar een gerecht dat beter in staat is de zaak te behandelen – Belang van het kind	91
Tribunal de première instance Liège (div. Verviers), jugement du 18 août 2016	98
Nationalité – Code de la Nationalité belge – Déclaration de nationalité – Article 12bis CNB – Intégration sociale – «Caractère ininterrompu» de l'occupation professionnelle – Article 12bis, § 1, 2°, littera d, in fine – Connaissance linguistique	98
Nationaliteit – Wetboek van de Belgische Nationaliteit – Nationaliteitsverklaring – Artikel 12bis WBN – Maatschappelijke integratie – “Ononderbroken karakter” van de beroepsactiviteit – Artikel 12bis, § 1, 2°, d), laatste streepje – Talenkennis.....	98
Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 15 februari 2016.....	101
Betwisting van vaderschap – Internationale bevoegdheid – Artikel 61 WIPR – Belgische rechters – Toepasselijk recht – Artikel 62, § 1 WIPR – Recht van de staat waarvan men de nationaliteit heeft – Marokkaans recht – Heropening debatten – Vordering tot nietigverklaring van ‘schijnerkenning’ – Strijdigheid openbare orde – Wetsontduiking – Gegrond	101
Contestation de la paternité – Compétence internationale – Article 61 CODIP – Compétence des juges belges – Droit applicable – Article 62 § 1 CODIP – Droit de l'Etat de la nationalité de l'intéressé – Droit marocain – Réouverture des débats – Action en annulation d'une reconnaissance de complaisance – Violation de l'ordre public – Fraude à la loi – Recours fondé.....	101
Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 26 oktober 2015	113

Interlandelijke adoptie – Internationale bevoegdheid – Artikel 66 WIPR – Belgische rechter – Toepasselijk recht – De wijze van totstandkoming – Artikel 69 WIPR – Belgisch recht – Toestemmingen – Artikel 68 WIPR – Filippijns recht – Grondvoorwaarden – Artikel 67 WIPR – Volle adoptie – Belang van het kind	113
Adoption internationale – Compétence internationale – Article 66 CODIP – Juge belge – Droit applicable – Conditions de l'établissement – Article 69 CODIP – Droit belge – Consentements – Article 68 CODIP – Droit philippin – Conditions substantielles – Article 67 CODIP – Adoption plénière – Intérêt de l'enfant	113
Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 12 oktober 2015	124
Betwisting van vaderschap en vaststelling van vaderschap – Internationale bevoegdheid – Artikel 61 WIPR – Belgische rechters – Toepasselijk recht – Artikel 62, § 1 WIPR – Recht van de staat waarvan men de nationaliteit heeft – Betwisting vaderschap – Indonesisch recht – Strijdig met openbare orde – Artikel 21 WIPR – Belgisch recht van toepassing – Artikel 318, § 1 BW – Vaststelling vaderschap – Italiaans recht	124
Contestation de paternité et établissement de paternité – Compétence internationale – Article 61 CODIP – Compétence des juges belges – Droit applicable – Article 62 § 1 CODIP – Droit de l'Etat dont l'intéressé possède la nationalité – Contestation de paternité – Droit indonésien – Violation de l'ordre public – Article 21 CODIP – Application du droit belge – Article 318, § 1 C. civ. – Contestation de paternité – Droit italien	124
Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 29 juni 2015	132
Adoptie – Na draagmoederschap – Bevoegdheid – Artikel 66 WIPR – Toepasselijk recht – Artikelen 67-70 WIPR – Binnenlandse of interlandelijke adoptie – Volle adoptie – Belang van het kind	132
Adoption – Gestation pour autrui – Compétence – Article 66 CODIP – Droit applicable – Article 67-70 CODIP – Adoption interne et internationale – Adoption plénière – Intérêt de l'enfant	132
Tribunal de la famille Brabant wallon, jugement du 4 février 2016	144
Compétence internationale – Divorce – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Litispendance – Article 19 – Article 3 – Résidence habituelle	144
Internationale bevoegdheid – Echtscheiding – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Aanhangigheid – Artikel 19 – Artikel 3 – Gewone verblijfplaats	144
Raad voor Vreemdelingenbetwisten, arrest van 9 augustus 2016	151
Beslissing tot weigering verblijf van meer dan drie maanden – Artikelen 40bis-40ter Vreemdelingenwet – Artikel 52 Vreemdelingenbesluit – Voorwaarden voor gezinshereniging – Marokkaanse huwelijksakte – Artikel 27 WIPR – <i>De plano</i> erkenning – Schending formele motiveringsplicht – Vernietiging van de beslissing	151
Décision de refus d'un séjour de plus de trois mois – Articles 40bis et 40ter Loi relative aux étrangers – Article 52 Arrêté royal relatif aux étrangers – Conditions relatives au regroupement familial – Acte de mariage marocain – Article 27 CODIP – Reconnaissance <i>de plano</i> – Violation de l'obligation formelle de motivation – Annulation de la décision	151
Raad voor Vreemdelingenbetwisten, arrest van 9 augustus 2016	159
Beslissing tot weigering verblijf van meer dan drie maanden – Artikelen 40bis-40ter Vreemdelingenwet – Artikel 52 Vreemdelingenbesluit – Voorwaarden voor gezinshereniging – Ghanese geboorteakte – Artikel 27 WIPR – <i>De plano</i> erkenning – Schending formele motiveringsplicht – Vernietiging van de beslissing	159
Décision de refus d'un séjour de plus de trois mois – Articles 40bis et 40ter Loi relative aux étrangers – Article 52 Arrêté royal relatif aux étrangers – Conditions relatives au regroupement familial – Acte de naissance ghanéen – Article 27 CODIP – Reconnaissance <i>de plano</i> – Violation de l'obligation formelle de motivation – Annulation de la décision	159
RECHTSLEER/DOCTRINE.....	166
Apers, Elsevier (KU Leuven) – De atleet met een internationale carrière en het IPR: hoe sportief is die combinatie? Noot onder Hof van Cassatie van 29 oktober 2015	166

Bambust, Isabelle (UGent) – Het collectief herstel en de taal van de oproeping – de Nederlandse Fortis-affaire als voorbeeld	170
Qerimi, Donikë (UGent) – International sales of software and their jurisdictional implications: focus on the exchange between the third state and the EU	176
Wautelet, Patrick (Université de Liège) – Acquisition de la nationalité belge et participation au marché de l'emploi : quelle place pour l'appréciation par le juge?	195
ACTUALITEIT/ACTUALITÉ	199
Regelgeving / Réglementation	199
Boekbespreking / Critique littéraire	200
Den Haese, Sarah (UGent) – Tien jaar toepassing van het Marokkaans Familiewetboek in Marokko en Europa	200

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Naku tegen Litouwen en Zweden, arrest van 8 november 2016

Overeenkomst – Arbeidsovereenkomst – Ambassade – Staatsimmunitéit – Schending van artikel 6 EVRM – Recht op toegang tot de rechter – Verdrag van de VN inzake de immunitéit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen

Contrat – Contrat de travail – Ambassade – Immunité d'Etat – Violation de l'article 6 CEDH – Droit d'accès au juge – Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Cour européenne des droits de l'homme, Foulon et Bouvet contre France, arrêt du 21 juillet 2016

Reconnaissance et exécution – Filiation – Gestation pour autrui – Refus de transcription de l'acte de naissance – Violation de l'article 8 CEDH

Erkenning en tenuitvoerlegging – Afstamming – Draagmoederschap – Weigering overschrijving geboorteakte – Schending artikel 8 EVRM

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, G.N. tegen Polen, arrest van 19 juli 2016

Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Kinderontvoering – Artikel 13(b) – Verzet tegen terugkeer – Positieve verplichting voor de staat – Recht op respect voor het privé- en familieleven – Schending artikel 8 EVRM

Convention de La Haye de 1980 (enlèvement d'enfant) – Enlèvement d'enfant – Article 13(b) – Opposition au retour – Obligation positive de l'Etat – Droit au respect de la vie privée et familiale – Violation de l'article 8 CEDH

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, E.S tegen Roemenië en Bulgarije, arrest van 19 juli 2016

Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Kinderontvoering – Ouderlijk verantwoordelijkheid – Schending van artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven – Positieve verplichting voor de Staat – Duur van de nationale procedure inzake het ouderlijke verantwoordelijkheid – Duur van de procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlands vonnis

Convention de La Haye de 1980 (enlèvement d'enfant) – Enlèvement d'enfant – Responsabilité parentale – Violation de l'article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale – Obligation positive de l'Etat – Longueur de la procédure nationale relative à la responsabilité parentale – Longueur de la procédure relative à la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-618/15, Concurrence SARL tegen Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sarl, arrest van 21 december 2016

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Rechterlijke bevoegdheid – Verbintenissen uit onrechtmatige daad – Selectief distributienetwerk – Onlinedoorverkoop buiten een netwerk – Vordering tot staking van de onrechtmatige verstoring – Aanknopingspunt

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétence judiciaire – Matière délictuelle ou quasi délictuelle – Réseau de distribution sélective – Revente hors d'un réseau sur Internet – Action en cessation du trouble illicite – Lien de rattachement

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-417/15, Wolfgang Schmidt tegen Christiane Schmidt, arrest van 16 november 2016

Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis) – Rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Werkingssfeer – Artikel 24, punt 1, eerste alinea – Exclusieve bevoegdheid voor zakelijke rechten op onroerende goederen – Artikel 7, punt 1, onder a) – Bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst – Vordering tot vernietiging van een schenkingsovereenkomst betreffende een onroerend goed en tot doorhaling van de inschrijving van een eigendomsrecht in het kadaster

Renvoi préjudiciel — Espace de liberté, de sécurité et de justice — Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis) — Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale — Champ d'application — Article 24, point 1, premier alinéa — Compétences exclusives en matière de droits réels immobiliers — Article 7, point 1, sous a) — Compétences spéciales en matière contractuelle — Action visant à l'annulation d'un acte de donation d'un immeuble et à la radiation du registre foncier de l'inscription d'un droit de propriété

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-212/15, ENEFI Energiahatékony Sági Nyrt tegen Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov (DGRFP), arrest van 9 november 2016

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Insolventieprocedures – Verordening 1346/2000 (Insolventie) – Artikel 4 – Door de regeling van een lidstaat beheerde gevolgen voor vorderingen die niet het voorwerp waren van de insolventieprocedure – Verval van recht – Fiscale aard van de vordering – Geen invloed – Artikel 15 – Begrip “lopende rechtsvorderingen” – Tenuitvoerleggingsprocedures – Daarvan uitgesloten

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Procédures d’insolvabilité – Règlement 1346/2000 (Insolvabilité) – Article 4 – Effets prévus par la réglementation d’un État membre sur les créances n’ayant pas fait l’objet de la procédure d’insolvabilité – Déchéance – Nature fiscale de la créance – Absence d’incidence – Article 15 – Notion d’“instances en cours” – Procédures d’exécution forcée – Exclusion

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-428/15, Child and Family Agency tegen J. D., arrest van 27 oktober 2016

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Verordening nr. 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 15 – Verwijzing van de zaak naar een gerecht van een andere lidstaat – Werkingssfeer – Toepassingsvoorwaarden – Gerecht dat beter in staat is de zaak te behandelen – Belang van het kind

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Règlement n° 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 15 – Renvoi de l'affaire à une juridiction d'un autre État membre – Champ d'application – Conditions d'application – Juridiction mieux placée – Intérêt supérieur de l'enfant

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-195/15, SCI Senior Home, in surseance van betaling, tegen Gemeente Wedemark, Hannoversche Volksbank eG, arrest van 26 oktober 2016

Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Insolventieprocedures – Verordening nr. 1346/2000 (Insolventie) – Artikel 5 – Begrip ‘zakelijke rechten van derden’ – Publieke last op onroerende goederen die de heffing van de grondbelasting waarborgt

Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Coopération judiciaire en matière civile – Procédures d'insolvabilité – Règlement n° 1346/2000 (Insolvabilité) – Article 5 – Notion de “droits réels des tiers” – Charge publique grevant les biens immobiliers et garantissant la perception de la taxe foncière

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-294/15, Edyta Mikołajczyk tegen Marie Louise Czarnecka, Stefan Czarnecki, arrest van 13 oktober 2016

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Verordening nr. 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 1, lid 1, onder a) – Materiële werkingssfeer – Verzoek tot nietigverklaring van een huwelijk ingediend door een derde na het overlijden van een van de echtgenoten – Artikel 3, lid 1 – Bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat van de verblijfplaats van de “verzoeker”

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Règlement n° 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 1er, paragraphe 1, sous a) – Champ d’application matériel – Action en annulation de mariage introduite par un tiers après le décès de l’un des époux – Article 3, paragraphe 1 – Compétence des juridictions de l’État membre de résidence du “demandeur”

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-185/15, Marjan Kostanjevec tegen F&S Leasing GmbH, arrest van 12 oktober 2016

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening nr. 44/2001 (Brussel I) – Artikel 6, punt 3 – Begrip ‘tegenvordering’ – Vordering gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking – Betaling van een bedrag dat verschuldigd is krachtens een vernietigde beslissing – Temporele toepassing

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement n° 44/2001 (Bruxelles I) – Article 6, point 3 – Notion de “demande reconventionnelle” – Demande fondée sur un enrichissement sans cause – Paiement d’un montant dû en vertu d’une décision annulée – Application dans le temps

[Hier](#) vindt u de volledige tekst van dit arrest.

[Ici](#), vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Grondwettelijk Hof, arrest van 22 september 2016

Huwelijk – Beroep tegen de weigering om het huwelijk te voltrekken – Rechtsplegingsvergoeding – Artikel 1022 Ger.W.

Mariage – Recours contre le refus de célébrer le mariage – Idemnité de procédure – Article 1022 C. jud.

Arrest nr. 114/2016

In zake: de prejudiciële vraag betreffende artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals van kracht vóór de wijziging ervan bij de wet van 21 februari 2010, gesteld door het Hof van Beroep te Bergen.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters J. Spreutels en E. De Groot, en de rechters L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Moerman, E. Derycke en F. Daoüt, bijgestaan door de griffier F. Meersschaut, onder voorzitterschap van voorzitter J. Spreutels,

wijst na beraad het volgende arrest:

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging

Bij arrest van 2 maart 2015 in zake Cécile Jenart en Marouan El Arbaoui tegen de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Dour, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 13 maart 2015, heeft het Hof van Beroep te Bergen de volgende prejudiciële vraag gesteld:

« Schendt artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het is opgesteld in afwachting van de inwerkingtreding van de wet van 21 februari 2010 (en gelezen overeenkomstig, onder andere, de arresten van het Grondwettelijk Hof van 18 mei 2011 (nr. 83/2011) en 8 maart 2012 (nr. 43/2012)), de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre een rechtsplegingsvergoeding ten laste kan worden gelegd van de partij die in het ongelijk wordt gesteld in een beroep dat tegen de ambtenaar van de burgerlijke stand is ingesteld op grond van artikel 167, laatste lid, van het Burgerlijk Wetboek, terwijl wanneer de ambtenaar van de burgerlijke stand in datzelfde kader in het ongelijk wordt gesteld, hem geen rechtsplegingsvergoeding kan worden opgelegd ? ».

De Ministerraad, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. B. Renson, advocaat bij de balie te Brussel, heeft een memorie ingediend.

Bij beschikking van 2 juni 2016 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers J.-P. Moerman en A. Alen te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij de Ministerraad binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat,



behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 29 juni 2016 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtingzitting werd ingediend, is de zaak op 29 juni 2016 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

Op 3 september 2013 neemt de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Dour akte van de huwelijksaangifte gedaan door Cécile Jenart en Marouan El Arbaoui. Op 4 december 2013 geeft hij aan die beide personen kennis van zijn beslissing om de voltrekking van het huwelijk te weigeren.

Bij vonnis van 26 maart 2014 verklaart de voorzitster van de Rechtbank van eerste aanleg te Bergen het tegen die beslissing ingestelde beroep ongegrond en laat zij aan elk van de partijen de gedane uitgaven en de gemaakte kosten, waarbij zij argumenten put uit het arrest van het Hof nr. 57/2013 van 25 april 2013.

Het Hof van Beroep te Bergen, waarbij het hoger beroep tegen dat vonnis is ingesteld, bevestigt het vonnis in zoverre het betrekking heeft op de geldigheid van de beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Wat de veroordeling in de kosten betreft, acht het Hof van Beroep, dat het argument van de eerste rechter verwerpt en uit het arrest nr. 132/2013 van 26 september 2013 en uit het arrest nr. 54/2014 van 27 maart 2014 afleidt dat het ongrondwettig zou zijn geweest de ambtenaar van de burgerlijke stand die in het ongelijk wordt gesteld, te veroordelen tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding, het noodzakelijk om ambtshalve aan het Hof de hiervoor weergegeven prejudiciële vraag te stellen.

III. In rechte

– A –

A.1. De Ministerraad is van mening dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord.

A.2. Hij betoogt dat het verschil in behandeling waarvan in de vraag gewag wordt gemaakt, niet bestaat.

Hij merkt dienaangaande op dat het Hof, bij het arrest nr. 54/2014, weliswaar had geoordeeld dat het blootstellen van de ambtenaar van de burgerlijke stand die partij was bij een procedure ingesteld met toepassing van artikel 167, zesde lid, van het Burgerlijk Wetboek, aan de veroordeling tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding, in strijd was met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Maar hij merkt ook op dat het Hof, bij het arrest nr. 68/2015 van 21 mei 2015, op dat standpunt is teruggekomen door te oordelen dat artikel 1017, eerste lid, in samenhang gelezen met de artikelen 1018, 6°, en 1022, van het Gerechtelijk Wetboek, in die zin moest worden geïnterpreteerd dat het niet belet dat de ambtenaar van de burgerlijke stand die in het ongelijk wordt gesteld na afloop van het onderzoek van een beroep ingesteld met

toepassing van artikel 167 van het Burgerlijk Wetboek, tot de betaling van een dergelijke vergoeding wordt veroordeeld.

– B –

B.1. Artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, ingevoegd bij artikel 7 van de wet van 21 april 2007 en vervolgens gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 22 december 2008, bepaalt :

« De rechtsplegingsvergoeding is een forfataire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Na het advies te hebben ingewonnen van de Orde van Vlaamse Balies en van de Ordre des barreaux francophones et germanophone, stelt de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad de basis-, minimum- en maximumbedragen vast van de rechtsplegingsvergoeding, onder meer in functie van de aard van de zaak en van de belangrijkheid van het geschil.

Op verzoek van een van de partijen, dat in voorkomend geval wordt gedaan na ondervraging door de rechter, kan deze bij een met bijzondere redenen omklede beslissing ofwel de vergoeding verminderen, ofwel die verhogen, zonder de door de Koning bepaalde maximum- en minimumbedragen te overschrijden. Bij zijn beoordeling houdt de rechter rekening met:

- de financiële draagkracht van de verliezende partij, om het bedrag van de vergoeding te verminderen;
- de complexiteit van de zaak;
- de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij;
- het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

Indien de in het ongelijk gestelde partij van de tweedelijns juridische bijstand geniet, wordt de rechtsplegingsvergoeding vastgelegd op het door de Koning vastgestelde minimum, tenzij in geval van een kennelijk onredelijke situatie. De rechter motiveert in het bijzonder zijn beslissing op dat punt.

Wanneer meerdere partijen de rechtsplegingsvergoeding ten laste van dezelfde in het ongelijk gestelde partij genieten, bedraagt het bedrag ervan maximum het dubbel van de maximale rechtsplegingsvergoeding waarop de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen aanspraak kan maken. Ze wordt door de rechter tussen de partijen verdeeld.

Geen partij kan boven het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding worden aangesproken tot betaling van een vergoeding voor de tussenkomst van de advocaat van een andere partij ».

Artikel 2 van de wet van 21 februari 2010, dat verscheidene wijzigingen aanbrengt in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, zal in werking treden op de dag die de Koning zal bepalen (artikel 6 van die wet).

B.2. Artikel 167 van het Burgerlijk Wetboek, hersteld bij artikel 15 van de wet van 4 mei 1999 en vervolgens gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 1 maart 2000, bepaalde, vóór de inwerkingtreding van artikel 5 van de wet van 2 juni 2013:



« De ambtenaar van de burgerlijke stand weigert het huwelijk te voltrekken wanneer blijkt dat niet is voldaan aan de hoedanigheden en voorwaarden vereist om een huwelijk te mogen aangaan, of indien hij van oordeel is dat de voltrekking in strijd is met de beginselen van de openbare orde.

Indien er een ernstig vermoeden bestaat dat niet is voldaan aan de in het vorige lid gestelde voorwaarden kan de ambtenaar van de burgerlijke stand de voltrekking van het huwelijk uitstellen, na eventueel het advies van de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waarin de verzoekers voornemens zijn te huwen te hebben ingewonnen, gedurende ten hoogste twee maanden vanaf de door belanghebbende partijen vooropgestelde huwelijksdatum, teneinde bijkomend onderzoek te verrichten.

Indien hij binnen de in vorig lid gestelde termijn nog geen definitieve beslissing heeft genomen, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand het huwelijk te voltrekken, zelfs in die gevallen waar de in artikel 165, § 3 bedoelde termijn van zes maanden reeds is verstrekken.

In geval van een weigering zoals bedoeld in het eerste lid, brengt de ambtenaar van de burgerlijke stand zijn met redenen omklede beslissing zonder verwijl ter kennis van de belanghebbende partijen. Tezelfdertijd wordt een afschrift hiervan, samen met een kopie van alle nuttige documenten, overgezonden aan de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waarin de weigering plaatsvond.

Indien één van de aanstaande echtgenoten of beiden op de dag van de weigering hun inschrijving in het bevolkings-, vreemdelingen- of wachtrechtregister of hun actuele verblijfplaats niet hebben binnen de gemeente, wordt de weigeringsbeslissing tevens onmiddellijk ter kennis gebracht van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente van inschrijving in een van deze registers of van de actuele verblijfplaats in België van deze aanstaande echtgenoot of echtgenoten.

Tegen de weigering door de ambtenaar van de burgerlijke stand om het huwelijk te voltrekken, kan door belanghebbende partijen binnen de maand na de kennisgeving van zijn beslissing beroep worden aangetekend bij de rechtbank van eerste aanleg ».

B.3. Het Hof wordt verzocht uitspraak te doen over de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het verschil in behandeling dat bij artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek zou worden gemaakt tussen, enerzijds, de personen die, op grond van artikel 167, zesde lid, van het Burgerlijk Wetboek, een beroep instellen tegen de weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand om hun huwelijk te voltrekken en die voor de rechtbank waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, in het ongelijk worden gesteld, en, anderzijds, de ambtenaar van de burgerlijke stand die voor die rechtbank in het ongelijk wordt gesteld.

Volgens de prejudiciële vraag zouden alleen de eersten kunnen worden veroordeeld tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding bepaald bij artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek.

B.4. Die rechtsplegingsvergoeding is een van de bestanddelen van de kosten (artikel 1018, 6°, van het Gerechtelijk Wetboek, vervangen bij artikel 5 van de wet van 21 april 2007).



B.5. Artikel 1017, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, vervangen bij artikel 15 van de wet van 24 juni 1970, bepaalt:

« Tenzij bijzondere wetten anders bepalen, verwijst ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die het eventueel bekrachtigt ».

Uit die bepaling, gelezen in samenhang met artikel 1018, 6°, van het Gerechtelijk Wetboek, blijkt dat zowel de personen die het in artikel 167, zesde lid, van het Burgerlijk Wetboek beoogde beroep instellen als de ambtenaar van de burgerlijke stand wiens beslissing het voorwerp van dat beroep uitmaakt, tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding kunnen worden veroordeeld indien zij voor de rechtbank waarbij de zaak aanhangig is gemaakt in het ongelijk worden gesteld.

B.6.1. Artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek zet die gelijke behandeling niet op losse schroeven.

B.6.2. Het Hof heeft weliswaar reeds geoordeeld dat de ambtenaar van de burgerlijke stand, als partij bij het geding ingesteld bij een beroep gericht tegen de beslissing waarbij hij weigert het huwelijk te voltrekken, het algemeen belang en de vrijwaring van de openbare orde verdedigt, en dat het dus niet verantwoord is dat hij in de rechtsplegingsvergoeding kan worden verwezen (arrest nr. 132/2013 van 26 september 2013, B.6; arrest nr. 180/2013 van 19 december 2013, B.6 en arrest nr. 54/2014 van 27 maart 2014, B.6).

Het heeft derhalve geoordeeld dat artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, in die zin begrepen dat het de verwijzing van de ambtenaar van de burgerlijke stand die in het ongelijk wordt gesteld na afloop van het onderzoek van een beroep ingesteld krachtens artikel 167, zesde lid, van het Burgerlijk Wetboek, in de rechtsplegingsvergoeding toestaat, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt (arrest nr. 132/2013; arrest nr. 180/2013; arrest nr. 54/2014).

B.6.3. Het Hof heeft het vervolgens echter « noodzakelijk » geacht « terug te komen op een deel van zijn rechtspraak » door te oordelen dat « de kwestie van de verhaalbaarheid van de kosten en erelonen van advocaten in de geschillen voor de burgerlijke rechter tussen een overheid die in het algemeen belang optreedt en een particulier, in haar geheel » diende « te worden heroverwogen » (arrest nr. 68/2015 van 21 mei 2015, B.9.2 en B.9.3; arrest nr. 70/2015 van 21 mei 2015, B.9.2 en B.9.3).

Aldus heeft het, onder meer, geoordeeld dat artikel 1017, eerste lid, in samenhang gelezen met de artikelen 1018, 6°, en 1022, van het Gerechtelijk Wetboek, in die zin diende te worden geïnterpreteerd dat het niet belet dat de ambtenaar van de burgerlijke stand die in het ongelijk wordt gesteld na afloop van het onderzoek van een beroep ingesteld met toepassing van artikel 167 van het Burgerlijk Wetboek, wordt veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding ten gunste van de personen die dat beroep hebben ingesteld (arrest nr. 68/2015, B.12).

B.6.4. Uit hetgeen voorafgaat en om dezelfde redenen als die in de in B.6.3 vermelde arresten, blijkt dat het verschil in behandeling tussen beide in B.3 beschreven categorieën van personen onbestaande is.



B.7. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht:

Artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het is ingevoegd bij artikel 7 van de wet van 21 april 2007 en vervolgens is gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 22 december 2008, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

Aldus gewezen in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 22 september 2016.

De griffier, F. Meersschaut

De voorzitter, J. Spreutels

Hof van Cassatie, arrest van 7 november 2016

Financiële schade ten gevolge van een betaling – Onrechtmatige daad – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 5, 3 – Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – Plaats van de bankrekening van diegene die de betaling heeft verricht – Belgische rechter bevoegd

Dommage financier résultant d'un paiement – Responsabilité extra-contractuelle – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 5, 3 – Localisation du fait dommageable – Localisation du compte bancaire de la personne qui a effectué le paiement – Juge belge compétent

Nr. C.16.0200.N

Lodi Trading Company bv, vennootschap naar Nederlands recht, met zetel te 3237 KC Vierpolders (Nederland), Groene Kruisweg 2,

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Paul Wouters, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 3000 Leuven, Koning Leopold I-straat 3, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

1. M.M.,
2. P.V.,
3. F.V.,
4. J.V.,
5. W.V.,

verweerders,

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

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 8 december 2015.

De zaak is bij beschikking van de eerste voorzitter van 5 oktober 2016 verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht. Advocaat-generaal Ria Mortier heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddel

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

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. De appelrechter oordeelt dat:

- "*de betaling gebeurde met het oog op het ontvangen van een vermeende erfenis. (...) Het is naar het oordeel van het [hof van beroep] manifest dat de betaling uitgelokt werd in het kader van een internationale oplichting*";
- "*de betaling [niet] vrijwillig gebeurde omdat zij door de oplichters uitgelokt was door misleiding en bedrog*";
- "*[de eiseres] er niet in slaagt [haar] relaas geloofwaardig te maken aan de hand van ernstige, objectieve en verifieerbare gegevens. [De eiseres] kan daardoor niet beschouwd worden als een ware schuldeiser*";
- "*dit uit de volgende gegevens volgt: daar waar [de eiseres] beweert dat tegenover elke verscheping een betaling vooraf moet gaan, bewijst ze geen concrete levering ten bedrage van 155.500 USD; daar waar [de eiseres] beweert dat tegenover elke verscheping een betaling vooraf moet gaan, blijkt uit de debiteurenkaart van de beweerde Soedanese klant dat deze ruim 2 miljoen euro openstaande schulden heeft; daar waar [de eiseres] beweert dat tegenover elke verscheping een betaling vooraf moet gaan, worden geen met facturen corresponderende betalingen aangetoond; het verhaal van de werking van de Nigeriaanse banken en de wisselkantoren wordt niet gestaafd aan de hand van bewijsstukken; er is tegenspraak in het relaas van [de eiseres] waar er enerzijds sprake is van een Soedanese zakenrelatie en anderzijds deze klant een bedrijf uit Nigeria is; er worden geen concrete vervoersdocumenten of douanedocumenten voorgelegd; er ligt geen bewijs voor van de beweerde aankondiging van een betaling van 155.500 USD*";
- "*[de verweerders] na het stellen van hun vordering opnieuw meermaals door de oplichters werden gecontacteerd met de werkelijke bedoeling de aanspraken ten aanzien van [de eiseres] te doen stopzetten*";
- "*deze gegevens naar het oordeel van het hof voldoende elementen opleveren die het vermoedenbewijs verantwoorden dat de [eiseres] niet te goeder trouw is*".

2. Anders dan waarvan het onderdeel uitgaat, heeft de appelrechter wel vastgesteld dat de eiseres iets te maken heeft met de oplichting.

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

Tweede onderdeel

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



4. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet deze bepaling autonoom worden uitgelegd (arresten 189/87, *Kalfelis*, 27 september 1988; C-51/97, *Réunion européenne SA*, 27 oktober 1998; C-167/00, *Henkel*, 1 oktober 2002; C-548/12, *Brogsitter*, 13 maart 2014; C-375/13, *Harald Kolossa*, 28 januari 2015; C-12/15, *Universal Music International Holding BV*, 16 juni 2016).

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

6. In het arrest C-375/13, *Harald Kolossa*, van 28 januari 2015 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat "*met de uitdrukking 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' niet wordt gedoeld op de plaats waar de verzoeker woont enkel op grond dat deze aldaar financiële schade heeft geleden die voortvloeit uit het in een andere verdragsluitende staat ingetreden en door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen (arrest Kronhofer, C-168/02, punt 21(...); daarentegen is de bevoegdheid van die gerechten gerechtvaardigd voor zover de woonplaats van de verzoeker inderdaad de plaats is van de schadebrengende gebeurtenis of het intreden van de schade"*

Het Hof van Justitie heeft in dat kader geoordeeld dat, in de omstandigheden van deze zaak, "*de schade zich voordoet op de plaats waar de belegger [d.i. de verzoeker] ze ondervindt*" en dat "*de gerechten van de woonplaats van de verzoeker - uit hoofde van het intreden van de schade - bevoegd zijn om van een vordering [uit onrechtmatige daad] kennis te nemen, onder meer wanneer die schade zich rechtstreeks voordoet op een bankrekening van die verzoeker bij een in het rechtsgebied van die gerechten gevestigde bank*"

7. Hieruit volgt aldus dat wanneer in de omstandigheden van de zaak vaststaat dat de schade, bestaande in het verlies van onderdelen van het vermogen, is ingetreden ten gevolge van een betaling, deze schade zich rechtstreeks voordoet op de plaats van de bankrekening van de verzoeker die de betaling heeft verricht, zodat de gerechten van die lidstaat rechtsmacht hebben.

8. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat de schade zich in dat geval voordoet op de plaats van de bankrekening van de begunstigde, omwille van het enkele feit dat het tijdstip van de betaling naar intern recht samenvalt met het ogenblik waarop de bankrekening van de begunstigde gecrediteerd wordt, faalt naar recht.

Derde onderdeel

9. De appelleerde oordeelt, enerzijds, dat jegens de eiseres een verbintenis uit onrechtmatige daad bestaat in de zin van artikel 5.3 EEX-Verordening en, anderzijds, dat de schade in België is ingetreden.

Deze zelfstandige, tevergeefs bekritiseerde redenen, dragen de beslissing dat de Belgische hoven en rechtbanken rechtsmacht hebben.



10. Het onderdeel dat opkomt tegen een overtuigende reden, kan niet tot cassatie leiden en is mitsdien, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 2.331,01 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, derde kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, als voorzitter, sectievoorzitter Alain Smeyns, en de raadheren Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Antoine Lievens, en in openbare rechtszitting van 7 november 2016 uitgesproken door sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, in aanwezigheid van advocaat-generaal Ria Mortier, met bijstand van griffier Vanessa Van de Sijpe.

Cour de cassation, arrêt du 3 novembre 2016

Reconnaissance – Divorce – Convention entre la Belgique et la Suisse du 29 avril 1959 – Litipendance – Décision définitif – Mesures provisoires ou conservatoires

Erkenning – Echtscheiding – Overeenkomst tussen België en Zwiterland van 29 april 1959 – Litispendedie – Definitieve beslissing – Voorlopige en bewarende maatregelen

N° C.15.0117.F

B. M.,

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

contre

F. K.,

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

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 2 octobre 2014 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le président de section Albert Fettweis a fait rapport.
L'avocat général Henri Vanderlinden a conclu.

II. Le moyen de cassation

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

III. La décision de la Cour Sur le moyen :

Quant à la première branche :

1. Aux termes de l'article 1er, alinéa 1er, de la Convention entre la Belgique et la Suisse du 29 avril 1959 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales, l'autorité des décisions judiciaires rendues en matière civile et commerciale dans l'un des deux États, alors même qu'elles émanent d'une juridiction répressive, sera reconnue dans l'autre, si elles réunissent les conditions suivantes :

a) que la reconnaissance de la décision ne soit pas incompatible avec l'ordre public de l'État où elle est invoquée ;



- b) que la décision émane d'une juridiction compétente selon les dispositions de l'article 2;
- c) que, selon la loi de l'État où elle a été rendue, la décision ne puisse plus être attaquée par les voies de recours ordinaires ;
- d) que, en cas de décision rendue par défaut, l'acte ou l'assignation qui a introduit l'instance ait été notifié au défendeur conformément à la loi de l'État où la décision a été rendue et, le cas échéant, aux conventions en vigueur entre les deux pays, et qu'il lui soit parvenu en temps utile.

Le même article dispose, en son alinéa 2, que les décisions ordonnant un séquestre ou toute autre mesure provisoire ou conservatoire, ainsi que les décisions rendues en matière de faillite ou de concordat, ne seront pas susceptibles de reconnaissance ou d'exequatur en vertu de cette convention.

Suivant l'article 3, les décisions rendues par les juridictions de l'un des deux États et dont la reconnaissance est invoquée dans l'autre ne devront faire l'objet d'aucun examen autre que celui des conditions prévues à l'article 1er précité. En aucun cas, il ne sera procédé à un nouvel examen du fond de ces décisions.

Il suit de ces dispositions qu'une décision judiciaire rendue en Suisse en matière civile ou commerciale qui réunit les conditions précitées doit être reconnue en Belgique et y jouit de l'autorité de la chose jugée dont elle bénéficie en Suisse sans pouvoir être révisée quant au fond par le juge belge.

2. Suivant l'article 59, alinéa 2, e, du Code de procédure civile suisse, « le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action », dont la condition que « le litige ne fait pas l'objet d'une décision entrée en force ».

Cette disposition consacre le principe de l'autorité de la chose jugée d'une décision judiciaire définitive n'étant plus susceptible d'une voie de recours ordinaire.

En vertu de cette disposition, l'autorité de la chose jugée qui s'attache à un jugement définitif a notamment pour effet que le tribunal, saisi d'une autre cause entre les mêmes parties et appelé à statuer à titre préjudiciel sur une question litigieuse tranchée par le jugement définitif, est lié par le dispositif de ce jugement.

3. Statuant sur l'exception de litispendance internationale soulevée par le défendeur, l'arrêt du 13 mars 2014 du tribunal cantonal du canton de Vaud a décidé qu'il n'y avait pas lieu de suspendre la procédure en divorce ouverte en Suisse selon demande du 18 décembre 2012 déposée par la demanderesse contre le défendeur, la procédure en divorce belge étant postérieure à celle ouverte en Suisse.

Contrairement à ce que soutient le défendeur, une décision rendue sur une exception de litispendance internationale n'est pas une décision ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'alinéa 2 de l'article 1er de la Convention entre la Belgique et la Suisse du 29 avril 1959.

Il ressort des pièces jointes à la requête en cassation, auxquelles la Cour peut avoir égard, que l'arrêt du 13 mars 2014 est devenu définitif avant que l'arrêt attaqué ait été rendu.

4. Partant, l'arrêt attaqué, statuant sur la même question litigieuse de litispendance internationale, viole les dispositions précitées en décidant que « le juge suisse [...] a fait dans son arrêt du 13 mars 2014 une appréciation erronée des règles de droit belge permettant de déterminer la date de la saisine de la juridiction belge », qu'il appartenait à la cour d'appel d'apprécier elle-même si la procédure en divorce introduite en Belgique par le défendeur était antérieure à celle introduite en Suisse par la demanderesse et que la saisine antérieure de la juridiction suisse n'était pas établie.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

5. Et il n'y a pas lieu d'examiner les autres branches du moyen, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il déclare l'appel de la demanderesse partiellement irrecevable et la demande formée par elle contre l'État belge irrecevable ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour d'appel de Liège.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Albert Fettweis, président, le président de section Martine Regout, les conseillers Mireille Delange, Marie-Claire Ernotte et Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du trois novembre deux mille seize par le président de section Albert Fettweis, en présence de l'avocat général Henri Vanderlinden, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.



Cour de cassation, arrêt du 15 septembre 2016

Compétence internationale – Contrat – Assurances – Convention de Bruxelles de 1968 – Article 8 – Article 10 – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 9, § 1er, b)

Internationale bevoegdheid – Overeenkomst – Verzekeringen – Verdrag van Brussel van 1968 – Artikel 8 – Artikel 10 – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 9, §1, b)

N° C.15.0280.F

F., compagnie d'assurance de droit portugais, dont le siège est établi à Lisbonne (Portugal), [...],

demanderesse en cassation,

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

contre

1. D. D.,
2. N. O.,
3. J. L. D.,

défendeurs en cassation,

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

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 23 octobre 2014 par le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, statuant en degré d'appel.

Le président de section Albert Fettweis a fait rapport.

Le premier avocat général André Henkes a conclu.

II. Le moyen de cassation

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

III. La décision de la Cour

Sur le moyen :

Suivant l'article 8, alinéa 1er, de la Convention entre les États membres de la Communauté économique européenne concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968, telle qu'elle est modifiée par la Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, applicable au litige, l'assureur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait devant l'État contractant où il a son domicile ou dans un autre État contractant, devant les tribunaux du lieu où le preneur d'assurance a son domicile.

En vertu de l'article 10, alinéa 2, de cette convention, les dispositions de l'article 8 sont applicables en cas d'action directe intentée par la victime contre l'assureur lorsque l'action directe est possible.

Dans l'arrêt C-463/06 du 13 décembre 2007, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que le renvoi effectué par l'article 11, § 2, du règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale à l'article 9, § 1er, b), de celui-ci doit être interprété en ce sens que la personne lésée peut intenter une action directement contre l'assureur devant le tribunal du lieu où elle est domiciliée dans un État membre, lorsqu'une telle action directe est possible et que l'assureur est domicilié sur le territoire d'un État membre. Elle considère à cet égard que l'article 9, § 1er, b), du règlement, aux termes duquel l'assureur domicilié dans un État membre peut être attrait dans un autre État membre en cas d'actions intentées par le preneur d'assurance, l'assuré ou un bénéficiaire devant le tribunal du lieu où le demandeur a son domicile, énonce la règle de compétence du domicile du demandeur, en reconnaissant aux personnes énumérées la faculté d'attraire l'assureur devant le tribunal du lieu de leur propre domicile, (n° 25) et que le renvoi effectué à cette disposition par l'article 11, § 2, du règlement, aux termes duquel les dispositions des articles 8, 9 et 10 sont applicables en cas d'action directe intentée par la victime contre l'assureur, lorsque l'action directe est possible, conduit à élargir le champ d'application de l'article 9, § 1er, b), précité à des catégories de demandeurs, agissant contre l'assureur, autres que le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire du contrat d'assurance et ajoute à la liste de ces demandeurs les personnes ayant subi un dommage (n° 26).

Il s'ensuit sans aucun doute raisonnable que la personne lésée peut, en vertu des articles 8, alinéa 1er, et 10, alinéa 2, de la Convention de Bruxelles, dont le texte utile pour la solution du litige se retrouve aux articles 9, § 1er, b), et 11, § 2, du règlement n° 44/2001, intenter une action directe contre l'assureur devant le tribunal du lieu où elle est domiciliée dans un État contractant, lorsqu'une telle action directe est possible et que l'assureur est domicilié sur le territoire d'un État contractant.

Le moyen, qui repose tout entier sur le soutènement contraire, manque en droit.



Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de huit cent dix-neuf euros soixante-huit centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Albert Fettweis, les conseillers Mireille Delange, Michel Lemal, Marie-Claire Ernotte et Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du quinze septembre deux mille seize par le président de section Albert Fettweis, en présence du premier avocat général André Henkes, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

Hof van Cassatie, arrest van 9 september 2016

Huwelijksvermogenstelsel – Toepasselijk recht – Artikel 3, lid 3 BW – Toepassing nationale wet – Geen gemeenschappelijke nationaliteit – Artikel 5 Haags Nationaliteitsverdrag – Dubbele nationaliteit – Griekse nationaliteitswetgeving – Nederlandse nationaliteitswetgeving

Régimes matrimoniaux – Droit applicable – Article 3, 3 C. civ. – Application de la loi nationale – Absence de nationalité commune – Article 5 de la Convention de La Haye relative aux conflits de nationalités – Double nationalité – Législation relative à la nationalité grecque – Législation relative à la nationalité néerlandaise

Nr. C.15.0359. N

P. K., wonende te 1780 Wemmel,

eiser,

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

tegen

E. F., wonende te 1850 Grimbergen,

verweerster.

I. Rechtspleging voor het hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel van 9 september 2014.

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht. Advocaat-generaal Christian Vandewal heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddel

De eiser voert in zijn verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

III. Beslissing van het hof

Beoordeling

1. Uit het hier nog toepasselijke artikel 3, derde lid, Burgerlijk Wetboek volgt dat de Belgische wetten betreffende de staat en de bekwaamheid van de personen toepasselijk zijn

op de Belgen, ook wanneer zij in het buitenland verblijven, en dat de vreemdelingen in België, wat de staat en de bekwaamheid van de personen betreft, in beginsel aan hun nationale wet zijn onderworpen.

2. Het wettelijk huwelijsvermogensstelsel waaraan de zonder contract gehuwde echtgenoten onderworpen zijn, is zo nauw met de instelling van het huwelijk verbonden dat dit stelsel geacht moet worden de staat van de personen te betreffen.

Wanneer de echtgenoten bij de voltrekking van het huwelijk dezelfde nationaliteit hebben, is dit stelsel onderworpen aan de wet van de gemeenschappelijke nationaliteit.

Zo de echtgenoten bij de voltrekking van hun huwelijk een verschillende nationaliteit hebben, wordt het stelsel geregeld door de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats.

3. Overeenkomstig artikel 1 van het Verdrag van Den Haag van 12 april 1930 nopens zekere vragen betreffende de wetsconflicten inzake nationaliteit, goedgekeurd bij wet van 20 januari 1939, hierna Haags Nationaliteitsverdrag genoemd, behoort het tot de bevoegdheid van iedere Staat in zijn wetgeving te bepalen wie zijn onderdanen zijn. Deze wetgeving moet door de andere Staten worden erkend, voor zover zij in overeenstemming is met de internationale verdragen, de internationale gewoonte en de algemeen erkende rechtsbeginselen ter zake van nationaliteit.

Krachtens artikel 2 Haags Nationaliteitsverdrag moet iedere vraag of een persoon de nationaliteit van een Staat bezit, worden beantwoord overeenkomstig de wetgeving van deze Staat.

Artikel 5 Haags Nationaliteitsverdrag bepaalt dat een persoon die twee of meer nationaliteiten bezit, in een derde Staat zal moeten worden behandeld alsof hij er slechts één had. Onverminderd de rechtsregelen die in de derde Staat ter zake van het personeel statuut worden toegepast en onder voorbehoud van de geldende verdragen, zal deze Staat op zijn grondgebied van de nationaliteiten, die een zodanige persoon bezit, uitsluitend erkennen hetzij de nationaliteit van het land waarin de persoon zijn gewone en voornaamste verblijfplaats heeft, hetzij de nationaliteit van het land waaraan deze persoon in de gegeven omstandigheden feitelijk het nauwst verbonden schijnt te zijn.

4. Het arrest stelt vast dat de eiser bij de voltrekking van het huwelijk op 7 juni 1997 de Griekse nationaliteit had en de eerste echtelijke verblijfplaats van de partijen in België was.

Aangaande de nationaliteit van de verweerster stelt het arrest vast dat:

- de verweerster in 1968 in Griekenland is geboren uit twee Grieken en aldus bij haar geboorte de Griekse nationaliteit had;
- het gezin in 1970 naar Nederland verhuisde en zich aldaar vestigde;
- nadat het gezin meer dan tien jaar zijn hoofdverblijfplaats in Nederland had, verweersters ouders in 1980 vroegen om tot Nederlander te worden genaturaliseerd en daarbij nadrukkelijk afstand deden van de Griekse nationaliteit;
- de verweerster volgens de toenmalige Nederlandse nationaliteitswetgeving de Nederlandse nationaliteit verkreeg door de wet van 2 juli 1981 waarmee haar vader tot Nederlander werd genaturaliseerd.



5. Artikel 14 van het decreet nr. 3370 van 22/23 september 1955 houdende de Griekse nationaliteitswet bepaalt, in zijn lid 1, (a), dat de Griekse nationaliteit na daartoe verleende machtiging wordt verloren door degene die vrijwillig een vreemde nationaliteit heeft verkregen en, in zijn lid 3, dat de in lid 1 bedoelde machtiging tot stand komt bij besluit van de minister van Binnenlandse Zaken op advies van de nationaliteitscommissie.

6. Artikel 5, a), van de wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap van 1892 bepaalt dat van een ingevolge artikel 3 of artikel 5 te naturaliseren persoon die tot een ander land behoort, overlegging kan worden gevorderd hetzij van het bewijs dat hij de nationaliteit van dat land had verloren of verliest te rekenen vanaf de dag waarop het Nederlanderschap werd verkregen, hetzij van een verklaring dat hij na naturalisatie het nodige zal doen om de nationaliteit van dat land te verliezen.

7. De appelrechters oordelen dat om de vraag te beantwoorden of de verweerster de Griekse nationaliteit heeft verloren, men moet vertrekken van het uitgangspunt van de Nederlandse nationaliteitswet die anno 1980 bepaalde dat men de Nederlandse nationaliteit niet kon verkrijgen wanneer men zijn oorspronkelijke nationaliteit bleef behouden. Uit het feit dat de ouders van de verweerster op vraag van de Nederlandse Staat een verklaring tot vrijwillige afstand van de Griekse nationaliteit hebben afgelegd en de Nederlandse wetgever hen vervolgens bij wet heeft genaturaliseerd, uitgaande van de enkelvoudige nationaliteit door het verlies van de Griekse nationaliteit, leiden zij af dat de verweerster enkel en alleen de Nederlandse nationaliteit bezit. Volgens de appelrechters is dit het rechtstreeks gevolg van de Nederlandse wet van 2 juli 1981 waarbij de ouders van de verweerster tot Nederlanders werden genaturaliseerd.

Het verweer van de eiser dat het bewijs niet is geleverd dat de bevoegde Griekse minister met de naturalisatie heeft ingestemd, houdt volgens de appelrechters een kritiek op de Nederlandse wet van 2 juli 1981 in die erop neerkomt de Belgische rechter te vragen om een Nederlandse wet te toetsen, waartoe hij niet bevoegd is.

8. De appelrechters die niet vaststellen dat de verweerster met haar ouders overeenkomstig artikel 14, lid 1, (a), en lid 3, van de voormelde Griekse nationaliteitswet door de Griekse minister van Binnenlandse Zaken gemachtigd werd om de Griekse nationaliteit op te geven, noch onderzoekt of de verweerster bij toepassing van artikel 5 Haags Nationaliteitsverdrag in dezen moet behandeld worden alsof zij alleen de Nederlandse nationaliteit heeft, maar uitsluitend op grond van de Nederlandse nationaliteitswetgeving besluiten dat de verweerster de Griekse nationaliteit heeft verloren, oordelen niet wettig dat de verweerster op het ogenblik van het huwelijk enkel en alleen de Nederlandse nationaliteit bezat en verantwoorden bijgevolg hun beslissing dat de Belgische wetgeving van toepassing is om het huwelijksvermogen tussen de partijen te vereffenen en te verdelen niet naar recht.

Het middel is gegrond.



Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre dit het hoger beroep ontvankelijk verklaart.

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

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

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Gent.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, sectievoorzitters Albert Fettweis en Beatrijs Deconinck, en de raadheren Koen Mestdagh en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 9 september 2016 uitgesproken door sectievoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal Christian Vandewal, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.

Cour de cassation, arrêt du 8 septembre 2016

Mariage – Mariage simulé – Article 146bis C. civ. – Article 8 CEDH

Huwelijk – Schijnhuwelijk – Artikel 146bis BW – Artikel 8 EVRM

N° C.15.0385.F

1. **S. H.,**
2. **M. A.,**

demandeurs en cassation,

admis au bénéfice de l'assistance judiciaire par décision du bureau d'assistance judiciaire du 19 août 2015 (n° G.15.0091.F),

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

contre

Officier de l'état civil de la commune de Jette, dont les bureaux sont établis à Jette, [...],

défendeur en cassation.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 15 janvier 2015 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le président de section Martine Regout a fait rapport.

L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

II. Le moyen de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, les demandeurs présentent un moyen.

III. La décision de la Cour

Sur le moyen :

Quant à la première branche :

Aux termes de l'article 167, alinéa 1er, du Code civil, l'officier de l'état civil refuse de célébrer le mariage lorsqu'il apparaît qu'il n'est pas satisfait aux qualités et conditions prescrites pour contracter mariage, ou s'il est d'avis que la célébration est contraire aux principes de l'ordre public.



L'article 146bis du même code dispose qu'il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour lié au statut d'époux.

Il ne résulte ni des articles 22 de la Constitution et 8, § 1er, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantissent le respect de la vie privée et familiale, ni de l'article 10 de cette convention, qui consacre le droit au mariage, que l'application de l'article 146bis du Code civil serait écartée, ou que l'appréciation que requiert son application serait modifiée, lorsqu'il apparaît, parmi les circonstances à la combinaison desquelles cette disposition prescrit d'avoir égard, que les candidats au mariage ont effectivement cohabité et ont eu un enfant.

L'arrêt constate que le demandeur, de nationalité marocaine, « a été détenu à Tilburg depuis l'année 2010 [...] jusqu'au 23 février 2013 » ; qu'à cette date lui a été signifié un ordre de quitter le territoire auquel il n'a pas obtempéré ; que, « le 19 mars 2013, [a été établie] une fiche de signalement d'un projet de mariage [du demandeur] avec [la demanderesse] », de nationalité belge ; que celle-ci « a été entendue à cette date par les services [du défendeur] », qui ont ensuite entendu le demandeur le 28 mars 2013 ; que la demanderesse « a été domiciliée chez ses parents à Jette jusqu'au 2 avril 2013, date à laquelle elle a été inscrite à Anvers » ; qu'après avoir pris acte de la déclaration de mariage des demandeurs, le défendeur a décidé le 28 mai 2013 de surseoir à la célébration du mariage et en a informé le procureur du Roi ; que, dans le cadre de l'information pénale, « une visite domiciliaire a eu lieu à Anvers le 27 juillet 2013, au cours de laquelle la cohabitation des [demandeurs] a été constatée » ; que, le 7 août 2013, un nouvel ordre de quitter le territoire a été signifié au demandeur, qui « a été détenu puis expulsé vers le Maroc », et que, le procureur du Roi ayant donné le 16 août 2013 un avis défavorable au projet de mariage des demandeurs, le défendeur a pris le 21 août la décision de refuser de célébrer ce mariage.

L'arrêt considère que, « dès sa sortie de prison, [le demandeur], qui était en séjour irrégulier [...], a immédiatement projeté un mariage avec une ressortissante belge » ; que « [les demandeurs] prétendent que leur mariage religieux a été célébré le 28 avril 2013, soit, avec un empressement certain, un peu plus de deux mois après la sortie de prison [du demandeur], [...] sans que le couple ait pu se connaître réellement compte tenu de la détention [du demandeur] » ; que, « le 28 mars 2013, [celui-ci] a [...] déclaré qu'il ne cohabitait pas avec [la demanderesse] mais qu'il vivait aux Pays-Bas » ; qu'« une première enquête de cohabitation du 17 mai 2013 [a] fait apparaître qu'à cette date, [les demandeurs] cohabitaient effectivement » ; que « [la demanderesse] a déclaré le 19 mars 2013 qu'elle avait perdu un enfant [du demandeur] », sans que les demandeurs « précisent [...] la période de conception de cet enfant » ; qu'« elle a ensuite exposé en juillet et août 2013 être enceinte des œuvres [du demandeur] et [qu'elle] expose actuellement, en produisant la copie du passeport belge d'une enfant [portant le nom patronymique du demandeur], qu'elle a donné naissance le 1er mars 2011[4] à un enfant dont [celui-ci] serait le père biologique », et que les « divergences importantes » entre « [les] versions successives » que les demandeurs ont données, et que l'arrêt relate, de leur première rencontre « rendent leurs déclarations quant à [la période de celle-ci] très sujettes à caution », « le seul élément objectif qui permet de prouver la période de l'existence de contacts réguliers entre [les demandeurs] étant un relevé des [vingt-deux] visites effectuées



en prison [au demandeur] par [la demanderesse] entre le 25 septembre 2012 et le 17 février 2013 ».

Sur la base de ces énonciations qui gisent en fait, l'arrêt a pu, sans violer aucune des dispositions constitutionnelles, conventionnelles et légales visées au moyen, en cette branche, décider qu'il est établi « sans aucun doute possible que, par [leur] projet de mariage, [les demandeurs] n'ont pas pour intention de créer une communauté de vie durable mais n'ont pour seul objectif que de permettre [au demandeur] de bénéficier d'un avantage en matière de séjour ».

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Quant aux deuxième et troisième branches réunies :

Dès lors que les motifs vainement critiqués par la première branche suffisent à fonder la décision de l'arrêt de refuser la célébration du mariage des demandeurs, le moyen, qui, en ces branches, est dirigé contre un motif surabondant, ne saurait entraîner la cassation de cette décision et, dénué d'intérêt, est, partant, irrecevable.

Et le moyen, en ces branches, étant irrecevable pour un motif propre à la procédure en cassation, la question préjudiciale proposée par les demandeurs à l'appui du grief qui y est développé ne doit pas être posée à la Cour constitutionnelle.

Quant à la quatrième branche :

L'arrêt ne rejette pas la demande des demandeurs au motif qu'ils ne prouvent pas que le demandeur est le père biologique de l'enfant de la demanderesse.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne les demandeurs aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de quatre cent nonante-neuf euros cinquante-huit centimes en débet envers les parties demanderesses.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, le conseiller Didier Batselé, les présidents de section Albert Fettweis et Martine Regout et le conseiller Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du huit septembre deux mille seize par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Thierry Werquin, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

Hof van Cassatie, arrest van 29 oktober 2015

Noot Elsemiek Apers

Erkenning en uitvoerbaarverklaring van de rechterlijke beslissingen – Tenuitvoerlegging van een Belgische rechterlijke beslissing in Duitsland – Dwangsom bij niet-nakoming van hoofdveroordeling – Artikel 1385bis Ger.W. – Artikel 33, 1 Brussel I Vo – Artikel 38, 1 Brussel I Vo – Dwangsom wordt verbeurd enkel indien de hoofdveroordeling uitvoerbaar is verklaard

Reconnaissance et exécution d'une décision judiciaire – Exécution d'une décision belge en Allemagne – Astreinte sanctionnant la non-exécution d'une condamnation principale – Article 1385bis C. jud. – Article 3 Règlement Bruxelles Ibis – Article 38, 1 Règlement Bruxelles Ibis – Astreinte liquidée uniquement si la condamnation principale est déclarée exécutoire

Reeds opgenomen in: *Tijdschrift@ipr.be* 2016, nr. 2, 14.

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 30 juin 2016

Compétence internationale – Divorce – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Litispendance – Article 19 – «Séparation consensuelle» en Italie – Article 3.1.a), dernier tiret – Article 3.1.b) – Résidence habituelle – Régime matrimonial – Article 42 CODIP – Responsabilité parentale – Article 8 Bruxelles IIbis – Article 12 Bruxelles IIbis – Aliment – Règlement 4/2009 (Aliments) – Article 8

Internationale bevoegdheid – Echtscheiding – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Aanhangigheid – Artikel 19 – “Séparation consensuelle” in Italië – Artikel 3.1.a), laatste streepje – Artikel 3.1.b) – Gewone verblijfplaats – Huwelijsvermogen – Artikel 42 WIPR – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Artikel 8 Brussel IIbis – Artikel 12 Brussels IIbis – Alimentatie – Verordening 4/2009 (Alimentatie) – Artikel 8

En cause de :

B., domicilié à [...] Lennik, [...], appellant,

comparaissant en personne, assisté de Maître Meyer Eis loco Maître De Ruyck Valerie, avocat à 9800 Deinze, Tolpoortstraat 15

Contre

V., domiciliée à [...] (Italie), intimée,

représentée par Maître Mouffe Florence, avocat à 1330 Rixensart, Avenue de Merode 41

Vu les pièces de la procédure, en particulier :

- le jugement entrepris, prononcé contradictoirement le 4 février 2016 par le tribunal de la famille du Brabant wallon ;
- la requête d'appel déposée le 8 mars 2016 au greffe de la cour ;
- les conclusions déposées pour l'appelant à l'audience du 28 avril 2016 ;
- les conclusions déposées au greffe pour l'intimée le 30 mai 2016.

I. Antécédents - Objet de l'appel

Les parties se sont mariées devant l'officier de l'état civil de la commune d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, le [...], sous le régime de la communauté légale à défaut de contrat de mariage.

Quatre enfants sont issus de leur union :

- E., né le [...]1992 à Bruxelles
- W., né le [...]1993 à Bruxelles
- T., née le [...]1997 à Bruxelles



- R., né le [...]2001 à Bruxelles, seul enfant encore mineur à l'heure actuelle.

Les parties ont résidé avec leurs enfants à Louvain-la-Neuve jusqu'en 2005.

Le 23 décembre 2004, Mr B. a été engagé par l'Agence européenne EFSA ; il a débuté ce contrat le 1er janvier 2005 à Bruxelles pour être ensuite muté à Parme (Italie) en avril 2005; Mme V. l'y a rejoint avec les enfants en août 2005, après la fin de l'année scolaire.

Il n'est pas contesté qu'en 2010, Mme V. a rencontré une compagne avec laquelle, après une période de séparation 'à temps partiel', elle a décidé de refaire sa vie.

Par une requête conjointe du 11 mai 2012, les parties ont introduit devant le tribunal de Parme une requête en 'séparation consensuelle', par laquelle elles demandaient d'homologuer leur séparation aux conditions convenues entre elles, portant notamment sur :

- leur résidence séparée ;
- l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants mineurs, la domiciliation de ceux-ci chez leur père et leur hébergement alterné une semaine chez chacun de leurs parents ;
- la prise en charge par Mr B. de toutes les dépenses courantes des deux enfants aînés, E. et W. ;
- le paiement par Mr B. à Mme V. d'une contribution alimentaire de 600 € par mois pour T. et R., outre la prise en charge de 50% des frais scolaires, frais médicaux et autres frais extraordinaires ;
- le paiement par Mr B. du loyer de l'appartement pris en location par Mme V., à concurrence de 1.000 € par mois, tant que les deux enfants encore mineurs y résideront avec elle ;
- le paiement par Mr B. à Mme V. d'une pension alimentaire de 1.000 € par mois jusqu'au 30 juin 2013, réduite à 700 € par mois à partir du 1er juillet 2013 ; le transfert à Mme V., à partir du 1er juillet 2013, des profits générés par le studio dont les parties sont propriétaires à Louvain-la-Neuve ;
- le transfert par Mme V. à Mr B. de sa part de moitié dans la propriété indivise des parties à Parme, [...], moyennant paiement par Mr B. d'une soultre de 39.539 €;
- la prise en charge par Mr B. seul, à partir de ce transfert, des prêts hypothécaires contractés pour l'achat de cet immeuble ;
- l'affectation du produit de la vente d'un bien immobilier des parties en France, à l'apurement de diverses dettes communes.

Après avoir ordonné la comparution des parties à l'audience du 11 juin 2012 en vue d'une tentative de conciliation qui a échoué, chaque partie déclarant maintenir la demande de séparation, le tribunal de Parme a, par décision du 10 juillet 2012, 'homologué' la séparation personnelle des conjoints aux conditions convenues entre eux, celles-ci étant jugées 'non contraires à l'esprit de la loi'.

Par citation du 21 mai 2015, Mr B. a introduit devant le tribunal de première instance du Brabant wallon une demande en divorce pour cause de désunion irrémédiable, et sollicité diverses mesures provisoires relatives tant aux enfants qu'aux parties. Il demandait à ce titre, aux termes du dispositif de la citation introductory d'instance :

- de maintenir les résidences séparées ;
- de dire que l'autorité parentale à l'égard du seul enfant encore mineur, R., s'exercera conjointement, et que son hébergement se fera de manière alternée ;

- de prendre acte de ce qu'il perçoit seul l'ensemble des allocations familiales ;
- de prendre acte de ce qu'il prend en charge les frais ordinaires des enfants majeurs E. et W., toujours dépendants financièrement et domiciliés en Belgique, et de dire que les frais extraordinaires relatifs à leurs études seront financés à concurrence de 75% par lui et de 25% par Mme V. ;
- de prendre acte de ce qu'il propose d'assumer 75% des frais extraordinaires relatifs à T., Mme V. assumant 25% ;
- de prendre acte de ce qu'il propose de verser à Mme V. une contribution alimentaire de 150 € par mois pour R., qui est hébergé de manière alternée, les frais extraordinaires étant partagés dans la même proportion 75%-25%.

Mr B. demandait enfin de lui donner acte de ce que dans le cadre de la liquidation des immeubles, déjà partagés, il restait redevable à Mme V. d'une somme de 8.002,89 €.

Mme V. ayant contesté la compétence internationale des juridictions belges pour connaître des demandes introduites par Mr B., les parties ont décidé de limiter les débats devant le premier juge à cette question.

Par le jugement entrepris du 4 février 2016, le premier juge s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes de Mr B.

Mr B. a interjeté appel de cette décision par requête du 8 mars 2016.

Il demande à la cour, aux termes du dispositif de ses conclusions d'appel :

- de réformer le jugement dont appel en ce qu'il estime que les tribunaux belges ne sont pas compétents internationalement pour traiter du présent litige ;
- de juger que les tribunaux belges sont compétents pour trancher le divorce entre Mr B. et Mme V. ;
- de dire pour droit que la cour est conformément à l'article 643 du Code judiciaire compétente pour juger de la totalité des demandes ;
- de dire pour droit que le droit belge est applicable ;
- en ce qui concerne la demande en divorce :
 - de prononcer le divorce entre les parties conformément à l'article 229§3 du Code civil;
 - d'ordonner qu'en conséquence du divorce, il sera procédé à la liquidation et au partage du régime matrimonial des époux ;
 - de désigner à cet effet, conformément à l'article 1210 du Code judiciaire, le notaire [...], ayant son étude à [...], et de désigner un second notaire pour représenter les parties défaillantes ou récalcitrantes ;
 - en ce qui concerne les demandes urgentes et provisoires :
 - de dire pour droit qu'il se réserve de conclure plus amplement sur les autres demandes mentionnées dans la citation originale ;
 - de compenser les dépens.

Mme V. conclut à la confirmation de la décision entreprise et à la condamnation de Mr B. aux dépens.

II. Discussion

L'appel, interjeté en forme régulière et dans le délai légal, est recevable.

A l'audience de la cour du 17 juin 2016, les parties ont convenu de limiter les débats à la question de la compétence internationale des juridictions belges pour connaître des différentes demandes introduites par Mr B.

A cette même audience, Mme V. a demandé d'écartier les pièces déposées par Mr B. en farde 'F' de son dossier. Dès lors qu'il s'agit de pièces relatives à la législation italienne, à un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes, ou de doctrine publiée, pièces librement accessibles, il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande.

Il convient d'examiner la compétence internationale des juridictions belges séparément pour les différents chefs de demande introduits par Mr B.

En ce qui concerne la demande en divorce.

Mme V. invoque à titre principal une exception de litispendance internationale, estimant que la demande de séparation dont a été saisi le juge italien, constituant la prémissse indispensable à l'introduction d'une demande en divorce, fait obstacle à ce qu'une demande en divorce soit encore introduite en Belgique.

L'article 19 du règlement CE n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit 'règlement Bruxelles IIbis', dispose ce qui suit :

« 1. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation de mariage sont formées par les mêmes parties devant des juridictions d'Etats membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2. Lorsque des actions relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, ayant le même objet et la même cause, sont introduites auprès de juridictions d'Etats membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

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

Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter son action devant la juridiction première saisie. »

En droit italien, le divorce est réglé par la loi n° 898 du 1er décembre 1970 sur la dissolution du mariage, modifiée par la loi n° 151 du 19 mai 1975 portant réforme du droit de la famille et par la loi n° 74 du 6 mars 1987, et plus récemment encore, par la loi n° 55 du 6 mai 2015. Le droit italien admet deux types de divorce : le divorce immédiat prononcé dans des situations déterminées (notamment condamnation du conjoint pour des délits graves) et le divorce différé impliquant une période de séparation.

Le divorce différé n'est prononcé qu'au terme d'une séparation consensuelle ou judiciaire constatée par le juge; il ne pouvait être demandé qu'à l'issue d'une durée de trois ans depuis la date de la comparution des époux devant le président du tribunal dans le cadre de la procédure de la séparation, délai qui a été réduit par la loi précitée du 6 mai 2015 à un an en cas de procédure contentieuse et à six mois en cas de séparation consensuelle. En l'espèce, contrairement à ce que soutient Mme V., la demande de 'séparation consensuelle' portée conjointement par les parties devant le tribunal de Parme n'est pas une action en divorce et, si elle constitue un préalable obligatoire à l'introduction d'une demande en divorce pour cause de séparation, elle ne débouche elle-même pas nécessairement ni automatiquement sur le

prononcé d'un divorce, ainsi qu'il résulte des commentaires déposés par Mme V. elle-même (pièce 2 de son dossier) : « *Le divorce n'est pas accordé automatiquement après l'expiration du délai de séparation. Les époux doivent introduire une demande en divorce. La cause du divorce est la séparation, et la réalité du délai est attestée par le jugement ou l'homologation de la séparation.* »

Le premier juge a considéré à bon droit qu'en homologuant la séparation des parties aux conditions convenues entre elles, par décision du 10 juillet 2012, le tribunal de Parme a rendu une décision épuisant sa saisine.

Il convient dès lors de constater qu'à la date à laquelle Mr B. a introduit sa demande de divorce devant les juridictions belges (par citation du 21 mai 2015), aucune demande en divorce n'était pendante devant les juridictions italiennes ; le fait que selon les parties, aucune demande en divorce ne pouvait être introduite en Italie avant le 10 juin 2015 (la comparution personnelle des époux devant le juge italien dans le cadre de la demande de 'séparation consensuelle' ayant eu lieu le 10 juin 2012) ne change rien à ce constat. Au demeurant, il semble que même à l'heure actuelle, aucune des parties n'ait pris l'initiative d'introduire une demande en divorce devant les juridictions italiennes.

L'exception de litispendance invoquée par Mme V. est donc non fondée, en ce qui concerne la demande en divorce.

En ce qui concerne la compétence internationale des juridictions belges, Mr B. la fonde tant sur l'article 3.1.a), dernier tiret (compétence fondée sur 'la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est ressortissant de l'Etat membre en question') que sur l'article 3.1.b) (compétence fondée sur la nationalité des deux époux).

Le premier juge a rejeté le premier chef de compétence, considérant que Mr B. avait toujours sa 'résidence habituelle' en Italie, mais a omis de se prononcer sur le second chef de compétence.

Or, Mr B. soutient à juste titre que les divers chefs de compétence prévus à l'article 3.1, a) et b) du règlement Bruxelles II^{bis}, sont alternatifs et qu'il n'est pas établi de hiérarchie entre eux; en conséquence, les juridictions de l'Etat membre dont les deux époux possèdent la nationalité sont compétentes pour connaître des actions en dissolution du lien matrimonial, alors même que la résidence habituelle de l'un ou même des deux époux ne serait plus située dans cet Etat depuis de longues années et qu'il n'existerait que peu d'éléments de réel rattachement à ce dernier.¹

En l'espèce, il n'est pas contesté que les deux parties sont de nationalité belge ; dès lors, en application de l'article 3.1.b) du règlement Bruxelles II^{bis}, les juridictions belges sont compétentes pour connaître de la demande en divorce de Mr B.

L'appel est fondé sur ce point.

En ce qui concerne la demande relative à la liquidation du régime matrimonial des parties

Le règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière

¹ Voir arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 16 juillet 2009, C-168/08, www.curia.europa.eu, notamment considérants 48, 49, 54 et 57.

civile et commerciale, applicable à partir du 10 janvier 2015, exclut de son champ d'application, en son article 1.2.a) la matière des régimes matrimoniaux, comme le faisait déjà le règlement (CE) n° 44/2001 ('règlement Bruxelles I') qu'il abroge.

Il convient dès lors de se reporter aux dispositions du Code de droit international privé. En vertu de l'article 42 de ce code, qui prévoit lui aussi des critères alternatifs de compétence, les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant le régime matrimonial si « *4° les époux sont Belges lors de l'introduction de la demande* ».

Les juridictions belges sont donc compétentes pour connaître de la demande de Mr B. relative à la liquidation du régime matrimonial des parties.

En ce qui concerne la demande de mesures provisoires relatives à la responsabilité parentale.

Mr B. demandait notamment devant le premier juge « *de dire que l'autorité parentale à l'égard du seul enfant encore mineur, R., s'exercera conjointement, et que son hébergement se fera de manière alternée* ».

Il s'agit d'une demande relative à la responsabilité parentale à laquelle le règlement Bruxelles IIbis est applicable.

L'on peut observer que la demande formulée par Mr B. devant le juge belge en matière de responsabilité parentale tend en réalité à la confirmation des mesures déjà prises par le juge italien et de la situation existante, de sorte que l'on peut s'interroger sur son utilité. Quoi qu'il en soit, le tribunal de Parme a déjà rendu une décision à ce sujet, même si elle s'est en l'espèce limitée à entériner l'accord des parties.

A la date à laquelle Mr B. a introduit sa demande relative à la responsabilité parentale concernant R. devant le juge belge, aucune demande de modification de la décision du tribunal de Parme ou de prise de nouvelles mesures n'était introduite ou en cours.

Ce n'est qu'après l'introduction par Mr B. de la procédure devant le juge belge, que Mme V. aurait elle aussi saisi le juge italien d'une demande de modification des mesures entérinées précédemment par celui-ci ; cette demande n'est pas produite devant la cour², mais selon les renseignements fournis, elle ne concerne qu'une demande d'augmentation de la contribution alimentaire pour les enfants communs (vivant en Italie).

A supposer même que l'on doive considérer qu'il y a litispendance entre ces deux demandes, ce qui à première vue ne semble pas être le cas, le juge belge a en toute hypothèse été saisi en premier lieu, de sorte qu'il lui appartient de se prononcer sur sa compétence.

L'article 8 du règlement Bruxelles IIbis pose en principe que la juridiction compétente en matière de responsabilité parentale est celle du lieu de la résidence habituelle de l'enfant au moment où cette juridiction est saisie ; en l'espèce, il n'est pas contesté que la résidence habituelle de l'enfant R. se situait et se situe toujours en Italie.

Il ne peut être question de prorogation de la compétence des juridictions belges en application de l'article 12 de ce même règlement, dès lors que Mme V. décline de manière générale la compétence des juridictions belges.

Les juridictions belges sont donc incomptétentes en ce qui concerne les demandes relatives à la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant R.

² Mme V. produit uniquement les conclusions déposées par Mr B. dans le cadre de cette procédure (pièce 13), conclusions qui traitent essentiellement de la question de la compétence internationale des juridictions italiennes.



En ce qui concerne la demande de mesures provisoires relative aux obligations alimentaires.

Mr B. entend voir réduire les obligations alimentaires qu'il avait prises en charge dans le cadre de la 'séparation consensuelle' homologuée par le juge italien.

Le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, est applicable à cette demande.

L'article 8 de cette convention, 'Limite aux procédures', prévoit en son paragraphe 1 ce qui suit:

« Lorsqu'une décision a été rendue dans un Etat membre ou dans un Etat partie à la Convention de La Haye de 2007 où le créancier a sa résidence habituelle, le débiteur ne peut introduire de procédure pour modifier la décision ou obtenir une nouvelle décision dans un autre Etat membre tant que le créancier continue à résider habituellement dans l'Etat dans lequel la décision a été rendue. »

Les exceptions prévues au paragraphe 2 ne sont pas applicables en l'espèce.

En l'espèce, une décision concernant les obligations alimentaires de Mr B. à l'égard des enfants communs et de Mme V. a bien été rendue en Italie, même si cette décision s'est limitée à entériner l'accord des parties, tandis que Mme V. a toujours sa résidence habituelle en Italie.

Les juridictions belges ne sont dès lors pas compétentes pour connaître de la demande de Mr B. tendant à la modification de ses obligations alimentaires.

PAR CES MOTIFS,
en ce compris ceux repris en notes infrapaginales
LA COUR, statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Reçoit l'appel ; le déclare en partie fondé dans la mesure ci-après déterminée ;

Réformant partiellement la décision dont appel en ses dispositions entreprises :

Dit que les juridictions belges sont internationalement compétentes pour connaître de la demande en divorce de Mr B., ainsi que de la demande relative à la liquidation et au partage du régime matrimonial des parties ; réserve à statuer sur ces demandes ;

Dit que les juridictions belges sont internationalement incomptentes pour connaître des demandes de mesures provisoires relatives à la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant R. et relatives aux obligations alimentaires de Mr B. ;

Fixe les délais de conclusions suivants pour permettre aux parties de mettre la cause en état au fond en ce qui concerne la demande en divorce et la demande de liquidation et partage du régime matrimonial des parties :



- pour la partie intimée : dépôt et communication de conclusions principales pour le 4 août 2016 au plus tard ;
- pour la partie appelante : dépôt et communication de conclusions en réponse pour le 9 septembre 2016 au plus tard ;
- pour la partie intimée : dépôt et communication de conclusions additionnelles et de synthèse pour le 23 septembre 2016 au plus tard ;

Fixe la cause pour plaidoiries (40') à l'audience de la cour du [...]

Réserve les dépens.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience civile publique de la 43ème chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le 30 juin 2016,

Où siégeaient et étaient présents :

A. de Poortere, présidente
A. Monin, greffier

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 29 juin 2016

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 13 mai 2016

Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Responsabilité parentale – Compétence internationale – Article 15 – Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire – Droit applicable – Convention de La Haye du 1996 (protection des enfants) – Article 15 – Modalités financières

Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale bevoegdheid – Artikel 15 – Verwijzing naar een gerecht dat beter in staat is de zaak te behandelen –Toepasselijk recht – Verdrag van Den Haag van 1996 (kinderbescherming) – Artikel 15 – Financiële modaliteiten

En cause de :

madame P., domiciliée en Italie à [...] et à [...] Woluwe-Saint-Lambert, [...],

appelante comparaissant en personne, assistée de son conseil, Maître Debluts Caroline loco Maître Vedovatto Daniel, avocat à 1050 Bruxelles, Avenue Louise, 391/10 ;

et :

monsieur B., domicilié à [...] Bruxelles, [...],

intimé comparaissant en personne, assisté de son conseil, Maître Belot Hélène loco Maître Pango-Vermeersch Irida, avocat à 1030 Bruxelles, Rue Gustave Fuss, 15.

[...]

I. Antécédents

[...]

II. Les demandes des parties

[...]

III. Discussion :

[...]

Compétence internationale

Par le jugement du 27 mars 2014 dont appel, le tribunal de première instance de Bruxelles a notamment attribué à monsieur B. l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de N.



Réformant ce jugement, différentes décisions provisoires ont été prononcées par la cour d'appel de céans, au bénéfice de l'urgence et du provisoire, visés à l'article 20 du règlement européen « Bruxelles IIbis »¹,

- arrêt du 18 septembre 2014 (homologation d'un accord précaire sur la garde de N.),
- arrêt du 5 décembre 2014, (désignation d'un expert pédo-psychologique et maintien des modalités d'hébergement fixées par l'arrêt du 18 septembre 2014),
- arrêt du 12 juin 2015 (homologation d'un accord sur la garde durant les vacances d'été 2015),
- arrêt du 16 octobre 2015 (rétablissement de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et mise en place à partir de cette date d'un hébergement alterné égalitaire par quinzaines).

Cette dernière décision précaire a été prise après dépôt du rapport de l'expert le 12 juin 2015.

Par l'arrêt interlocutoire du 13 mai 2016, et pour les motifs plus amplement développés dans cet arrêt, en application de l'article 15 du règlement européen Bruxelles IIbis, la cour a accepté la compétence internationale pour statuer sur le fond des demandes des parties, qui lui était transférée par la juridiction italienne dans un jugement du 19 avril 2016 du tribunal de Syracuse.

A l'audience du 24 juin 2016, les parties ont exposé que madame P. relevé appel de ce jugement, que la cour d'appel de Catane a examiné cette cause à l'audience du 16 juin 2016 et qu'on est en attente de sa décision.

Considérant néanmoins que l'arrêt du 13 mai 2016 fait autorité de chose jugée en Belgique, la cour de céans doit à présent poursuivre l'examen de la cause sur le fond avec la diligence nécessaire. Estimant que le combat judiciaire transfrontalier que les parties se livrent n'a que trop duré, et qu'il est urgent qu'une décision de fond puisse être prise en connaissance de cause, si possible avant la rentrée scolaire, la cour a entendu les plaidoiries sur le fond de cette affaire à l'audience du 24 juin 2016, audience à laquelle les débats ont été clôturés et la cause a été prise en délibéré.

Droit applicable

Le droit applicable est désigné par les règles de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, à laquelle renvoie l'article 35§3 du Code de droit international privé.

Il convient d'observer que l'article 15 de cette convention permet au juge d'appliquer la loi du for². Il sera donc fait application de la loi belge dans les mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant.

Exercice de l'autorité parentale

[...]

¹ Règlement (CE) n°2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000

² Voir le Rapport explicatif de la convention protection des enfants, de Paul Lagarde, points 86 et suivants

Hébergement de N. en Italie ou en Belgique

[...]

Les modalités financières

Le Code judiciaire modifié par la loi portant création du tribunal de la famille a institué le principe selon lequel le dossier familial bénéficie de l'avantage de la saisine permanente qui implique qu'il reste inscrit au rôle du tribunal de la famille et que toute nouvelle demande peut être refixée à une audience de ce tribunal en cas de circonstances nouvelles (art. 1253ter/7).

Cette saisine permanente concerne le tribunal et non pas la cour d'appel.

Lorsqu'une cause est pendante en degré d'appel, il est nécessaire, pour la clarté de la procédure et la bonne administration de la justice, que le dossier soit traité selon les formes de la procédure d'urgence, sans délais inutiles et que la cour vide sa saisine lorsque la procédure d'appel n'a plus d'objet né et actuel, de manière à permettre au dossier familial de retourner au tribunal où, dans l'intérêt de l'enfant, il restera inscrit en vue des révisions éventuelles et à venir.

Aux termes de leurs conclusions, les parties demandent de « *surseoir à statuer* » sur des éventuelles demandes financières. Cette expression ne peut être considérée comme saisissant la cour d'une demande alimentaire.

La demande d'ordonner la production de pièces financières n'a pas lieu d'être s'il n'y a pas de demande exprimée.

L'effet dévolutif de l'appel ne s'applique pas à une demande de « *réservoir à statuer* » qui ne contient pas de demande effective.

Certes, monsieur B. anticipe déjà quelque peu sur ce débat financier en saisissant la cour d'une demande de percevoir seul les allocations familiales et de bénéficier intégralement de l'avantage fiscal.

A l'audience du 24 juin 2016, les parties étaient pourtant d'accord pour dire que cette demande relative aux allocations familiales est indissociable du litige financier en général et que les questions alimentaires n'étaient pas en état d'être examinées par la cour.

Dans ces circonstances, pour une procédure efficace et une bonne justice dont les moyens sont de plus en plus limités, il est opportun que le litige financier des parties soit porté intégralement devant le premier juge dans le cadre de la saisine permanente.

Dans l'immédiat, dès lors que la cour a statué sur tous les chefs de demande dont elle a été saisie, la procédure d'appel doit être clôturée.

Certificat et dépens

[...]

PAR CES MOTIFS,
LA COUR, 41ème chambre de la famille,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Entendu J. Devreux, substitut du Procureur Général, en son avis,

Statuant en complément des arrêts des 18 septembre 2014, 5 décembre 2014, 12 juin 2015, 16 octobre 2015, 13 mai 2016,

Dit pour droit que l'autorité parentale sur l'enfant commun, N., sera exercée de manière conjointe par les parties,

Dit pour droit que N. restera domiciliée à l'adresse de monsieur B., en Belgique,

Dit pour droit que, durant les périodes scolaires, l'hébergement de N. sera organisé de manière alternée égalitaire, de deux semaines en deux semaines, du vendredi à la sortie de l'école, au second vendredi suivant, retour à l'école,

Dit pour droit que, durant les congés scolaires, N. sera hébergée

- par madame P. de la manière suivante :
 - durant les années impaires,
 - pendant les vacances de Toussaint (du vendredi à la sortie de l'école au lundi après la semaine de congé, retour à l'école),
 - pendant la 1ère semaine des vacances d'hiver (du vendredi à la sortie de l'école au samedi médian, à 18h),
 - pendant la 2ème semaine des vacances de Pâques (du samedi médian à 18h, au lundi après les congés, retour à l'école)
 - durant la 1ère quinzaine des mois des vacances d'été (du 1er juillet à 10h au 15 juillet à 18h et du 1er août à 10h au 15 août à 18h)
 - durant les années paires,
 - pendant les vacances de Carnaval (du vendredi à la sortie de l'école au lundi après la semaine de congé, retour à l'école),
 - pendant la 2ème semaine des vacances d'hiver (du samedi médian à 18h, au lundi après les congés, retour à l'école),
 - pendant la 1ère semaine des vacances de Pâques (du vendredi à la sortie de l'école au samedi médian, à 18h),
 - durant la 2ème quinzaine des mois des vacances d'été (du 15 juillet à 18h au 1er août à 10h et du 15 août à 18h au 1er septembre, à l'école),
- par monsieur B., inversement,
- étant entendu que lorsque le transfert d'hébergement ne se passe pas à l'école, le parent qui termine sa période dépose l'enfant chez l'autre parent,
- étant entendu qu'après une période de congé, l'alternance des quinzaines sera reprise là où elle était arrêtée avant ladite période (par exemple, si le congé interrompt une quinzaine en son milieu, l'enfant sera hébergé, après le congé, chez le même parent pour l'autre moitié de la quinzaine),



Constate que la cour a tranché toutes les demandes dont elle est saisie, sauf celle relative aux allocations familiales et l'avantage fiscal qui sont indissociables du litige financier global dont elle n'est pas saisie, de sorte qu'il est de bonne justice que la cause soit renvoyée devant le tribunal de la famille francophone de Bruxelles, où elle demeurera inscrite au rôle, en application de l'article 1253ter/7 §1er du Code judiciaire.

Condamne chaque partie à la moitié des frais de l'expertise,

Délaisse à chacune des parties les autres dépens qu'elle a engagés dans les deux instances,

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique extraordinaire de la 41e chambre du 29 juillet 2016 par

M. de Hemptinne
G. Doolaege

Conseiller ff. juge d'appel de la famille
Greffier

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 17 juin 2016

Cour d'appel du Bruxelles, arrêt du 1 juin 2016

Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Article 11.8 – Certificat article 41 – Certificat article 42 – Convention de La Haye du 1996 (protection des enfants) – Article 15 loi du for – Convention de La Haye du 1980 (enlèvement enfants) – Article 13, b – Audition des enfants

Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Artikel 11.8 – Certificaat artikel 41 – Certificaat artikel 42 – Verdrag van Den Haag van 1996 (kinderbescherming) – Artikel 15 recht van het forum – Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Artikel 13, b – Horen van de kinderen

En cause de :

Madame D., actuellement détenue à la prison [...] mais domiciliée en Pologne, [...] ;

appelante comparaissant en personne, assistée de son conseil, Maître Piret Etienne, avocat à 1000 Bruxelles, Rue Antoine Dansaert, 92 ;

et:

Monsieur M., domicilié à [...] Bruxelles, [...];

Intimé comparaissant en personne, assisté de ses conseils, Maître Kuczynski Nicolas et Maître Verheyen Dominique, avocats à 1050 Bruxelles, Rue Capitaine Crespel, 2-4 .

La cour a entendu les parties à l'audience et a vu

- le jugement entrepris, prononcé par le tribunal de la famille francophone de Bruxelles le 23 février 2016, dont il n'est pas produit d'acte de signification et contre lequel appel fut interjeté par voie de requête déposée au greffe le 24 mars 2016,
- l'arrêt interlocutoire du 1^{er} juin 2016,
- le rapport de l'entretien de la cour avec K. et M. le 3 juin 2016,
- les conclusions de madame D. du 6 juin 2016,
- les conclusions de monsieur M. du 30 mai 2016.

I. Antécédents

Les antécédents de cette cause ont été résumés dans l'arrêt du 1^{er} juin 2016.

Pour une bonne compréhension du présent arrêt qui concerne un litige ayant des effets transfrontaliers et des retombées pénales, la cour les reproduit ci-dessous.



1. Les parties, qui se sont mariées au Consulat de Pologne à Bruxelles le 9 mai 2003, sont les parents de

- K., née à Ixelles, le [...], âgée de 12 ans,
- M., née à Ixelles, le [...], âgée de 8 ans.

Tant les parents que les enfants ont la nationalité polonaise.

Les parties ont acquis en indivision un immeuble sis à Anderlecht où était établie la résidence conjugale.

Leur séparation a été régie par une décision du juge de paix du canton d'Anderlecht du 26 mars 2013, saisi sur la base de l'article 223 du Code civil, lequel a notamment prévu que les parties exercent conjointement l'autorité parentale, que l'hébergement principal des enfants est fixé chez leur mère, que l'hébergement secondaire est fixé chez leur père un week-end sur deux du vendredi au dimanche soir et la moitié des vacances. Madame D. était autorisée à résider dans la résidence conjugale.

Par exploit du 3 février 2014, madame D. a lancé citation en divorce et mesures provisoires.

Le divorce a été prononcé par jugement du 1^{er} juillet 2014 du tribunal de première instance francophone de Bruxelles. Il est définitif.

Par l'ordonnance du 30 juillet 2014, le président du tribunal de première instance a maintenu l'essentiel de l'organisation mise en place sur la base du jugement du juge de paix, élargissant les week-ends chez le père au lundi matin et apportant davantage de précision dans le partage des vacances. Une contribution alimentaire de 100 € par mois et par enfant était fixée à charge de monsieur M. ainsi que le partage par moitié des frais extraordinaires.

En mai 2015, monsieur M. a racheté la quote-part de madame D. dans l'immeuble commun. Celle-ci devait dès lors trouver un nouveau logement et il était déjà question de ce que madame D. souhaitait retourner vivre en Pologne avec les enfants, projet auquel monsieur M. s'opposait fermement¹.

Il apparaît que madame D. s'est fait radier de l'adresse de l'ancienne résidence conjugale pour se faire inscrire, ainsi que les enfants, à son adresse actuelle en Pologne dès le 29 juillet 2015².

La tension entre les parties n'a fait qu'augmenter durant l'été 2015 alors que :

- d'une part, dans le cadre des opérations de liquidation de leur régime matrimonial, des discussions persistaient et madame D. souhaitait voir débloquer à tout le moins un capital de 100.000 € qui lui revenait incontestablement mais ne souhaitait pas répondre à l'exigence de monsieur M. pour qui la provision incontestablement due ne pouvait être débloquée chez le notaire que si madame D. l'investissait dans une garantie locative ou l'acquisition d'un immeuble en Belgique,
- d'autre part, madame D. qui n'avait plus aucune adresse officielle en Belgique, n'a pas respecté les modalités du partage des vacances, obligeant monsieur M. à partir récupérer les enfants en Pologne après avoir déposé plainte le 15 juillet 2015 en raison de la non-représentation des enfants.

¹ Pièce 7 du dossier de monsieur M.

² Document déposé à l'audience du premier juge le 27 octobre 2015

Cette tension a culminé lorsque, le 31 août 2015, alors que s'achevait la période de d'hébergement de monsieur M., celui-ci a exprimé auprès de la police locale sa crainte que, s'il remettait les enfants à madame D., laquelle refusait toujours de donner une adresse en Belgique, celle-ci s'en aille en Pologne avec les enfants au mépris de son autorité parentale et l'obligation scolaire de la rentrée. Le magistrat de garde l'a autorisé à garder les enfants pendant 24 heures supplémentaires et ce jusqu'au 1^{er} septembre 2015. Madame D., quant à elle, déclarait à la police qu'elle n'avait nullement l'intention de partir s'installer en Pologne et produisait une attestation de location à partir du 1^{er} octobre 2015, qui s'est avérée plus tard être de pure complaisance.

Compte tenu de la prolongation légale des délais pour citer à l'étranger, monsieur M. a estimé devoir faire usage de la procédure unilatérale d'extrême urgence en déposant une requête le 2 septembre 2015, devant le tribunal de première instance francophone de Bruxelles aux fins d'entendre lui accorder provisoirement l'hébergement principal des enfants. Par une ordonnance prononcée le même jour, monsieur M. a été débouté de sa demande, au motif qu'il n'a pas utilisé les moyens qui lui sont offerts par la loi, et notamment la demande d'abréviation des délais de citation afin de garantir la procédure contradictoire, étant entendu qu'il savait depuis quelques temps déjà que madame D. entendait partir en Pologne.

Les deux fillettes ont donc été remises par monsieur M. à madame D. et celle-ci a mis son projet d'expatriation à exécution puisqu'elle est partie avec les enfants en Pologne le 8 septembre 2015³.

2. Par exploit du 14 septembre 2015, monsieur M. a cité madame D. à son adresse polonaise en vue de comparaître le 19 octobre 2015 devant le tribunal de la famille francophone de Bruxelles. Il demandait à se voir accorder l'hébergement principal de K. et M. et d'entendre suspendre les droits d'hébergement secondaire de madame D. jusqu'à ce que celle-ci communique une nouvelle adresse fixe en Belgique. Il demandait également de ne plus être tenu de payer la contribution alimentaire visée par le jugement prononcé le 30 juillet 2014.

Le dossier de pièces déposé par madame D. contient une requête déposée par elle devant le tribunal de Lódz le 8 octobre 2015 dans laquelle elle indique résider à l'adresse d'un centre pour victimes de violences familiales sis à Lódz (Pologne). Elle y demandait que soit fait application de l'article 15 du règlement Bruxelles IIbis⁴ en ce que le tribunal de Lódz serait mieux placé pour juger le dossier dans l'intérêt des enfants.

À l'audience du tribunal de Bruxelles du 19 octobre 2015, monsieur M. a comparu assisté de ses conseils tandis que madame D. n'a pas comparu personnellement mais s'est fait représenter par son conseil. La cause a été renvoyée devant la chambre du tribunal qui avait précédemment connu de la situation de cette famille et avait rendu la décision du 30 juillet 2014. A l'audience du 27 octobre 2015, en l'absence de madame D., le conseil de celle-ci a contesté la compétence internationale du tribunal.

Par jugement du 1^{er} décembre 2015, le tribunal s'est déclaré compétent sur le plan international pour statuer dans ce litige relatif à la responsabilité parentale, au motif que, à la

³ Avant ce départ impromptu, les enfants sont allées à leur école à Bruxelles du 1^{er} au 7 septembre.

⁴ règlement (CE) n°2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000

date de sa saisine, les enfants avaient leur résidence habituelle en Belgique (article 8 du règlement Bruxelles IIbis). Subsidiairement, le tribunal a également rejeté la demande de madame D. de faire application de l'article 15 du règlement, estimant qu'il n'y avait pas matière à renvoi vers la juridiction polonaise.

3. À partir de la fin du mois de novembre 2015, madame D. se serait installée à l'adresse de ses propres parents, à [...], région natale des deux parties, les familles respectives habitant à quelques kilomètres l'une de l'autre.

Par un courrier parvenu au tribunal le 8 décembre 2015, elle a confirmé qu'elle se trouvait bien là avec les enfants. Il s'agit d'ailleurs de l'adresse à laquelle elle était inscrite depuis le mois de juillet 2015 et à laquelle l'exploit de citation lui avait été adressé.

Les parties ont déposé des conclusions par lesquelles chacune revendiquait l'hébergement principal des enfants.

Monsieur M. demandait en outre :

- que l'autorité parentale soit exercée exclusivement par lui,
- qu'une astreinte de 150 € par jour soit fixée pour la remise des enfants, à partir de la signification du jugement,
- qu'il soit sursis à statuer en ce qui concerne l'hébergement secondaire des enfants par madame D. « jusqu'à ce que celle-ci communique une nouvelle adresse fixe en Belgique »,
- que madame D. lui verse une contribution alimentaire de 100 € par mois et par enfant.

Madame D. demandait en outre :

- que le domicile des enfants soit fixé à l'adresse de ses parents en Pologne,
- que monsieur M. utilise le numéro fixe chez les grands-parents pour des contacts téléphoniques,
- que «les relations personnelles (?)», soit fixées, comme l'a fait le premier juge (?), à l'exception des grandes vacances scolaires, en fixant un mois à chacune des parties d'une manière alternative» (?)
- et que monsieur M. lui verse une contribution alimentaire de 400 € par mois et par enfant outre le partage des frais exceptionnels.

À l'audience du 26 janvier 2016, à laquelle l'affaire a été plaidée et prise en délibéré, madame D. n'était pas présente personnellement nonobstant l'application de l'article 1253ter/2 du Code judiciaire et les sanctions qui y sont prévues, tant pour un demandeur que pour un défendeur.

Par le jugement dont appel prononcé le 23 février 2016, le premier juge a estimé qu'il n'était pas opportun d'appliquer à madame D. les sanctions prévues à l'article 1253ter/2 du Code judiciaire en conséquence de sa non-comparution personnelle mais a statué sur l'ensemble des demandes principales et reconventionnelles en tenant compte de toutes les circonstances décrites.

Le premier juge a également précisé n'avoir pas pu, vu le contexte, envoyer le formulaire prévu à l'article 1004/1 du Code judiciaire en rapport avec l'audition de l'enfant K., âgée de 12 ans, mais a indiqué son intention d'inviter l'enfant à une audition dans le cadre de la prosécution de la cause.

Par le jugement dont appel, le premier juge a

- rejeté du délibéré le courrier et la lettre déposés par madame D. le 29 janvier 2016,
- écarté des débats l'ensemble des documents déposés par madame D. en pièce 15 de son dossier,
- dit n'y avoir pas lieu à majoration de la contribution alimentaire due par monsieur M. telle que fixée par l'ordonnance du 30 juillet 2014, et que cette contribution reste due jusqu'au prononcé de ce jugement,
- ordonné la suppression de ladite contribution alimentaire à dater du jugement,

A titre provisoire, sur pied de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire, le premier juge a également

- dit que monsieur M. exercera l'autorité parentale exclusive,
- confié l'hébergement principal des enfants à monsieur M., chez lequel elles seront par conséquent domiciliées,
- assorti ce droit d'hébergement d'une astreinte de 150 € par jour de retard à dater de la signification du présent jugement,
- réservé à statuer quant à un éventuel droit aux relations personnelles ou droit d'hébergement secondaire de madame D.,
- réservé à statuer quant à la demande de contribution alimentaire de monsieur M.

La cause a été fixée en continuation par le premier juge à l'audience du 29 mars 2016.

4. Il convient d'ajouter par ailleurs que, parallèlement à la procédure de fond en Belgique, monsieur M. a saisi l'autorité centrale belge d'une demande de retour fondée sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Par une décision du 30 mars 2016, prononcée à l'issue de l'audience du même jour, le tribunal de la famille de l'arrondissement de Bielsk-Podlaski a rejeté la demande de retour. Monsieur M. a relevé appel de ce jugement en Pologne.

5. Dans l'intervalle, par requête du 24 mars 2016, madame D. a relevé appel du jugement du tribunal de la famille dont elle demande la réformation. Dans cette requête, elle demande

- que les enfants lui soient confiées en hébergement principal et soient domiciliées avec elle,
- qu'il soit réservé à statuer quant au droit d'hébergement secondaire de monsieur M.,
- qu'il soit dit pour droit que l'autorité parentale relative aux enfants lui sera attribuée,
- que les condamnations alimentaires prononcées à charge de monsieur M. aux termes de l'ordonnance du 30 juillet 2014 soient confirmées.

II. Le déroulement de la procédure d'appel

Pour une bonne compréhension, il convient également ici de reproduire l'exposé du déroulement des audiences de la cour et de compléter des derniers développements.

Première audience devant la cour

À la première audience de la cour, le 21 avril 2016, les parties ont toutes deux comparu en personne et étaient assistées par leur avocat. Un premier débat a eu lieu lors duquel chaque partie a tenté de préciser sa position et ses attentes à l'égard de la cour et de les situer dans le

cadre des éventuelles procédures pendantes ou à venir en Belgique et en Pologne. La question des contacts immédiats entre les enfants et leur père a été abordée, sans que ce point n'ait pu amener les parties à se départir d'une position procédurale.

La cour a mis l'affaire en continuation afin de permettre, d'une part, aux parties d'investiguer davantage les questions de procédure et de répondre à diverses questions et d'autre part, à la cour d'examiner les pièces déposées par madame D. et, le cas échéant, de se procurer des informations supplémentaires, par le biais de l'autorité centrale belge, voire par une communication directe avec les juridictions polonaises par l'intermédiaire du Réseau International de La Haye des juges spécialisés en matière familiale (RIJH)⁵.

À la sortie de cette audience, madame D. a été emmenée pour audition devant le juge d'instruction lequel a émis, à son égard, un mandat d'arrêt du chef d'enlèvement parental. C'était la première fois que madame D. revenait en Belgique depuis son départ début septembre 2015 alors qu'une instruction pénale avait été ouverte et qu'elle n'avait, semble-t-il, jamais répondu aux convocations des enquêteurs ni donné des indications quant au lieu où elle s'était réfugiée. Le 27 avril 2016, monsieur M. s'est constitué partie civile devant le juge d'instruction du tribunal de Bruxelles.

Deuxième audience devant la cour

À la deuxième audience de la cour, le 13 mai 2016, madame D. qui a comparu détenue, après que son mandat d'arrêt ait été confirmé par la chambre des mises en accusation⁶, a insisté sur le fait que la dernière décision judiciaire dont il faut tenir compte est celle du 30 mars 2016 du juge polonais laquelle a refusé d'ordonner le retour des enfants et que, si la cour voulait prendre une décision « réformant » cette décision polonaise, qui serait déclarée d'office exécutoire en Pologne, il lui appartenait de procéder au préalable à l'audition des enfants (voir l'article 42 du règlement Bruxelles IIbis).

En tout état de cause, madame D. soutenait qu'il n'est pas dans l'intérêt des enfants de revenir en Belgique avant la fin de l'année scolaire.

Monsieur M. a exprimé son incapacité à rentrer en contact téléphonique avec les enfants, tandis que madame D. soutenait que monsieur M. ne téléphone jamais. Il demandait à la cour d'ordonner le retour immédiat des enfants.

Le ministère public qui a expliqué comment madame D. a tout prémedité et dupé tout le monde et a démontré ne reculer devant rien pour empêcher le retour des enfants en Belgique, a demandé à la cour d'ordonner d'urgence le retour des enfants et de délivrer le certificat visé à l'article 42 du règlement Bruxelles IIbis.

La cour a demandé avec insistance à madame D. de faire venir les enfants avec une personne de confiance (comme par exemple leurs grands-parents chez qui elles résident toujours

⁵ <https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf>

Sur les principes généraux et les lignes de conduites des communications judiciaires directes : http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_fr.pdf

voir également P. Lortie, premier secrétaire du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, « Rapport relatif aux communications entre juges concernant la protection internationale de l'enfant », Avril 2011 : <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd03be.pdf>

⁶ Arrêt du 11 mai 2016 déposé par le ministère public

actuellement, madame D. demeurant en prison), et ce en vue d'une audition qui aurait pu avoir lieu le 27 mai 2016.

Pour vérifier les démarches effectuées par madame D. dans ce sens, la cour a remis la cause à l'audience du 20 mai 2016, tandis que monsieur M. a été d'accord de s'engager à ne pas exécuter le jugement dont appel si les enfants revenaient dans le seul but d'une audition avec la cour.

Troisième audience devant la cour

A cette troisième audience du 20 mai 2016, madame D., comparaissant détenue, a indiqué que sa famille et son conseil en Pologne ont fait valoir que la décision de non-retour prise par le juge polonais faisait obstacle à ce que les enfants reviennent en Belgique, même dans le seul but d'une audition, d'autant plus que l'on pouvait craindre que leur père cherche à mettre à exécution le jugement belge. Pour ces motifs madame D. n'a pas estimé devoir insister pour faire venir les enfants pour une audition en Belgique et a demandé à la cour d'organiser l'audition par d'autres moyens, comme la vidéoconférence.

La cour a indiqué aux parties que la cause ne pouvait plus souffrir de retard et serait plaidée au fond, en tout état de cause, à l'audience du 10 juin 2016. Les parties se sont ensuite mises d'accord pour échanger leurs conclusions dans des délais très courts.

Dans ces conditions, à cette audience du 20 mai 2016, la cause a été prise en délibéré pour qu'il soit statué sur la mesure d'audition des mineures en Pologne.

L'arrêt interlocutoire du 1^{er} juin 2016

Par son arrêt interlocutoire du 1^{er} juin 2016, la cour a reçu l'appel, constaté la compétence internationale de la juridiction belge pour statuer sur la question de la garde des enfants au fond et indiqué que cette compétence inclut, le cas échéant, la décision sur le retour des enfants visée à l'article 11.6, 7 et 8 du règlement Bruxelles IIbis.

En vue de statuer sur cette question, la cour a invité les enfants à un entretien par la voie d'une vidéoconférence (selon les modalités plus amplement détaillés dans l'arrêt).

La cour a entre autre :

- demandé à l'autorité centrale de Belgique de déposer au dossier de la présente procédure l'entièreté du dossier de la juridiction polonaise visé par l'article 11.6 du règlement Bruxelles IIbis (décision judiciaire de non-retour et documents pertinents, en particulier un compte rendu des audiences), accompagné d'une traduction française à l'exception de ce qui concerne le procès-verbal de l'audience du 30 mars 2016 dont la traduction jurée est déjà jointe au dossier de madame D.,
- demandé, par l'intermédiaire du Réseau International des Juges de La Haye, au tribunal de la famille de Bielsk Podlaski de bien vouloir
- communiquer le rapport de l'audition des enfants effectué dans le cadre de la procédure de retour fondée sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980,
- préciser les motifs de la décision de non-retour prononcée le 30 mars 2016, tels que donnés verbalement aux parties,
- demandé à l'autorité centrale belge de bien vouloir fournir une traduction jurée en français de ces documents, qui lui seront transmis dès réception,



- demandé à la juge polonaise du Réseau International des Juges de La Haye de fournir, dans la mesure du possible, de plus amples informations relatives à la procédure d'appel contre la décision du 30 mars 2016 du tribunal de la famille de Bielsk Podlaski (date de plaidoirie, prononcé d'une décision, réponse à la question de savoir si un tel appel est admissible en droit polonais),
- acté le calendrier de mise en état des demandes au fond, et fixé la cause pour plaidoiries à l'audience du 10 juin à 10h00 (60').

Tant à l'audience du 20 mai 2016 que dans l'arrêt interlocutoire, la cour a invité les parties à se poser la seule question essentielle, celle qui concerne l'intérêt de leurs enfants dans une séparation parentale dont la particularité est que le parent qui a exercé jusqu'alors l'hébergement principal des enfants souhaite s'éloigner du lieu de vie habituel de ceux-ci et de l'autre parent, au risque de déraciner les enfants de leurs repères et de mettre entre les parents une distance telle qu'elle bouleverse nécessairement la manière dont les contacts parentaux doivent pouvoir s'organiser et qu'elle crée des obstacles géographiques au partage effectif de l'autorité parentale.

Afin de dépolariser le litige, la cour demandait aux parties, dans le cadre de leurs conclusions, de se départir de leur position empreinte d'exclusivité et de formuler des demandes principales et subsidiaires en précisant concrètement, dans les différents cas de figure, la place laissée à l'autre parent.

Eléments recueillis après l'arrêt interlocutoire

Dans le cadre des demandes formées par la cour dans l'arrêt interlocutoire, il y a lieu de préciser ce qui suit :

- le juge du tribunal de Bielsk-Podlaski a précisé que la décision de non-retour des enfants a été rendue en vertu des paragraphes 1, lettre b, et 2 de l'article 13 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, qu'il ne peut envoyer une synthèse des documents liés à la décision de non-retour car cette procédure ne le prévoit pas et que les documents pertinents dans cette affaire ont été transmis, conformément à l'article 11.6 à l'autorité centrale du ministère de la justice à Varsovie.
- l'autorité centrale belge n'avait, à la date de prise en délibéré de la cause, toujours pas reçu de l'autorité centrale polonaise les documents pertinents visés à l'article 11.6 du règlement Bruxelles IIbis, et n'a donc rien déposé dans le dossier de la cour. Il n'en demeure pas moins que la cour dispose du compte rendu de l'audience du 30 mars 2016 qui lui était communiqué en pièce 3 dans le dossier de madame D., avec une traduction dans la langue de la procédure,
- le juge polonais du Réseau international de La Haye des juges spécialisés en matière familiale a informé la cour de ce que la procédure d'appel initiée par monsieur M. contre la décision de non-retour est fixée à l'audience du 30 juin 2016 de la cour régionale de Bialystok, sous le numéro de rôle II Ca 502/16.

Par ailleurs, les deux enfants, K. et M. ont eu le 3 juin 2016, un entretien transfrontalier avec la cour par la voie de la vidéoconférence, qui s'est tenue dans le respect du règlement européen obtention de preuves⁷. Un rapport contextuel a été déposé dans le dossier. Le contenu des entretiens n'a pas fait l'objet d'un rapport écrit dès lors que la condition posée par

⁷ Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale



l'organisme central polonais dans le cadre de l'application de l'article 17 du règlement, demandait avec insistance que les paroles des enfants ne soient pas rapportées.

Quatrième audience devant la cour

Les parties ont à nouveau comparu à l'audience du 10 juin 2016, assistées de leurs conseils, madame D. étant toujours détenue.

Après les plaidoiries des avocats, le ministère public a rendu son avis. Il a insisté sur la fourberie de madame D. dans la mise en œuvre de sa voie de fait. Il a proposé à la cour de rétablir l'exercice conjoint de l'autorité parentale, d'accorder à monsieur M. la majeure partie des vacances d'été 2016, de confier l'hébergement principal à la mère en Pologne et un hébergement secondaire le plus large possible au père.

La cause a été prise en délibéré.

III. Les demandes des parties

Aux termes de ses conclusions madame D. demande :

- de mettre à néant le jugement dont appel en ce qu'il n'a pas fait droit aux demandes de l'intimé (?) et, en conséquence, faisant ce que le premier juge aurait dû faire :

A titre principal :

- de débouter l'intimé des fins de ses demandes,
- de dire que les enfants communs seront hébergées à titre principal par elle et domiciliées avec elle,
- de réservier à statuer quant au droit d'hébergement accessoire de monsieur M.,
- de dire pour droit que l'autorité parentale relative aux enfants communs sera conjointe,
- de confirmer, pour autant que de besoin, les condamnations alimentaires prononcées à charge de l'intimé au terme de l'ordonnance du 30 juillet 2014 du Président du Tribunal de Première Instance Francophone de Bruxelles en cause des parties, à titre provisionnel,
- de statuer comme de droit quant aux dépens
- en mettant s'il échet la cause en continuation à audience ultérieure pour faire le point,

A titre subsidiaire :

- de statuer quant à l'hébergement des enfants communs jusqu'au 31 août 2016 en prévoyant l'hébergement des enfants communs :
- par elle: jusqu'au 30 juin 2016,
- pendant la moitié des mois de juillet et août 2016 : par chacune des parties,
- de mettre la cause en continuation à une audience sise entre le 15 et le 25 août 2016 ;

A titre infiniment subsidiaire : si la Cour devait estimer pouvoir confier l'hébergement principal des enfants communs à l'intimé :

- de prévoir un droit d'hébergement des enfants communs par elle durant la moitié des vacances de juillet et août 2016,
- de mettre la cause en continuation à une audience sise entre le 15 et le 25 août 2016,

En tout état de cause :

- de procéder ainsi que dit l'article 1004/1 du Code Judiciaire et l'article 10 du Règlement n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 avant, le cas échéant, de délivrer le certificat visé à l'article 42 § 1er du Règlement n° 2201/2003,
- de condamner l'intimé aux dépens des deux instances ou, subsidiairement, compenser les dépens entre parties.

Aux termes de ses conclusions monsieur M. demande :

A titre principal

- de confirmer le jugement dont appel dans toutes ses dispositions ;

A titre subsidiaire

- si par impossible, la cour devait confier l'hébergement principal des enfants à l'appelante, de dire que cet hébergement s'exercera en Belgique,
- de confirmer les modalités d'hébergement secondaire lui accordées par le jugement du 30 juillet 2014,

A titre infiniment subsidiaire

- Si par impossible, l'appelante devait être autorisée à héberger ses enfants de manière principale en Pologne, de dire pour droit que son droit d'hébergement accessoire pourra s'exercer en Belgique durant toutes les périodes de congés scolaires, l'appelante ayant la charge des trajets vers la Belgique et l'intimé celui des retours ;

En toute hypothèse,

- de condamner l'appelante aux entiers dépens de deux instances, en ce compris les indemnités de procédure fixées respectivement à 1.320,00 €

IV. Discussion

1. *Droit applicable*

Dans l'exercice de sa compétence internationale en matière de protection des enfants⁸, les juridictions appliquent la loi du for (Article 15 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants).

Sur cette base, la cour appliquera dès lors la loi belge, ce qui n'est pas contesté par les parties. Pour apprécier l'attribution de l'autorité parentale au moment du déplacement des enfants vers la Pologne, il convient d'appliquer la loi belge, étant la loi de la résidence habituelle des enfants à cette époque (art. 16 de la Convention précitée) et pour savoir ce que cette autorité implique et comment elle doit s'exercer, c'est également à la loi belge qu'il convient de se référer (art. 17 de la Convention).

Il n'est pas contesté qu'à l'époque, la responsabilité parentale à l'égard de leurs filles était exercée conjointement par les parties, ce qui correspond à la loi belge⁹ et avait été maintenu par les décisions judiciaires antérieures (26 mars 2013 et 30 juillet 2014). Il n'est pas non plus contesté que l'exercice conjoint de cette autorité implique qu'un parent ne peut décider de déplacer la résidence habituelle des enfants dans un autre État sans l'accord de l'autre parent.

⁸ Il s'agit de toute mesure qui organise la "protection" de l'enfant visée à l'article 5 de la même convention, dans le chapitre de la compétence, ce qui couvre notamment les décisions civiles relatives à l'attribution et à l'exercice de la responsabilité parentale.

⁹ Articles 302 et 374 du Code civil

En conséquence de cette analyse, il n'est pas contesté que le déplacement des enfants par madame D. était illicite.

2. *Les motifs de la décision de non-retour du 30 mars 2016*

Le tribunal de district de Bielsk Podlaski en Pologne a rendu une décision de non-retour des enfants le 30 mars 2016. A la demande de la cour, il a répondu que cette décision était fondée sur l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, qui dispose que la juridiction n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant

- Paragraphe 1 b) : « lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou de tout autre manière ne le place dans une situation intolérable. »
- Paragraphe 2 : « si elle constate que l'enfant s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. »

Même si l'intérêt de l'enfant doit guider toute décision¹⁰, la procédure de retour de l'enfant devait donner lieu à une décision relativement « technique » permettant, dans l'intérêt de l'enfant, de remettre la situation dans son état avant l'enlèvement parental pour ensuite envisager la question de la garde devant le juge compétent sur le plan international.

Monsieur M. a relevé appel de la décision de non-retour. Cette procédure d'appel, fixée à l'audience du 30 juin 2016 devant la cour régionale de Bialystok, ne peut empêcher la cour, compétente sur le plan international sur le fond, de poursuivre l'examen des demandes relatives à la responsabilité parentale et à la garde, et, le cas échéant, de prendre une décision qui entraîne automatiquement le retour des enfants.

Afin de pouvoir examiner si, le cas échéant, un retour doit être ordonné, la cour doit néanmoins tenir compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 (art. 42, 2 c du règlement Bruxelles IIbis).

Or, outre le fait qu'elle ne semble pas avoir fait application de l'article 11.4 du règlement Bruxelles IIbis préalablement à cette décision, la juridiction polonaise indique que les raisons principales de la décision ont été données aux parties verbalement¹¹.

Le procès-verbal de l'audience polonaise atteste de l'avis du psychologue qui a rencontré les enfants¹² lequel a indiqué :

- que la maturité des enfants leur permet de raisonner en causalité devant la situation dans son ensemble,
- que les enfants expriment la crainte envers les démarches de leur père qui auront pour conséquence la perte de contact avec la mère,
- que ce n'est pas la peur de la personne du père, mais de ses démarches car les enfants associent le départ de Pologne (et donc le retour en Belgique) au fait qu'elles peuvent être séparées de leur mère,
- que les enfants sont donc fortement impliquées dans le conflit entre les parents,

¹⁰ Voir la jurisprudence de la CEDH autour de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'enlèvement parental

¹¹ Pièce 3 du dossier de madame D. : procès-verbal de l'audience du 30 mars 2016

¹² Page 8 de la traduction de la pièce 3 de madame D.

- qu'à ce stade de leur développement naturel, il y a un plus grand attachement au parent proche, à savoir la mère et le conflit rend cet attachement plus intense,
- que les réactions émotionnelles des enfants témoignent clairement du fait qu'elles expriment leurs propres pensées et sentiments, sans que ceux-ci ne soient imprimés par la mère,
- que la peur d'être séparées de leur mère est centrale et par conséquent, l'inquiétude devant ce qui se passera plus tard,
- qu'il n'apparaît pas que la mère montait les enfants contre le père, l'influence de l'opinion de la mère dans l'état émotionnel des enfants n'étant pas si marqué,
- que les effets psychologiques de la séparation de la mère seront négatifs de même qu'un nouveau changement de résidence,
- que les informations sur des agressions dont il a été question à l'audience ne sont pas apparues comme assez pertinentes.

A défaut de précisions dans la décision polonaise, la cour présume que la juridiction polonaise a considéré que, dès lors que le parent de référence des enfants est la mère, confier ceux-ci à leur père dans les circonstances de l'espèce, les exposerait à un risque grave de trouble psychique ou à une situation intolérable.

Selon la jurisprudence internationale constante en la matière, l'exception au retour de l'enfant, visée à l'article 13 b) de la Convention de La Haye de 1980 doit être interprétée de façon restrictive au risque de vider cette convention de sa pertinence et de sa substance.

C'est à tort que le juge polonais considère que le seul fait que la mère soit la personne principale d'attachement depuis la naissance des enfants et qu'elle ait, bien davantage que le père, exercé le droit de garde sur celles-ci, implique qu'une demande de retour formulée par le père pourrait provoquer des effets négatifs irréparables sur leur psychisme et que cela placerait les enfants dans une situation intolérable et les exposerait à un danger psychique.

En l'espèce, il n'est pas contestable que monsieur M. était, à sa juste place, investi dans son rôle de père -certes différent de celui de la mère- et respectait son devoir parental sans dénier, ce qui a permis aux filles de développer une relation paternelle de manière individuelle, régulière et suivie et qu'il a également contribué financièrement aux besoins matériels.

Les allégations de madame D. selon lesquelles monsieur M. était violent ne sont pas établies. Interrogée par le juge d'instruction, madame D. a répondu que monsieur M. n'a pas frappé les filles mais qu'il était uniquement violent verbalement. Aucune plainte n'a pourtant été déposée dans ce sens et le psychologue polonais a lui-même indiqué que la peur des enfants à l'égard du père ne concernait pas véritablement la relation père-filles, mais uniquement les démarches qui pouvaient aboutir à la séparation de la mère.

Si certes, les enfants se sentent essentiellement proches de leur mère, il n'y avait pas d'éléments qui permettaient de croire qu'elles ne pouvaient, soit être confiées très temporairement à leur père moyennant maintien des contacts avec leur mère, soit rentrer en Belgique accompagnées de leur mère, les deux hypothèses ne concernant que la brève période nécessaire à l'obtention d'une décision de fond sur les modalités de l'hébergement des enfants et sur leur éventuel déplacement vers la Pologne.

De plus, outre le fait que les enfants sont manifestement encore très jeunes pour que leur opposition soit considérée comme déterminante « en raison de leur âge et de leur maturité »,

leur refus, émis dans les circonstances décrites, ne peut être retenu comme une exception au retour fondée sur l'article 13 al.2 de la Convention de 1980.

En conclusion, les conditions de l'article 13, 1 b) et 2 de la Convention de La Haye de 1980 n'étaient pas réunies. Aucune des circonstances invoquées par madame D. ne justifient ni sa voie de fait ni la décision de non-retour fondée sur l'article 13, 1 b) et 2 de la Convention de La Haye.

3. L'entretien de la cour avec les enfants

La demande de madame D. tendant à entendre « *procéder ainsi que dit l'article 1004/1 du Code Judiciaire et à l'article 10 du Règlement n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 avant, le cas échéant, de délivrer le certificat visé à l'article 42 § 1^{er} du Règlement n° 2201/2003* » n'a pas d'objet dès lors que l'audition des enfants a eu lieu le 3 juin 2016 par vidéoconférence avec la Pologne.

La cour tire de cet entretien les mêmes enseignements que le psychologue polonais.

L'on retrouve dans les dires des deux enfants la nuance existant déjà précédemment entre l'aînée qui prend une position plus hostile à son père et la cadette qui a une relation plus spontanée et affectueuse, aspirant à vouloir simplement jouer avec son papa. Cette différence était déjà observable lors des incidents de non-représentation des enfants en 2014 et se retrouve également dans la déclaration de madame D. du 21 avril 2016 lorsqu'elle dit : « *Ma fille aînée refuse de voir son père. Ma cadette demande après son père tout en ayant peur.* »

Les enfants choisissent certes de vivre auprès de leur mère mais ont également envie de voir leur père et ont exprimé leur regret que celui-ci ne leur ait pas rendu visite en Pologne. Elles sont néanmoins effrayées à l'idée que leur père puisse les emmener en Belgique, raison pour laquelle elles ne peuvent envisager l'idée de voir leur père ailleurs que là où elles résident maintenant, ce qu'elles appellent « *chez elles* ».

Elles apprécient la vie qu'elles ont en Pologne depuis un an et se sentent intégrées dans leur école et parmi les nombreux membres de leur famille. La Belgique n'est plus qu'un souvenir dont l'on n'a entretenu, en comparaison avec la Pologne, que les images négatives (intégration difficile à l'école, une maîtresse qui crie, pas de famille élargie comme c'est le cas avec les cousins en Pologne)

De même, l'image de leur père s'inscrit dans un souvenir dont l'on ne retient que les moments moins agréables (l'une ou l'autre dispute intrafamiliale dans un passé lointain, sans autre conséquence, mise sur le compte d'un père violent ou sans empathie, absence d'activités amusantes lors des weekends chez leur père, un refus de laisser l'enfant téléphoner à la maman) et le seul jugement nourri à son encontre est implacable : « *s'il nous aimait vraiment, il aurait fait l'impossible pour venir nous voir en Pologne* ».

La cour retient également que les filles n'étaient pas à l'aise au moment où leur mère a conçu le projet de leur départ, dès lors qu'elles n'étaient pas demandeuses de ce changement de cadre de vie, d'autant moins qu'elles étaient conscientes des conséquences que cela risquait d'entrainer compte tenu de l'opposition de leur père.

L'entretien a révélé comme les enfants, quand elles ont vu que leur maman mettait son projet à exécution en les emmenant en Pologne, ont été angoissées et désemparées vu les

conséquences redoutées. Elles étaient en effet bien conscientes de la transgression dans laquelle leur maman les entraînait.

Cet entretien révèle qu'il n'existe pas de réel motif induisant de la peur dans la relation père-enfant, sauf celle créée par la décision de madame D. de commettre et de s'acharner dans la poursuite de la voie de fait et les procédures civiles et pénales qui en ont découlé.

Cet entretien révèle enfin le grand désarroi dans lequel se trouvent les enfants en raison de l'hostilité créée à leur sujet entre les deux familles, et la tristesse de ne plus pouvoir converser normalement et sans peur avec leur père et leurs grands-parents paternels.

4. Résumé de la situation actuelle

Comme cela a déjà été dénoncé par la cour, la situation telle qu'elle se présente actuellement, est particulièrement polarisée et néfaste pour l'équilibre des enfants et pour leur avenir.

Les deux enfants qui ont passé toute leur vie en Belgique ont été, par la seule volonté de leur mère, qui en avait la garde principale, et au mépris des règles de loi, des décisions judiciaires belges et de l'autorité parentale du père, emmenées et installées en Pologne depuis le 8 septembre 2015, où elle ont donc passé la quasi-totalité de l'année scolaire 2015-16 qui se termine.

Pendant cette année, elles ont été scolarisées en Pologne, d'abord dans une première école demeurée inconnue (à Lódz?) et ensuite, probablement à partir du mois de décembre, dans une école proche du domicile des grands-parents maternels où elles résident avec leur mère.

Pendant toute cette année, elles n'ont pas rencontré une seule fois leur père. Les parties n'ont de cesse de se renvoyer mutuellement la responsabilité de cette absence de contact. Il est à tout le moins établi que la position adoptée par madame D. était de nature à empêcher monsieur M. de prendre les enfants avec lui hors de son contrôle à elle et de son domicile, même en Pologne et que la méfiance du milieu maternel a toujours été exacerbé, même à l'égard des grands-parents paternels.

Il n'était dès lors aucunement possible pour le père, voire pour les grands-parents paternels, d'approcher les deux enfants sans l'intervention d'un juge local, que personne n'a pourtant estimé devoir saisir d'une demande d'organiser des contacts provisoires.

Madame D. est incarcérée en Belgique depuis le 21 avril 2016, soit à ce jour bientôt deux mois. Les enfants ont été baignés dans l'idée que cet emprisonnement a été voulu par leur père, que leur père ne souhaite pas réellement les rencontrer et donc vraisemblablement qu'il ne les aime pas, que leur père est à l'origine de la menace qui les hante d'être éloignées de leur mère et qu'un retour en Belgique serait une catastrophe pour elles.

Depuis l'emprisonnement de leur mère, les enfants sont à la garde exclusive de leurs grands-parents maternels et la décision de non-retour rendue en Pologne a renforcé la position du clan maternel selon laquelle il n'est pas question que les enfants remettent les pieds en Belgique. Cette position a induit dans le chef des enfants une peur compréhensible qui s'est exprimée tant devant le juge polonais dans la procédure de retour que lors de l'entretien du 3 juin 2016 avec la cour.



À ce jour, les enfants sont non seulement traumatisées par le conflit parental qui a entraîné la rupture de tout contact harmonieux avec leur père qu'elles n'ont plus vu depuis bientôt 10 mois, mais également par la séparation d'avec leur mère qu'elles n'ont plus vue depuis bientôt deux mois.

5. *Sur le fond : l'exercice de la responsabilité parentale et l'hébergement*

5.1. La cour renvoie aux développements rédigés dans l'arrêt du 1^{er} juin 2016 [...], sur lesquels elle ne reviendra plus.

Elle demande seulement aux parties de réfléchir aux questions suivantes :

« *Est-ce que je veux avoir raison ou est-ce que je veux être heureux? Est-ce que je veux vivre en victime ou vivre l'amour, même imparfait ?* »

5.2. L'image négative que les enfants construisent autour de leur père pour donner du sens à ce qu'elles sont amenées à vivre, rendant leur père responsable de toute cette souffrance et de la séparation de leur mère en prison, est non seulement déformée mais particulièrement dangereuse pour leur construction identitaire et leur apprentissage des réalités de la vie en société.

L'article 9 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 garantit le droit fondamental à tout enfant de pouvoir développer un lien durable et épanouissant avec chacun de ses parents, quel que soit les aléas de la vie sentimentale de ceux-ci.

Il est urgent de normaliser la situation en ce sens que les enfants puissent à nouveau vivre la relation avec chacun de leurs parents dans un cadre défini et sans appréhension de ce que les forces de l'ordre et les injonctions de justice puissent laisser craindre.

Les mois de vacances d'été seront, la cour l'espère, l'occasion pour les enfants de renouer avec leur père. Il n'y a aucun motif pour empêcher celui-ci d'emmener les enfants en vacances en tout lieu qu'il choisira, comme il le fait chaque année, que ce soit la Pologne, la Belgique ou ailleurs.

Sur ce point, les positions des parties, à tout le moins celles résultant de leurs demandes subsidiaires, semblent compatibles. Le droit tant du père que des enfants de se revoir dans des conditions de vacances est indiscutablement conforme à l'intérêt des enfants.

Il y a donc lieu de confier les enfants à monsieur M. à partir de ce jour jusqu'à la fin du mois de juillet.

La cour forme le vœu que les grands-parents maternels parviennent à préparer les enfants de façon positive et les confient à leur père avec confiance et affection et sans tergiversations. Il appartiendra à monsieur M. de prendre les dispositions nécessaires pour que les filles puissent vivre au mieux ces retrouvailles¹³.

¹³ Notamment, monsieur M. pourrait accompagner ses enfants à leur école actuelle pour leurs derniers jours de leur année scolaire, éviter les ruptures brutales et permettre aux enfants de dire au revoir à leurs grands-parents. De même, tant que madame D. demeure en prison en Belgique, il pourrait envisager de permettre aux enfants de lui rendre visite à la prison.



Afin d'éviter à monsieur M. de rencontrer des obstacles dans l'exécution de cette décision, la cour délivrera en annexe du présent arrêt un ordre de retour certifié conformément à l'article 42 du règlement Bruxelles IIbis.

Si madame D. retrouve sa liberté dans l'intervalle, il est dans l'intérêt des enfants que celles-ci puissent également passer avec leur mère une seconde partie des vacances d'été, comme précisé ci-dessous. Dans la négative, les enfants resteront avec leur père.

5.3. Reste la question du plus long terme, celle de savoir si, à la rentrée de septembre 2016, les enfants seront hébergées par leur père en Belgique ou par leur mère en Pologne.

L'organisation des vacances judiciaires ne permettent pas à la cour, comme madame D. le souhaiterait, de revoir les parties dans le courant du mois d'août pour procéder à une évaluation de la situation.

La cour prendra dès lors une décision qui impactera la rentrée scolaire 2016 mais qui pourtant ne devrait pas être encore définitive, dans la mesure où il y aura lieu de vérifier la manière dont les parties seront parvenues à se remettre des traumatismes vécus cette année et à retrouver une voie de coparentalité raisonnable.

En effet, la situation est loin d'être rassurante pour l'intérêt des enfants car, à ce jour, malgré les interpellations de la cour tant à l'audience du 20 mai 2016 que dans l'arrêt du 1^{er} juin 2016, les parties n'ont toujours pas compris que leur demande respective d'héberger les enfants à titre principal devait s'accompagner d'une formule d'hébergement secondaire au bénéfice de l'autre parent et qu'il est urgent de se projeter concrètement dans ce que peut être l'organisation d'une vie pour les enfants entre deux parents qui résident à près de 1500 km l'un de l'autre.

Or, force est de constater que tant madame D. que monsieur M. demandent de réserver à statuer sur les modalités d'hébergement secondaire dans l'hypothèse où l'hébergement principal leur serait accordé.

Monsieur M. ajoute qu'il convient de réserver à statuer « *jusqu'à ce que madame D. communique une nouvelle adresse en Belgique* », ce qui démontre sa volonté d'empêcher madame D. de choisir librement son lieu de résidence, voire son refus d'accepter la réalité, tandis que madame D. n'aborde pas non plus spontanément le sujet, sauf dans le cadre d'une demande subsidiaire timide et limitée, qui ne concerne que les prochaines vacances d'été et qui demeure particulièrement vague en termes de durée et de lieu.

Ce n'est qu'à l'audience du 10 juin 2016 que, sur interpellation de la cour et du ministère public, et après avoir encore dit que monsieur M. doit d'abord changer son comportement avant de pouvoir héberger les enfants, elle accepte avec peu d'entrain de laisser acter au plenum qu'elle ne s'oppose pas, dans l'hypothèse où les enfants peuvent vivre chez elle en Pologne, à ce que monsieur M. puisse héberger les enfants pendant de longues périodes de vacances en Belgique.

5.4. Il n'y a aucune raison de considérer que la scolarité des enfants en français en Belgique, où elles ont vécu toute leur vie à l'exception de la dernière année scolaire, puisse leur être néfaste ou problématique. Même si les informations paraissent contradictoires sur ce



point en ce qui concerne K.¹⁴, il n'y a pas non plus de raison de croire que les enfants ne pourraient pas, à terme, réussir leur scolarité dans leur école polonaise, le polonais étant leur langue maternelle parlée tant avec leur père qu'avec leur mère.

En revanche, il serait contraire à leur intérêt qu'elles perdent la connaissance qu'elles ont du français en faisant un blocage à l'égard de leur passé belge, se coupant ainsi d'une partie de leurs racines.

L'argument de la stabilité peut être utilisé dans les deux sens, puisque d'une part, cela fait une année scolaire que les filles se trouvent en Pologne, qu'elles ont donc pu prendre leurs marques et qu'un nouveau déménagement serait vécu comme une nouvelle rupture et d'autre part, cette année chaotique vécue sous le signe de la fuite et de la peur est tout sauf stabilisante et ne peut avoir détruit toutes les racines acquises depuis la naissance en Belgique, tant sur le plan scolaire que sur le plan géographique et linguistique, racines qui peuvent être invoquées pour un retour à la stabilité.

La cour a en effet aussi entendu les enfants exprimer leur aspiration à ce que « *tout redeviienne comme avant* », ce qui n'est malheureusement plus possible dès l'instant où madame D. est déterminée à ne plus résider en Belgique.

5.5. Les deux filles des parties préfèrent, dans la situation qui est la leur actuellement, vivre avec leur mère en Pologne. Madame D. a depuis toujours été le parent « proche » et a conservé l'hébergement principal des enfants après la séparation. Cette préférence des enfants est donc toute naturelle mais n'induit nullement une absence d'aptitude et de mérite chez le père.

Les griefs formulés par madame D. à l'égard de monsieur M. remontent manifestement à leur conflit de couple qui a donné lieu à leur séparation, mais ne sont étayés par aucune pièce probante. Ils ne correspondent à aucune dénonciation crédible ni incident objectivable. Sans vouloir considérer que tout était rose pour autant, ces griefs résultent des seules déclarations unilatérales de madame D., relayées par K. qui, en tant que fille aînée, semble davantage perméable aux ressentiments et émotions de sa mère et a par conséquent une relation de pré-adolescente un peu plus difficile avec son père.

Madame D. dépose une pièce qui concerne une décision de 1996 de déchéance de paternité de monsieur M. à l'égard d'une fille née d'une première union en 1990. Monsieur M. relève qu'il s'agit d'une ancienne affaire concernant une contestation de paternité, sans donner d'autres explications. Toujours est-il que la cour ne peut tirer d'enseignement de cette pièce au regard des compétences parentales de monsieur M., dès lors que cette situation remonte à un passé bien plus ancien que la vie de couple que les parties ont entamée ensemble en 1998 et la fondation d'une famille voulue en connaissance de cause.

De même, ce qu'a dit un psychologue en 2004 dans le cadre d'une procédure de droit canonique devant une juridiction ecclésiastique concernant son premier mariage (pièce 7 de madame D.) n'est pas davantage contextualisé et n'a pas empêché madame D. de choisir monsieur M. comme père de ses enfants après 5 années de cohabitation.

¹⁴ D'un côté, dans sa déclaration du 22 avril 2016 devant le juge d'instruction, madame D. admettait que les résultats de K. sont moins bons en Pologne que ce qu'elle faisait en Belgique mais de l'autre côté, elle dépose à son dossier également un avis de la titulaire de classe selon laquelle l'enfant s'est bien adaptée et ses résultats sont conformes aux autres élèves

La cour relève encore que dans le passé, monsieur M. n'a pas eu le projet de prendre davantage en charge les soins quotidiens des enfants¹⁵ et admet que la solution qui consistait dans la prise en charge principale des enfants par leur mère était celle qui répondait le mieux à leurs besoins. Si madame D. devait décider de revenir vivre en Belgique, c'est encore cette formule qu'il préconiserait aujourd'hui, ce qu'il indique dans sa demande subsidiaire.

Devant le juge polonais comme devant la cour, monsieur M. a également essentiellement évoqué sa volonté que madame D. revienne vivre en Belgique avec les enfants pour que celles-ci ne soient pas séparées de leur mère et que lui puisse les voir de façon régulière.

La demande d'hébergement principal qu'il formule devant la cour est donc uniquement liée à la voie de fait de madame D. qui l'a exclu de la vie des enfants, a arraché celles-ci de leur entourage en Belgique et a violé les règles du partage de l'autorité parentale.

Si le « maternage » n'a pas été la vocation première de ce père, ce n'est pas pour autant que monsieur M. ne peut être pris au sérieux dans sa volonté d'assumer les conséquences de la demande qu'il formule vu les circonstances actuelles ni qu'il faille douter de son aptitude parentale, voire de l'amour qu'il porte à ses enfants. L'on ajoutera que les enfants sont sorties de la « petite enfance ».

5.6. De son côté, madame D. ne démontre pas qu'il existait dans la famille le projet de retourner vivre en Pologne, comme elle le prétend.

Elle ne démontre pas non plus avoir un projet personnel particulièrement construit et cohérent en Pologne. Alors qu'elle a lâché son emploi stable en Belgique, elle choisit la fuite quelque temps dans un centre pour femmes battues pour finalement s'installer chez ses propres parents où elle semble vouloir demeurer à plus long terme. Elle aurait décroché un emploi qu'elle aurait dû entamer en mai 2016, sans pour autant indiquer à la cour quelle sera l'indépendance financière et économique qui en résultera.

Elle ne démontre pas la plus-value que représente pour l'intérêt des enfants leur déménagement en Pologne, sauf celle de consolider un fait accompli.

Si les aptitudes parentales de madame D. à l'égard de ses filles ne sont nullement mises en cause et si monsieur M. a réitéré son respect pour la manière dont elle s'est occupée de leurs enfants dans le passé, la cour demeure particulièrement inquiète quant à la capacité de madame D. à laisser une place réelle au contexte belge dans lequel les filles ont grandi et à leur père en particulier et de ne pas se montrer fusionnelle et toute-puissante à l'égard de ses enfants qui, approchant l'adolescence, doivent aussi se forger leur personnalité sur le plan du rapport à la loi et aux règles de vie de la société.

En effet, madame D. a démontré être capable de manipuler et de duper un grand nombre de personnes ne poursuivant que son seul objectif qui est celui de s'installer en Pologne avec les enfants. Ainsi, les pièces du dossier et les déclarations attestent de ce que, très consciemment, elle a tenu un discours se voulant rassurant quant à ses intentions de rester en Belgique¹⁶ alors

¹⁵ Dans son jugement du 30 juillet 2014, le tribunal de Bruxelles observe que la demande d'hébergement égalitaire de monsieur M. n'est pas réellement réfléchie et qu'il ne démontre pas sa volonté de s'investir réellement dans un hébergement de type alterné égalitaire

¹⁶ Déclaration à la police du 31 août 2015 dans laquelle elle annonce avoir l'intention de louer un appartement à partir du 1^{er} octobre 2015 à Koekelberg et n'a nullement l'intention de partir en Pologne ; Production d'une



qu'elle organisait en secret et minutieusement son départ pour la Pologne déjà en juillet 2015¹⁷.

Elle démontre également être capable de soutenir, à l'encontre des pièces évidentes du dossier, qu' « *elle n'aurait pas eu d'autre choix* » que de partir en Pologne en raison de son manque d'argent, lequel aurait été prétendument bloqué chez le notaire par la volonté de monsieur M., lequel offrait pourtant de débloquer les sommes revenant à madame D. pour qu'elle les investisse dans une garantie locative ou l'acquisition d'un immeuble en Belgique¹⁸.

Sa capacité à se positionner en victime devant les autorités ou toute autre personne pour arriver à ses fins et se déresponsabiliser de la situation est sans limite et jusqu'au boutiste.

Encore actuellement, elle tente de faire croire qu'elle pensait sincèrement être en droit de partir avec les enfants et régler les modalités ensuite devant les juridictions polonaise, mettant cette croyance tantôt sur le compte de ce que son précédent conseil aurait pu lui dire (sans l'établir) (déclaration devant le juge d'instruction), tantôt sur une prétendue absence d'hostilité de monsieur M. devant son projet (p 7-8 de ses conclusions), alors qu'il est évident que, si tel avait été le cas, elle n'aurait pas agi en secret comme elle l'a fait et construit sciemment un mensonge quant à ses intentions jusqu'à faire établir une attestation de complaisance au sujet d'une location à partir de octobre 2015. De même, les enfants n'auraient pas été angoissées devant les conséquences que pouvaient entraîner la transgression des lois par leur mère.

La cour a pensé que, s'agissant du débat au fond, madame D. allait donner des gages du respect qu'elle accorderait à l'avenir à la place et à l'autorité du père dans la vie de ses filles.

Pourtant, comme il a été dit ci-dessus, force est encore de constater qu'avec sa demande d'héberger les enfants principalement en Pologne, madame D. ne forme dans ses conclusions déposées le 6 juin 2016, toujours pas de proposition concrète et réaliste de périodes d'hébergement secondaire chez le père et que ce n'est qu'à titre subsidiaire, qu'elle propose de se partager les vacances d'été 2016 (sans donner d'autres précisions) et de revoir la situation au mois d'août.

Ceci démontre à quel point, malgré ce qui a été acté à l'audience du 10 juin 2016 suite à l'insistance de la cour et du ministère public, madame D. n'est pas encore prête à concevoir la vie des enfants en Pologne autrement qu'avec une vague possibilité pour monsieur M. de venir voir les enfants en Pologne quand il voudra bien se déplacer jusque-là.

attestation de complaisance au sujet de cette promesse de location fictive ; Démarrage de l'année scolaire en Belgique sans rien laisser apparaître au personnel scolaire jusqu'à son départ le 8 septembre 2016,

¹⁷ Envoi à son employeur de son préavis le 29 juillet 2015, prenant cours le 31 août 2015, alors qu'elle a pris 2 mois de congé parental en juillet et août 2015 ; inscription de son domicile et de celui des enfants à l'adresse de ses parents dès le 29 juillet 2015

¹⁸ Elle a déclaré devant la juridiction polonaise à l'audience du 30 mars 2016 : « *J'ai décidé de partir car je n'avais pas de quoi vivre. L'argent que j'ai gagné, j'ai dû le dépenser pour le loyer* »

Dans sa déclaration à la police du 21 avril 2016 elle soutient encore « *Je veux absolument que les tribunaux belges comprennent pourquoi je n'avais pas d'autre choix que de rentrer au pays.* » et devant le juge d'instruction elle déclare le 22 avril 2016 « *mon argent était bloqué. Je comptais louer quelque chose mais il était bloqué* »

5.7. Le dommage psychologique que cette attitude peut causer aux enfants paraît plus important sur le long terme que le dommage psychologique qui résulterait d'une séparation de la mère et d'un nouveau changement de résidence.

Dans ces conditions, la cour estime qu'il est dans l'intérêt des enfants de veiller à un rééquilibrage et de fixer leur hébergement principal durant l'année scolaire prochaine chez leur père, à titre provisoire, et sous réserve d'une nouvelle évaluation au cours du premier trimestre.

Afin de garantir que monsieur M. ne rencontre pas d'obstacle dans l'inscription des enfants dans les écoles adéquates en Belgique, il convient, provisoirement, de maintenir l'exercice exclusif de l'autorité parentale dans son chef.

Dès à présent, des périodes d'hébergement secondaire seront programmées au bénéfice de madame D., jusqu'à Noël 2016.

6. *Astreintes*

6.1. Le premier juge avait fixé des astreintes dont monsieur M. demande la confirmation.

C'est de façon erronée en droit que madame D. soutient que cette mesure ne pouvait pas être prise par le premier juge sur la base d'une analyse de l'article 387ter du Code civil que la cour ne peut cautionner.

D'une part, un juge peut, si c'est demandé par une partie, assortir une condamnation d'une astreinte dès la première décision prise en matière d'autorité parentale, même en dehors de l'application de l'article 387ter du Code judiciaire. Ce qu'apporte cet article en plus, c'est la possibilité de dire que pour l'application de l'astreinte fixée dans le cadre d'une décision qui suit le non-respect d'une décision antérieure, l'article 1412 du Code judiciaire est applicable.

D'autre part, il ne peut être contesté qu'en l'espèce, la saisine du premier juge par monsieur M. était bien motivée par le non-respect par madame D. de la décision antérieure, prononcée par ce même juge le 30 juillet 2014.

Il n'y a donc pas d'obstacle à ce que la cour assortisse à son tour la décision d'une astreinte, mais à défaut pour monsieur M. d'avoir demandé l'application de l'article 1412 du Code judiciaire, ni en première instance, ni en degré d'appel, elle ne peut prononcer la « super-astreinte » de l'article 387ter du Code judiciaire.

6.2. En revanche, force est de constater que la décision de non-retour du 30 mars 2016, prononcée par la juridiction polonaise, a mis un sérieux frein à l'exécution en Pologne du jugement dont appel du 23 février 2016.

Même si le comportement de madame D. n'en était pas pour autant justifié, l'astreinte n'a pas sa place devant une contradiction de titres judiciaires transfrontaliers aussi précaires l'un que l'autre. En outre, dès l'instant où madame D. était incarcérée, il n'est pas juridiquement tenable de considérer qu'elle pourrait être tenue de payer des astreintes si elle ne ramène pas les enfants en Belgique.



En revanche, il est justifié de dire que cette astreinte prendra cours à compter du troisième jour après la libération de madame D., et ce après signification de la présente décision.

Cette modalité d'exécution supplémentaire n'enlève rien au caractère immédiatement exécutable du présent arrêt, sur le fondement de l'article 42 du règlement Bruxelles IIbis, qui doit permettre à monsieur M. de se voir confier les enfants quel que soit le lieu où elles se trouvent.

La mesure d'astreinte ne doit pas non plus entraîner une spéculation financière et une affaire de profit qui n'aurait aucun effet sur le bien des enfants. Il convient dès lors de fixer un montant maximal au-delà duquel la condamnation cesse ses effets.

7. *Les questions alimentaires*

La requête d'appel et les conclusions des parties font état des questions alimentaires, sans pour autant qu'une demande précise ne soit formulée, tendant soit à réformer le jugement dont appel, soit à modifier la situation dans le cadre d'un élément nouveau.

La cour considère donc, à ce jour, ne pas être saisie de cette question et suggère aux parties, si nécessaire, de s'adresser au premier juge pour trancher un éventuel litige, présent ou à venir, sur les aliments.

Nul besoin pour les parties de perdre un degré de juridiction en saisissant la cour de leurs demandes sur lesquelles le premier juge ne s'est pas encore prononcé.

PAR CES MOTIFS,
LA COUR, 41^{ème} chambre de la famille,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Entendu J. Devreux, substitut du Procureur Général, en son avis,

Statuant en complément de l'arrêt interlocutoire du 1^{er} juin 2016,

Déclare l'appel très partiellement fondé,

Déclare les demandes nouvelles recevables et fondées dans la mesure ci-après,

Confirme le jugement en ce qu'il a, à titre précaire,

- attribué l'exercice de l'autorité parentale à titre exclusif au père,
- confié au père l'hébergement des enfants,
- dit que les enfants seront domiciliés à l'adresse du père,

Constate que cette décision implique le retour des enfants et joint à cette fin le certificat conformément à l'article 42 du Règlement (CE) n°2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000



Réforme le jugement en ce qui concerne l'astreinte,

Statuant à nouveau sur ce point,

Assortit le droit d'hébergement de monsieur M., en cas de non-respect par madame D. de son droit d'hébergement, d'une astreinte de 150 € par jour de retard à dater du troisième jour qui suit la fin de l'incarcération de madame D., pourvu également que l'arrêt ait fait l'objet d'une signification, et avec un maximum de 70.000 €.

Statuant sur les demandes nouvelles,

Dit que madame D. exercera son droit aux relations personnelles à l'égard des enfants, à condition qu'elle ne soit plus incarcérée,

- du 1er août 2016 à 10 heures au 27 août 2016 à 18 heures,
- la semaine du congé de Toussaint 2016, du samedi à 10 heures au samedi suivant à 18 heures,
- 12 jours durant les vacances de Noël 2016, du premier samedi à 10 heures au mercredi de la seconde semaine à 18 heures,
- étant entendu qu'il reviendra à monsieur M. d'amener les enfants chez madame D. en Pologne au début de la période et à madame D. de ramener les enfants au domicile de monsieur M. à la fin de la période,

Dit qu'en outre, en dehors de ces périodes, madame D. pourra exercer son droit aux relations personnelles en Belgique, avec interdiction de quitter le territoire du royaume, un weekend par mois, et à défaut d'autre accord, le weekend du second vendredi du mois, du vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir à 18 heures, à charge pour elle de ramener les enfants chez leur père,

Compte tenu du caractère transfrontière du présent litige et du fait que le présent arrêt institue des droits de visite qui doivent pouvoir s'exercer dans un autre Etat membre, joint le certificat conformément à l'article 41 du Règlement (CE) n°2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000

[...]

Le Conseiller de la 41^{ème} chambre a prononcé cet arrêt conformément à l'art. 782bis, 1^{er} alinéa C. J. en audience publique du 17 juin 2016.

M. de Hemptinne
F. Villance

Conseiller ff. juge d'appel de la famille
Greffier



CERTIFICAT VISE A L'ARTICLE 41, PARAGRAPHE 1, CONCERNANT LES DECISIONS EN MATIERE DE DROIT DE VISITE (1)

1. Etat membre d'origine: **Belgique**
2. Juridiction ou autorité délivrant le certificat:
 - 2.1. Nom: **Cour d'appel de Bruxelles**
 - 2.2. Adresse: **Palais de Justice, Place Poelaert – 1000 Bruxelles**
 - 2.3. Tél: **02/508 66 68** – Fax: **02/508 65 90**
3. Titulaire(s) d'un droit de visite
 - 3.1. Nom et prénoms **D.**
résidence : **actuellement détenue à la prison [...] mais domiciliée en Pologne, [...].**
 - 3.3. Date et lieu de naissance (si ces données sont disponibles) née à [...] (**Pologne**) le [...] ;
4. Titulaires de la responsabilité parentale autres que ceux mentionnés au point 3 (2)(3):
 - 4.1.
 - 4.1.1. Nom, prénoms : **M.**
 - 4.1.2. Adresse : [...] **Bruxelles, [...];**
 - 4.1.3. Date et lieu de naissance (si ces données sont disponibles)
né le [...];
5. Juridiction ayant rendu la décision
 - 5.1. Nom de la juridiction : **Cour d'appel de Bruxelles, 41^{ème} chambre**
Situation de la juridiction : **Palais de Justice, Place Poelaert, 1 à 1000 Bruxelles** ;
6. Décision
 - 6.1. Date : **17/06/2016**
 - 6.2. Numéro de référence : **2016/FA/180**
7. Enfants concernés par la décision (2)
 - 7.1. Nom, prénoms et date de naissance : **K., née à Ixelles, le [...]**
 - 7.2. Nom, prénoms et date de naissance : **M., née à Ixelles, le [...].**
8. La décision est-elle susceptible de recours selon la loi de l'Etat membre d'origine ?
 - 8.2. **recours en cassation**
9. En cas de procédure par défaut, l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la personne défaillante en temps utile et de telle manière que cette personne a pu pourvoir à sa défense, ou, s'il a été signifié ou notifié sans le respect de ces conditions, il est établi qu'elle a accepté la décision de manière non équivoque : **pas d'application.**
10. Toutes les parties concernées ont eu la possibilité d'être entendues : **oui**

11. Les enfants ont eu la possibilité d'être entendus, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à leur âge ou à leur degré de maturité : **oui – audition du 03/06/2016**

12. Modalités d'exercice du droit de visite (si et dans la mesure où ces précisions figurent dans la décision)

Dit que madame D. exercera son droit aux relations personnelles à l'égard des enfants, à condition qu'elle ne soit plus incarcérée,

- du 1^{er} août 2016 à 10 heures au 27 août 2016 à 18 heures,
- la semaine du congé de Toussaint 2016, du samedi à 10 heures au samedi suivant à 18 heures,
- 12 jours durant les vacances de Noël 2016, du premier samedi à 10 heures au mercredi de la seconde semaine à 18 heures,
- étant entendu qu'il reviendra à monsieur M. d'amener les enfants chez madame D. en Pologne au début de la période et à madame D. de ramener les enfants au domicile de monsieur M. à la fin de la période,

Dit qu'en outre, en dehors de ces périodes, madame D. pourra exercer son droit aux relations personnelles en Belgique, avec interdiction de quitter le territoire du Royaume, un week-end par mois, et à défaut d'autre accord, le weekend du second vendredi du mois, du vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir à 18 heures, à charge pour elle de ramener les enfants chez leur père,

13. Nom des parties ayant bénéficié de l'assistance judiciaire : **pas d'application**

Fait à Bruxelles, le 17 juin 2016.

M. de Hemptinne
Juge d'appel de la famille

ANNEXE IV

CERTIFICAT VISÉ À L'ARTICLE 42, PARAGRAPHE 1, CONCERNANT LE RETOUR DE L'ENFANT

1. État membre d'origine : **Belgique**

2. Juridiction ou autorité délivrant le certificat

2.1. Nom : **Cour d'appel de Bruxelles**

2.2. Adresse : **Palais de Justice, Place Poelaert – 1000 Bruxelles**

2.3. Téléphone/Télécopie/Adresse électronique

Téléphone : 02/508.66.64 – Télécopie : 02/508.65.90

3. Personne auprès de laquelle le retour de l'enfant doit être effectué (si cette précision figure dans la décision)

3.1. Nom, prénoms : **M.**

3.2. Adresse : 1020 Bruxelles, [...]

3.3. Date et lieu de naissance :

4. Titulaires de la responsabilité parentale ⁽²⁾

4.1. Mère

4.1.1. Nom, prénoms :

4.1.2. Adresse :

4.1.3 Date et lieu de naissance :

4.2. Père

4.2.1. Nom, prénoms : **M.**

4.2.2. Adresse : 1020 Bruxelles, [...]

4.2.3. Date et lieu de naissance :

5. Défendeur (si cette donnée est disponible)

5.1. Nom, prénoms : **D.**

5.2. Adresse : [...] (Pologne)

5.3 Date et lieu de naissance :

6. Juridiction ayant rendu la décision

6.1. Nom de la juridiction : **Cour d'appel - chambre de la famille**

6.2. Situation de la juridiction : **Bruxelles**

7. Décision

7.1. Date : **17 juin 2016**

7.2. Numéro de référence : **R.G. 2016/FA/180**

8. Enfants concernés par la décision ⁽³⁾

8.1. Nom, prénoms et date de naissance : **K.**, née le [...] à [...] en Belgique.

8.2. Nom, prénoms et date de naissance : **M.**, née le [...] à [...] en Belgique.

9. La décision implique le retour de l'enfant

OUI

10. La décision est-elle exécutoire dans l'État membre d'origine?

10.1. Oui

11. Les enfants ont eu la possibilité d'être entendus, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à leur âge ou à leur degré de maturité

OUI : Un entretien a eu lieu avec chacune des deux enfants par vidéoconférence le 3 juin 2016, dans le respect du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale

12. Les parties ont eu la possibilité d'être entendues :

OUI

13. La décision prévoit le retour de l'enfant et la juridiction a pris en compte dans sa décision, les motifs et éléments de preuve sur lesquels repose la décision prise conformément à l'article 13 de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

OUI

14. Le cas échéant, modalités des mesures prises par des juridictions ou des autorités en vue d'assurer la protection de l'enfant après son retour dans l'État membre de sa résidence habituelle

Aucune mesure spécifique n'est requise

15. Nom des parties ayant bénéficié de l'assistance judiciaire

Pas d'application

Fait à Bruxelles, le 17 juin 2016.

Signature et/ou cachet

M. de Hemptinne
Juge d'appel de la jeunesse

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 1 juin 2016

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 17 juin 2016

Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Compétence internationale – Article 8 – Article 10 – Articles 11.6-11.7 – Juridiction nationale – Convention de La Haye du 1980 (enlèvement enfants) – Article 13, b

Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Internationale bevoegdheid – Artikel 8 – Artikel 10 – Artikelen 11.6-11.7 – Nationale bevoegdheid – Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Artikel 13, b

En cause de :

Madame D., actuellement détenue à la prison [...], sise à [...] Bruxelles, [...];

appelante comparaissant en personne, assistée de son conseil, Maître Piret Etienne, avocat à 1000 Bruxelles, Rue Antoine Dansaert, 92 ;

contre :

Monsieur M., domicilié à [...] Bruxelles, [...];

Intimé comparaissant en personne, assisté de son conseil, Maître Kuczynski Nicolas, avocat à 1050 Bruxelles, Rue Capitaine Crespel, 2-4.

La cour a entendu les parties à l'audience et a vu le jugement entrepris, prononcé par le tribunal de la famille francophone de Bruxelles le 23 février 2016, dont il n'est pas produit d'acte de signification et contre lequel appel fut interjeté par voie de requête déposée au greffe le 24 mars 2016,

I. Antécédents et objet de l'appel

[...]

II. Le déroulement et le contenu des audiences devant la cour

[...]

III. Discussion

Recevabilité

L'appel en forme régulière a été interjeté dans les délais.

L'article 1050, al.2 du Code judiciaire, dans sa version modifiée par la loi du 19 octobre 2015¹, dispose que « *Contre une décision rendue sur la compétence ou, sauf si le juge en décide autrement, une décision avant dire droit, un appel ne peut être formé qu'avec l'appel contre le jugement définitif* ».

Il n'y a pas lieu, en l'espèce de rejeter la recevabilité de l'appel de madame D. pour les motifs suivants :

- si la décision dont appel est effectivement une décision provisoire, en ce qu'elle précise que les mesures prises pourront être réexaminées dans un second temps, cette révision ne pourrait intervenir qu'après que madame D. ait exécuté cette décision provisoire en ramenant les enfants à leur père en Belgique, ce qui est équivalent à une mesure de retour (provisoirement) définitive,
- la sanction de l'astreinte à cet égard n'est pas prise « *avant dire droit* », et entre, au demeurant, en contradiction avec la décision de la juridiction polonaise de refuser d'ordonner le retour des enfants.

L'appel doit être déclaré recevable.

La compétence internationale de la juridiction belge

Le jugement du 1^{er} décembre 2015 qui a admis la compétence internationale de la juridiction belge, n'a pas été entrepris.

Néanmoins, cette question est d'ordre public et doit être vérifiée à tous les stades de la procédure, même en cas de non contestation.

Elle doit s'apprécier au moment de la saisine, étant en l'espèce, au 14 septembre 2015, date de l'exploit que monsieur M. a fait signifier à madame D. pour introduire la procédure.

L'article 8 du règlement Bruxelles IIbis contient la règle de compétence générale qui renvoie, pour les litiges en matière de responsabilité parentale, à la juridiction de l'État membre où se trouve la résidence habituelle de l'enfant au moment de la saisine.

En cas de déplacement illicite de cette résidence, l'article 10 du même règlement dispose que cet État membre conserve sa compétence, notamment jusqu'à ce que les éventuelles procédures de retour aient été clôturées par une décision définitive de non-retour.

Comme l'a également indiqué le premier juge par son jugement du 1er décembre 2015, il n'est pas contestable que la résidence habituelle des enfants se trouvait en Belgique depuis leur naissance et qu'à la date de la saisine du tribunal, il n'est pas démontré que les fillettes avaient acquis une résidence habituelle en Pologne.

À supposer même que des éléments factuels aient pu désigner la Pologne comme le lieu de la résidence habituelle des enfants à la date de 14 septembre 2015, *quod non*, force est de constater que, dès lors qu'il n'est pas contestable que ce déménagement de la résidence est intervenu sans l'accord de monsieur M., par l'application de l'article 10 du règlement, c'est la juridiction belge qui demeurait bien compétente sur le plan international.

¹ Loi du 19 octobre 2015, dite « Pot-pourri I », modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice (M.B., 22 octobre 2015, p. 65084)



La procédure de retour fondée sur la Convention de La Haye et le règlement Bruxelles IIbis

Une décision de non-retour est intervenue le 30 mars 2016 devant la juridiction polonaise dans le cadre de la procédure fondée sur la Convention de La Haye de 1980.

En effet, tout en constatant le déplacement illicite des enfants par madame D. et l'existence de la résidence habituelle des enfants en Belgique avant leur déplacement, cette juridiction a néanmoins décidé de débouter monsieur M. de sa demande de retour des enfants. Les motifs de cette décision n'ont pas été développés par écrit mais ont été donnés verbalement aux parties.

Bien que la juridiction polonaise ne semble pas avoir fait application de l'article 11.4 du règlement Bruxelles IIbis préalablement à cette décision, il est vraisemblable que ces motifs sont d'une manière ou d'une autre liés à l'article 13 b) de la Convention.

Si tel est le cas, compte tenu du contexte européen de l'enlèvement parental, cette décision de non-retour n'est pas définitive et doit pouvoir être revue, en dernier ressort, par la juridiction du lieu de la résidence de l'enfant avant son déplacement (article 11.6 et 7 du règlement Bruxelles IIbis).

Cet article 11 dispose, en ses alinéas 6, 7 et 8, ce qui suit :

« 6. Si une juridiction a rendu une décision de non-retour en vertu de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, cette juridiction doit immédiatement, soit directement soit par l'intermédiaire de son autorité centrale, transmettre une copie de la décision judiciaire de non-retour et des documents pertinents, en particulier un compte rendu des audiences, à la juridiction compétente ou à l'autorité centrale de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites, conformément à ce que prévoit le droit national. La juridiction doit recevoir tous les documents mentionnés dans un délai d'un mois à compter de la date de la décision de non-retour.

7. À moins que les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites aient déjà été saisies par l'une des parties, la juridiction ou l'autorité centrale qui reçoit l'information visée au paragraphe 6 doit la notifier aux parties et les inviter à présenter des observations à la juridiction, conformément aux dispositions du droit national, dans un délai de trois mois à compter de la date de la notification, afin que la juridiction examine la question de la garde de l'enfant. Sans préjudice des règles en matière de compétence prévues dans le présent règlement, la juridiction clôt l'affaire si elle n'a reçu dans le délai prévu aucune observation.

8. Nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire conformément au chapitre III, section 4, en vue d'assurer le retour de l'enfant. »

La procédure particulière visée par l'article 11.7 du règlement Bruxelles IIbis a été organisée en droit belge par l'article 1322decies du Code judiciaire et confiée à la compétence exclusive du tribunal de la famille établi au siège de la cour d'appel dans le ressort de laquelle l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite (art. 633septies du Code judiciaire).

En vertu du § 4 de ce même article 1322decies du Code judiciaire, la saisine du tribunal de la famille doit opérer la suspension des procédures engagées devant les cours et tribunaux, saisis d'un litige en matière de responsabilité parentale ou d'un litige connexe.

Cependant, la saisine de cette juridiction spécialisée ne sera opérée que par le dépôt de conclusions par une des parties dans les trois mois de la notification par le greffe que le dossier y a été transféré (article 1322decies § 2, 2° du Code judiciaire).

Or, en l'espèce, à la date de la prise en délibéré de cette affaire, l'autorité centrale belge n'avait pas encore reçu de la juridiction polonaise ou de l'autorité centrale polonaise une copie de la décision de non-retour et des documents pertinents, en particulier le compte rendu des audiences (malgré le délai d'un mois prévu dans le règlement). La cour ignore si ce retard est causé par le fait que monsieur M. a relevé appel de la décision de non-retour en Pologne le 27 avril 2016. Il conviendrait par ailleurs de vérifier si une telle décision est appellable en droit polonais et quelle en est la conséquence sur l'application des articles cités ci-dessus.

A tout le moins, la cour ne doit donc pas (encore) suspendre son intervention en application de l'article 1322decies § 4 DU Code judiciaire.

Qui plus est, par son arrêt du 9 janvier 2015², la Cour de Justice de l'Union européenne a précisé que ni l'article 11,7, ni l'article 11,6 n'identifie la juridiction nationale compétente pour examiner la question de la garde de l'enfant (paragraphe 44). De même, la question de savoir si lorsqu'une juridiction est déjà saisie de la question de la garde de l'enfant, celle-ci perd sa compétence au profit d'autres juridictions, relève du droit national (paragraphe 45). La CJUE précise néanmoins que les règles nationales ne doivent pas porter atteinte aux objectifs et à l'effet utile du règlement (paragraphes 41, 43 et 50).

En particulier, dans l'hypothèse de l'espèce, la CJUE insistait sur la nécessité de veiller à ce que l'attribution de compétence édictée par le droit belge (art. 633septies et 1322decies du Code judiciaire) « soit en accord avec les droits fondamentaux de l'enfant tel qu'énoncés à l'article 24 de la Charte et en particulier à l'objectif de célérité de ces procédures. » (paragraphe 52)

En résumé, la CJUE considère qu'«en ce qui concerne l'objectif de célérité, il convient de rappeler que, en appliquant les dispositions de droit interne pertinentes, la juridiction nationale appelée à les interpréter est tenue de le faire à la lumière du droit de l'Union et notamment du règlement. » (paragraphe 53)

Considérant la connexité existant entre la procédure potentielle fondée sur l'article 1322decies du Code judiciaire³, à poursuivre devant le tribunal de la famille qui n'est pas encore saisi, et la procédure de fond dont la cour est saisie, fondée sur l'article 387bis du Code civil, considérant le retard pris dans la transmission du dossier entre les autorités centrales, et afin de se conformer à la jurisprudence de la CJUE, la cour considère que, en l'espèce, les objectifs de célérité du règlement et l'intérêt des enfants commandent que, sans préjudice des débats au fond, la cour demande à l'autorité centrale de déposer le dossier, visé à l'article 11.6 du règlement, quand elle le recevra, au greffe de la cour, saisie antérieurement du litige au fond et juridiction d'appel de la juridiction spécialisée.

² CJUE, 9 janvier 2015, Bradbrooke, C-498/14 PPU , EU:C:2015:3

³ procédure de retour visée à l'article 11,6-7 du règlement Bruxelles IIbis, après une décision de non-retour prise dans un autre État européen sur la base de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980

A toute fin utile et sans préjudice des débats qui devront avoir lieu devant la cour, il convient également de demander au tribunal de Bielsk-Podlaski de préciser les motifs de la décision de non-retour (art. 42.2.c du règlement Bruxelles II^{bis}).

L'audition des enfants

Madame D. a déposé dans son dossier une lettre qui serait écrite par la fille aînée des parties, K., datée du 19 avril 2016 et adressée à la cour dans laquelle elle aurait exprimé ses souhaits et ses motivations. Il est évident qu'une telle lettre doit être prise avec beaucoup de circonspection compte tenu de ce qu'il n'est pas possible de connaître le contexte dans lequel elle a été écrite.

En revanche, les enfants ont le droit d'être entendues dans une cause aussi délicate que celle qui concerne leur retour en Belgique après un déplacement illicite. (Art. 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, art. 11.2 et art 42 du règlement Bruxelles II^{bis}).

K. est âgée de 12 ans ce qui permet, à tout le moins, de considérer qu'elle a un âge où cette audition ne peut être jugée inappropriée. Dans le contexte d'une fratrie, la cour considère que si M., 8 ans, le souhaite également, cela ne paraît pas inapproprié non plus.

Les enfants n'ont plus eu de contact avec leur père depuis septembre 2015 , alors que ces contacts relèvent également d'un droit fondamental des enfants (art. 9 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989).

Le droit à être entendu par la cour ne peut dès lors faire obstacle à un traitement de la cause avec la célérité requise par un autre droit qui n'est forcément pas de moindre valeur mais qui, à ce jour et depuis presque une année complète, est mis à mal par le comportement de madame D.

En application du règlement européen obtention de preuves, la cour a, en date du 24 mai 2016 adressé à l'organisme central polonais, visé à l'article 3, le formulaire I dont il est question à l'article 17, afin de demander l'autorisation de procéder elle-même à l'acte d'instruction qu'est l'audition de l'enfant avec le recours à la vidéoconférence ou la téléconférence.

Ce jour, la cour a reçu de l'autorité compétente polonaise l'autorisation sur le formulaire J accompagné de conditions, qui sera déposé dans le dossier.

Les modalités de cette audition qui aura lieu le 3 juin à 14H30 sont indiquées au dispositif du présent arrêt.

En vue du débat au fond

Sans préjuger du fond du débat, mais dans le but de changer la dynamique actuelle de la procédure qui est particulièrement néfaste pour l'équilibre des enfants et pour leur avenir, la cour se doit de dénoncer l'attitude des parties qui a permis d'en arriver à une situation extrêmement polarisée dont le traumatisme pour tous, mais surtout pour les enfants, sera durable, quelle que soit l'issue de l'affaire.

Il est manifeste que par leur attitude et leurs positions adoptées à l'origine du litige, les parties se retrouvent au milieu d'un conflit qu'elles ne contrôlent plus et un imbroglio de procédures transfrontalières civiles et pénales qui fait écran à la seule question essentielle, celle qui concerne l'intérêt de leurs enfants dans une séparation parentale dont la particularité est que le

parent qui a exercé jusqu’alors l’hébergement principal des enfants souhaite s’éloigner du lieu de vie habituel de ceux-ci et de l’autre parent, au risque de déraciner les enfants de leurs repères et de mettre entre les parents une distance telle qu’elle bouleverse nécessairement la manière dont les contacts parentaux doivent pouvoir s’organiser et qu’elle crée des obstacles géographiques au partage effectif de l’autorité parentale.

Ainsi, à première vue, et sans préjudice des débats au fond, monsieur M. conditionne le déblocage de l’incontestablement dû dans la liquidation de leur régime matrimonial à l’achat ou la location par madame D. d’un bien en Belgique, tandis que madame D., dans ces conditions, préfère commettre une voie de fait au lieu de saisir un juge pour solliciter les autorisations nécessaires à ses projets.

Après être restée cachée un certain temps, sa stratégie a été de jouer sur le temps de la procédure, attendant, sans comparaître une seule fois devant le premier juge, d’être condamnée par ce dernier, pour ensuite, devant la cour, se retrancher derrière une décision tout à fait précaire du juge polonais qui justifierait son refus de faire revenir les enfants en Belgique, même pour une simple audition qu’elle appelle pourtant elle-même de ses vœux. Elle a donc poursuivi dans la voie de la non-coopération pour gagner un maximum de temps, prête à sacrifier sa liberté individuelle personnelle à cette stratégie.

Il est regrettable que les parties n’aient pas été amenées à rechercher, dès la naissance du conflit, avec l’aide de conseils avisés, voire d’un médiateur ou d’un juge, comment régler la situation dans le meilleur intérêt des enfants avant que madame D. ne décide de mettre ses projets à exécution sans plus se préoccuper des droits de ses enfants et des droits de leur père. De son côté, monsieur M. qui avait pourtant dès le mois de mai 2015 « menacé » de faire refixer le dossier devant le juge si madame D. ne donnait pas des gages rassurants sur ses intentions, s’est malheureusement abstenu de le faire en temps utile, arrivant trop tard avec sa requête unilatérale du 2 septembre 2015…

Il est également regrettable qu’une fois « l’enlèvement parental » accompli, les parties n’aient pas réussi à reprendre possession de leur litige pour organiser à tout le moins de façon précaire, le maintien des contacts réguliers entre les enfants et leur père, préférant crisper le litige autour de l’idée d’exclusivité et de danger de l’autre parent.

Pourquoi monsieur M., plutôt que de saisir le juge des circonstances nouvelles créées par les intentions d’expatriation exprimées par son ex-épouse et d’ouvrir le débat sur l’intérêt des enfants, a-t-il préféré tenter d’influencer l’issue du conflit par une arme financière en restreignant la liberté de mouvement que le divorce avait rendu à son ex-épouse ?

Pourquoi madame D. préfère-t-elle se porter en martyr que montrer à la cour qu’elle est capable d’organiser de façon constructive la place du père dans un projet impliquant son installation définitive en Pologne ? Est-ce pour s’assurer, en induisant une coalition de victimes, d’une alliance totale des enfants, qui ne pourront émotionnellement que rejeter un père présent comme la cause de toute cette angoisse et de toute cette souffrance ?

Pourquoi monsieur M. n’a-t-il rien tenté d’autre que quelques appels téléphoniques aux alentours de Noël et de Pâques, lorsqu’il était en Pologne chez ses propres parents, et des messages par Facebook, alors qu’il constatait ne pas pouvoir atteindre les enfants de cette manière, voire qu’il se heurtait à leur refus de retourner en Belgique ? Est-ce pour s’assurer qu’il ne puisse surtout pas être démontré qu’une situation qui consisterait en ce que les



enfants vivent avec leur mère en Pologne puisse s'organiser de façon respectueuse de ses droits de père?

Pourquoi, constatant que la confiance n'était plus de mise et que la situation était devenue anxiogène pour les enfants, ni madame D., ni monsieur M. n'ont saisi un juge polonais pour entendre organiser en attendant l'issue des procédures, à titre précaire et compte tenu de l'urgence , sans aucune reconnaissance préjudiciable, des rencontres père-filles dans la région où elles se trouvent, qui est également la région d'origine de monsieur M., en présence d'un tiers neutre et rassurant, comme par exemple un centre de rencontre?

Pourquoi les familles respectives (dont les grands-parents tant paternels que maternels) qui fréquentent une même paroisse, n'ont-elles pas pu rassurer les enfants quant à l'amour que chacun de leurs membres leur porte et le droit qu'elles ont d'entretenir ce lien d'identité et d'affection au-delà des conflits d'adultes.

Pourquoi chacune des parties s'assied-elle sur des représentations purement juridiques et procédurales de la situation au lieu de reprendre ses esprits et de se poser les vraies bonnes questions, celles qui concernent leur avenir et celui de leurs enfants sur le long terme ?

Pourquoi madame D. préfère-t-elle rester en prison plutôt que de s'engager fermement à s'installer, fut-ce provisoirement, à une adresse belge sans quitter le territoire du royaume en attendant l'issue des débats.

Les actes de procédure déposés jusqu'à présent dans le dossier de première instance et d'appel par l'une et par l'autre partie ne tendent à rien d'autre qu'à se voir attribuer l'exclusivité de tous les droits parentaux, sans aucune formule accordant un droit secondaire à l'autre parent. Derrière les dires convenus des conseils des parties qui font montre à l'audience d'une volonté d'ouverture de leur client, aucune pièce ne démontre que l'une ou l'autre aurait résolument posé un acte concret pour ouvrir le débat sur l'intérêt des enfants aujourd'hui et dans l'avenir.

Manifestement, tant que la cour n'a pas fixé d'autorité une date pour débattre du fond du dossier, les parties, paralysées devant la « machine judiciaire », ont préféré éviter d'aborder les bonnes questions. La cour appelle de ses vœux un véritable retournement des attitudes et positions des parties et rappelle qu'il existe des personnes qui peuvent les soutenir dans une reprise en main de leur conflit .

PAR CES MOTIFS,
LA COUR, 41ème chambre de la famille,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,
Entendu J. Devreux, substitut du Procureur Général, en son avis,

Reçoit l'appel,

Avant dire droit,



Demande à l'autorité centrale de Belgique, SPF Justice, Boulevard de Waterloo 115, 1000 Bruxelles, 02/542.67.00, rapt-parental@just.fgov.be, de déposer au dossier de la présente procédure l'entièreté du dossier de la juridiction polonaise visé par l'article 11.6 du règlement Bruxelles IIbis (décision judiciaire de non-retour et documents pertinents, en particulier un compte rendu des audiences), accompagné d'une traduction française à l'exception de ce qui concerne le procès-verbal de l'audience du 30 mars 2016 dont la traduction jurée est déjà jointe au dossier de madame D.,

Demande, par l'intermédiaire du Réseau International des Juges de La Haye, au tribunal de la famille de Bielsk Podlaski de bien vouloir

- communiquer le rapport de l'audition des enfants effectué dans le cadre de la procédure de retour fondée sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980,
- préciser les motifs de la décision de non-retour prononcée le 30 mars 2016, tels que donnés verbalement aux parties,

Demande à l'autorité centrale belge de bien vouloir fournir une traduction jurée en français de ces documents, qui lui seront transmis dès réception,

Demande à la juge polonaise du Réseau International des Juges de La Haye de fournir, dans la mesure du possible, de plus amples informations relatives à la procédure d'appel contre la décision du 30 mars 2016 du tribunal de la famille de Bielsk Podlaski (date de plaidoirie, prononcé d'une décision, réponse à la question de savoir si un tel appel est admissible en droit polonais),

Invite K., née le [...] et M., née [...], toutes deux résidant à [...] (Pologne), à un entretien qui se déroulera le vendredi 3 juin 2016 à 14H30,

Dit que cet entretien se déroulera par vidéoconférence, [...]

Désigne madame [...], en qualité d'interprète pour assister la cour durant l'entretien, au cas où les enfants auraient des difficultés à parler ou comprendre le français,

Précise que cet entretien doit se dérouler sur la seule base volontaire des enfants, qui ne sont pas obligées de se présenter mais que la cour entend être prévenue en cas de refus des enfants afin de ne pas déployer inutilement l'énergie, le temps et les frais qu'entraîne l'organisation de cet entretien par vidéoconférence,

Dit que, compte tenu du délai, le présent arrêt tient lieu de convocation des enfants et qu'il appartient dès lors aux parties d'informer ceux-ci des modalités de la cour,

Acte l'accord des parties de mettre leurs demandes en état selon le calendrier suivant :

- conclusions de l'intimé communiquées et déposées au plus tard le 30/5/2016,
- conclusions de l'appelante communiquées et déposées au plus tard le 6/6/2016,

Fixe la cause pour plaidoiries à l'audience du 10 juin à 10h00 (60').

Le Conseiller de la 41ème chambre a prononcé cet arrêt conformément à l'art. 782bis, 1er alinéa C. J. en audience publique du 01 juin 2016.

M. de Hemptinne
Chr.Willaumez

Conseiller ff. juge d'appel de la famille
Greffie

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 13 mai 2016

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 29 juin 2016

Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Responsabilité parentale – Compétence internationale – Article 15 – Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire – Intérêt de l'enfant

Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale bevoegdheid – Artikel 15 – Verwijzing naar een gerecht dat beter in staat is de zaak te behandelen – Belang van het kind

En cause de :

Madame P., domiciliée en Italie à [...],

appelante comparaissant en personne, assistée de son conseil, Maître Debluts Caroline loco Maître Vedovatto Daniel, avocat à 1050 Bruxelles, Avenue Louise, 391/10 ;

Contre :

Monsieur B., domicilié à [...] Bruxelles, [...],

intimé comparaissant en personne, assisté de son conseil, Maître belot Hélène loco Maître Pango-Vermeersch Irida, avocat à 1030 Bruxelles, Rue Gustave Fuss, 15.

Vu

- la décision du tribunal de Syracuse du 19 avril 2016,
- la communication des motifs par l'ordonnance du 3 mai 2016,

I. Saisine de la cour et objet du présent arrêt

La cour est saisie par la décision du tribunal de Syracuse du 19 avril 2016 d'une demande de transfert de compétence internationale dans la cause opposant madame P. et monsieur B. au sujet des questions relevant de la responsabilité parentale à l'égard de leur enfant mineure commun, N., née le [...] à Etterbeek.

Cette demande est fondée sur l'article 15, 1,b) du règlement européen « Bruxelles II bis »¹ qui dispose comme suit :

*Article 15
Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire*

¹ Règlement (CE) n°2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.



1. À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant:

- a) se réserver à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément au paragraphe 4, ou
- b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5.

2. Le paragraphe 1 est applicable

- a) sur requête de l'une des parties ou
- b) à l'initiative de la juridiction ou
- c) à la demande de la juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier, conformément au paragraphe 3.

Le renvoi ne peut cependant être effectué à l'initiative de la juridiction ou à la demande de la juridiction d'un autre État membre que s'il est accepté par l'une des parties au moins.

3. Il est considéré que l'enfant a un lien particulier avec un État membre, au sens du paragraphe 1, si

- a) après la saisine de la juridiction visée au paragraphe 1, l'enfant a acquis sa résidence habituelle dans cet État membre, ou
- b) l'enfant a résidé de manière habituelle dans cet État membre, ou
- c) l'enfant est ressortissant de cet État membre, ou
- d) l'un des titulaires de la responsabilité parentale a sa résidence habituelle dans cet État membre, ou
- e) le litige porte sur les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de biens détenus par l'enfant et qui se trouvent sur le territoire de cet État membre.

4. La juridiction de l'État membre compétente pour connaître du fond impartit un délai durant lequel les juridictions de l'autre État membre doivent être saisies conformément au paragraphe 1.

Si les juridictions ne sont pas saisies durant ce délai, la juridiction saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

5. Les juridictions de cet autre État membre peuvent, lorsque, en raison des circonstances spécifiques de l'affaire, cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, se déclarer compétentes dans un délai de six semaines à compter de la date à laquelle elles ont été saisies sur base du

paragraphe 1, point a) ou b). Dans ce cas, la juridiction première saisie décline sa compétence. Dans le cas contraire, la juridiction première saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

II. Discussion : Antécédents judiciaires transfrontaliers

6. Pour la bonne compréhension du litige, il convient de rappeler que les parties, toutes deux de nationalité italienne, se sont mariées en Italie le 21 octobre 2006.

Elles se sont installées à Bruxelles en 2008. Leur enfant, N. est née à Etterbeek le [...].

Les parties ont des versions différentes des lieux de vie et de résidences successifs et des circonstances de leur séparation.

7. Une procédure relative à la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant mineure N. a été initiée tant devant la juridiction italienne (le tribunal de Syracuse) que devant la juridiction belge (le tribunal de Bruxelles et en degré d'appel la cour d'appel de Bruxelles). Le tribunal de Syracuse a été saisi le premier en octobre 2013 par madame P., qui s'était installée dans cette région avec l'enfant, tandis que le tribunal de Bruxelles était saisi par monsieur B. en janvier 2014.

Alors que ces procédures étaient pendantes dans les deux États, un ordre de retour a été prononcé par le tribunal des mineurs de Catane (Italie) le 30 avril 2014 dans le cadre d'une procédure initiée par le ministère public italien sur le fondement de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Dans la foulée, par jugement du 11 juillet 2014, le tribunal de Syracuse, saisi en premier du fond du litige, s'est déclaré incompétent sur le plan international pour connaître du litige relatif à la responsabilité parentale².

En exécution de l'ordre de retour, la mère et l'enfant sont rentrées en juin 2014 en Belgique où elles avaient vécu avant leur déménagement vers l'Italie. Madame P. y réside encore à ce jour, dans l'attente de l'issue des procédures.

Néanmoins, sur pourvoi de la mère, la Cour de cassation italienne a cassé la décision de retour (arrêt du 5 mars 2015)³, et le tribunal des mineurs de Catane, autrement composé, auquel la Cour de cassation a renvoyé l'affaire, a dit pour droit par jugement du 1er juillet 2015, qu'il n'y avait pas eu de déplacement illicite de l'enfant⁴.

Forte de cette dernière décision, madame P. a relevé appel, par requête du 10 juillet 2015, du jugement d'incompétence du tribunal de Syracuse et la cour d'appel de Catane a, par son arrêt du 25 septembre 2015, réformé ce dernier jugement et dit que la juridiction italienne était bien compétente dès l'origine pour statuer sur le litige relatif à la responsabilité parentale à l'égard de N.

² Ce tribunal a néanmoins pris des mesures urgentes et provisoires relatives à la garde de N. en se fondant sur l'article 20 du Règlement Bruxelles II bis.

³ La Cour de cassation a admis le moyen pris de la violation et de l'application erronée des articles 13 de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 et de l'article 3 litt.b et de l'art. 2697 du Code civil italien sur la charge de la preuve ainsi que l'absence d'évaluation de preuves documentaires.

⁴ Cette décision indique qu'en l'absence d'exercice effectif par le père de son droit de garde, (consistant à s'occuper, aider, éduquer et entretenir sa fille avec régularité), il était exclu de prononcer un ordre de retour.

Le tribunal de Syracuse auquel la cour de Catane a renvoyé le dossier, a ensuite décidé par ordonnance du 29 octobre 2015 de désigner un expert et de confier provisoirement la garde de l'enfant à la mère à Augusta (référence du dossier à Syracuse 4209/2013).

8. Dans l'intervalle, faisant application de l'article 19 du règlement Bruxelles II *bis*, la juridiction belge, saisie en second lieu, a sursis d'office à statuer sur sa compétence, dans l'attente d'une décision définitive sur la compétence de la juridiction italienne première saisie.

Néanmoins, compte tenu de la présence de l'enfant sur le territoire belge dès le mois de juin 2014 et compte tenu de l'urgence qu'il y avait à statuer dans l'intérêt de l'enfant à titre provisoire sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale et les modalités de son hébergement, la juridiction belge a été amenée, à la demande des parents, à prendre successivement, des mesures provisoires fondées sur l'article 20 du règlement Bruxelles II *bis*, en attendant que l'État membre qui se déclarerait compétent pour connaître du fond puisse prendre les mesures définitives⁵.

Ainsi, différentes décisions provisoires ont été prononcées, d'abord par le tribunal de première instance de Bruxelles (le jugement du 27 mars 2014 dont appel : exercice exclusif de l'autorité parentale par le père) et ensuite, sur appel de madame P., par la cour d'appel de Bruxelles:

- arrêt du 18 septembre 2014 (homologation d'un accord précaire sur la garde de N.),
- arrêt du 5 décembre 2014, (désignation d'un expert pédo-psychologique et maintien des modalités d'hébergement fixées par l'arrêt du 18 septembre 2014),
- ordonnance du 29 mai 2015 (rejet de la demande de monsieur B. de récuser l'expert),
- arrêt du 12 juin 2015 (homologation d'un accord sur la garde durant les vacances d'été 2015),
- arrêt du 16 octobre 2015 (à titre précaire, rétablissement de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et mise en place à partir de cette date d'un hébergement alterné égalitaire par quinzaines).

Cette dernière décision précaire a été prise après dépôt du rapport de l'expert le 12 juin 2015. Par cet arrêt, la cause était refixée en continuation à l'audience de la cour du 4 mars 2016.

9. En plus de ces procédures civiles, de nombreuses plaintes pénales ont été déposées par les parties, l'une contre l'autre, ce qui a contribué à rendre les relations entre elles de plus en plus délétères. Les plaintes qui ont été déposées en Italie par madame P. contre monsieur B. ont également eu pour conséquence que celui-ci, craignant de se faire arrêter, n'a pas osé se rendre en Italie lors des audiences fixées devant les juridictions italiennes, devant assurer sa défense de loin, par conseils interposés.

10. Le combat judiciaire transfrontalier que les parents se sont livré, les disputes sans fin et les plaintes et accusations réciproques ont créé une situation dans laquelle l'intégrité psychologique de l'enfant mineure était mise en danger ce qui a donné lieu à l'ouverture, à la demande du ministère public, d'un dossier devant le juge de la jeunesse de Bruxelles afin que soient prises des mesures de protection.

⁵ En vertu de cet article, en cas d'urgence, les juridictions d'un État membre sont compétentes pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes présentes dans cet État, même si une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond.

Dans ce cadre, un jugement protectionnel a été prononcé le 9 février 2016 par le juge de la jeunesse de Bruxelles par lequel a été organisée une mesure de supervision et un service a été désigné pour entamer une guidance de la famille.

III. Les communications judiciaires directes⁶

Ayant été informée, à l'audience du 4 mars 2016, de la décision définitive de la juridiction d'appel italienne quant à la compétence internationale de cette juridiction, la cour a pris l'initiative de soulever la possibilité qu'elle a de contacter le tribunal italien par courrier électronique afin de lui demander de lui transférer cette compétence sur la base de l'article 15 du règlement Bruxelles II *bis* (précité).

A cette audience, les parties ont eu l'occasion de s'exprimer sur cette option, qui s'avérait être la seule qui permettrait à la juridiction belge de ne pas se dessaisir en faveur de la juridiction italienne en application de l'article 19 du règlement Bruxelles II *bis* mais de poursuivre l'examen du litige des parties.

Seul monsieur B. a marqué son accord sur cette solution.

La cause a été remise à l'audience du 25 mars 2016.

Dans l'intervalle, estimant, dans l'intérêt de l'enfant, être mieux placée pour connaître du litige relatif à la responsabilité parentale de N. qui réside depuis presque deux ans sans interruption sur le territoire belge et au sujet de laquelle de nombreuses mesures et investigations ont déjà pu être mises en place par les juridictions belges, civiles et protectionnelles, la cour a fait appel au Réseau International des Juges de La Haye spécialisés en matière familiale (RIJH)⁷ ainsi qu'à la coopération par l'intermédiaire des autorités centrales, pour entrer en contact avec le tribunal italien de Syracuse.

Par son courriel du 21 mars 2016 adressé au juge Sebastiano Cassaniti, du tribunal de Syracuse, dans le cadre d'une communication directe entre juges, la cour a exposé les antécédents repris ci-dessus et les motifs pour lesquels, sans préjuger sur le fond, elle estimait être mieux placée pour connaître de cette affaire, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. En conclusion, la cour formulait à l'attention du collègue italien la requête de lui transférer la compétence internationale établie par la juridiction italienne et de lui indiquer s'il avait l'intention de convoquer les parties pour leur soumettre la question et dans quel délai une décision pourrait intervenir.

Par courriel du même jour, le juge italien a indiqué que c'était dans l'ignorance des décisions prises en Belgique qu'il avait confié la garde de l'enfant à la mère et désigné un expert et qu'il répondrait sans délais aux questions posées. Il demandait de recevoir copie de certaines décisions belges et du rapport d'expertise, lesquels ont ensuite été transmis par la cour pour information (sans traduction). Par courriel du 22 mars 2016, il a indiqué que les parties seront convoquées pour une audience le 6 avril 2016 afin de les entendre sur la demande de transfert de compétence et qu'une décision pourrait intervenir pour le 20 avril 2016.

⁶ Sur les principes généraux et les lignes de conduites des communications judiciaires directes : http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_fr.pdf

voir également P. Lortie, premier secrétaire du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, « Rapport relatif aux communications entre juges concernant la protection internationale de l'enfant », Avril 2011 : <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd03be.pdf>

⁷ <https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf>

Les échanges électroniques entre juges, en langue anglaise, ont été imprimés et joints au dossier de la procédure.

À l'audience du 25 mars 2016, la cour a, compte tenu de ces échanges, remis la cause à l'audience du 29 avril 2016.

Par courriel du 20 avril 2016, le juge de Syracuse a indiqué que le tribunal avait décidé le 19 avril 2016 de transférer la compétence internationale à la juridiction belge.

A l'audience du 29 avril 2016, la cour a dès lors fixé un calendrier d'échange de conclusions et remis l'affaire pour plaidoiries à l'audience du 24 juin 2016.

Par courriel du 4 mai 2016, le juge de Syracuse a envoyé l'ordonnance contenant les motifs de la décision de transfert de compétence datée du 19 avril 2016. Par cette décision, le tribunal italien estime qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que la juridiction belge statue sur le litige des parties dès lors qu'elle est mieux placée pour connaître la situation de l'enfant et invité la juridiction belge à faire connaître son acceptation du transfert de la compétence conformément au délai prévu au paragraphe 5 de l'article 15 du règlement européen avec la précision que, après ce délai, la compétence continuera d'être exercée par ce tribunal.

Il appartient donc à la cour, par le présent arrêt, d'accepter formellement la compétence internationale pour statuer sur le litige relatif à la responsabilité parentale à l'égard de N., dès lors que, comme il a été indiqué ci-dessus, ce transfert de compétence est manifestement conforme à l'intérêt de l'enfant, qui réside en Belgique sans interruption depuis juin 2014 et à l'égard de laquelle diverses mesures judiciaires, civiles et protectionnelles, ont été prises en Belgique.

La cour rappelle que ce transfert de compétence n'implique en aucun cas un jugement sur le fond des demandes et notamment sur la demande de madame P. (dans la mesure où celle-ci subsisterait) d'être autorisée à s'installer en Italie avec l'enfant.

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR, 41ème chambre de la famille,**

Statuant contradictoirement, après avoir entendu les parties aux audiences des 4 mars 2016, 25 mars 2016 et 29 avril 2016 sur l'éventualité de l'application de l'article 15 du Règlement Bruxelles II bis,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Entendu J. Devreux, substitut du Procureur Général, en son avis,

Dit que la juridiction belge est mieux placée pour statuer sur le litige relatif à la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant des parties, au sens de l'article 15 du règlement (CE) n°2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000,



Accepte la compétence internationale qui lui est déférée par la juridiction italienne par décision du 19 avril 2016,

Réserve à statuer pour le surplus,

Fixe la cause pour plaidoiries à l'audience du 24 juin 2016 à 09h00 pour 90 minutes de plaidoiries.

Le Conseiller de la 41ème chambre a prononcé cet arrêt conformément à l'art. 782bis, 1^{er} alinéa C. J. en audience publique du 13 mai 2016.

M. de Hemptinne
F. Villance

Conseiller ff. juge d'appel de la famille
Greffier

Tribunal de première instance Liège (div. Verviers), jugement du 18 août 2016

Note Patrick Wautelet

Nationalité – Code de la Nationalité belge – Déclaration de nationalité – Article 12bis CNB – Intégration sociale – «Caractère ininterrompu» de l'occupation professionnelle – Article 12bis, § 1, 2°, littera d, in fine – Connaissance linguistique

Nationaliteit – Wetboek van de Belgische Nationaliteit – Nationaliteitsverklaring – Artikel 12bis WBN – Maatschappelijke integratie – “Ononderbroken karakter” van de beroepsactiviteit – Artikel 12bis, § 1, 2°, d), laatste streepje – Talenkennis

En cause :

A., né à [...] (Maroc) le [...], domicilié à [...] Andrmont, [...]

Demandeur comparaissant assisté de Maître Mohamed Ellouze, avocat au Barreau de Liège

Contre :

Madame le Procureur du Roi près le Tribunal de Première Instance de Liège, division Verviers, comparaissant en la personne de son Substitut, Madame Brigitte Piret

Défenderesse,

LE TRIBUNAL,

I. Antécédents de procédure

Le tribunal a examiné les pièces de procédure suivantes :

- La lettre de la commune de [...], déposée au greffe avec le dossier de déclaration de nationalité établi par la commune le 28 juillet 2014 ;
- Le dossier d'opposition déposé par le ministère public au greffe le 1er août 2014;
- Le jugement du 14 mars 2016 et les pièces y visées ;
- Le dossier de pièces complémentaires déposé par monsieur A. à l'audience du 27 juin 2016.

Le Tribunal a entendu monsieur A. assisté de son conseil à l'audience du 27 juin 2016.

La loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues a été respectée.

II. Examen du recours

1. Le 18 avril 2014, monsieur A. introduit une déclaration de nationalité fondée sur l'article 12bis § 1er du Code de la nationalité.

Le 8 juillet 2014, le parquet de Verviers dresse un acte d'opposition à cette déclaration de nationalité, arguant de ce que l'intéressé ne prouve ni son intégration sociale, ni sa connaissance d'une des trois langues nationales. Le ministère public précise qu'à son estime, les pièces déposées ne démontrent pas que le requérant a travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années précédant la déclaration de nationalité.

A une date indéterminée, monsieur A. sollicite la saisine du tribunal.

2. Par jugement du 14 mars 2016, le tribunal a rappelé les principes applicables, et plus particulièrement, s'agissant de la condition d'intégration sociale, que celle-ci se prouvait notamment en établissant avoir travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années comme travailleur salarié et/ou comme agent statutaire nommé dans la fonction publique et/ou comme travailleur indépendant à titre principal.

Plus précisément, il a été précisé qu'il appartenait requérant en sa qualité de demandeur, d'établir que entre le 18 avril 2009 et le 18 avril 2014, il a travaillé de manière «ininterrompue», étant entendu que par une application analogique de l'article 7bis du Code de la nationalité, le caractère ininterrompu n'est pas affecté par une certaine discontinuité, n'excédant pas un cinquième du délai requis par le Code.

A cet égard, le tribunal a invité monsieur A. à produire dans un dossier de pièces complémentaire.

- la preuve du paiement des cotisations sociales trimestrielles entre août 2012 et décembre 2013,
- les comptes individuels délivrés par la société [...] pour les années 2009, 2010, 2011 et 2012

Il ressort des pièces produites que :

- entre le 18 avril 2009 et le 5 janvier 2012, monsieur A. a été en service auprès de la SA [...]
- il a perçu en janvier 2012 une indemnité de rupture d'un montant correspondant au salaire brut pour une période de 9 semaines
- entre le 1er mars 2012 et le 31 juillet 2012, monsieur A. a perçu des allocations de chômage
- entre le 1er août 2012 et le 31 mars 2013, monsieur A. a été affilié auprès d'Acerta Caisse d'Assurances Sociales pour une activité professionnelle indépendante exercée à titre principal
- entre le 1er avril 2013 et le 23 décembre 2013, monsieur A. a été affilié auprès d'Acerta Caisse d'Assurances Sociales pour une activité professionnelle indépendante complémentaire
- entre décembre 2013 et le 31 mars 2014, monsieur A. a perçu des allocations de chômage, tout en travaillant comme intérimaire, travail qu'il a poursuivi début avril 2014.

Certes le requérant ne prouve pas avoir travaillé entre le 1er avril 2013 et le 23 décembre 2013 comme travailleur indépendant « à titre principal ». Ce seul élément ne suffit pas, aux yeux du tribunal, à considérer que monsieur A. n'a pas travaillé de manière « ininterrompue » puisque seule une période de 9 mois n'apparaît pas couverte par des justificatifs valables.

Partant, ce motif d'opposition est non fondé et la troisième condition est remplie.

3. Pour ce qui concerne la connaissance linguistique, celles-ci est également établie à suffisance de droit, en application de l'article 1§ 2 5° du Code de la nationalité, et de l'article 1 2° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, monsieur A. produisant les pièces justifiant de ce qu'il travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années comme travailleur salarié et/ou en tant que travailleur indépendant à titre principal.

Ce motif d'opposition est également non fondé.

4. La participation économique n'est pas contestée.

En conséquence, il y a lieu de déclarer l'opposition non fondée.

5. Pour ce qui concerne les dépens, ils doivent être délaissés à charge de Monsieur A., demandeur originaire. Il s'agit en effet d'une procédure gracieuse introduite à sa requête et dans laquelle le Ministère public n'intervient que par voie d'avis¹.

PAR CES MOTIFS,

Le Tribunal, statuant contradictoirement,

Vu l'article 12bis du Code de la nationalité belge,

Dit non fondée l'opposition du ministère public à la déclaration de nationalité faite par Monsieur A. en date du 18 avril 2014,

Délaisse à Monsieur A. la charge de ses dépens.

Prononcé à l'audience publique du Tribunal de Première instance de Liège, Division de Verviers, 10ème Chambre, le dix-huit août deux mille seize.

Présents : Madame Marie Demaret, Juge unique présidant la Chambre,
Madame Brigitte Gerard, Greffier délégué.

¹ Bruxelles, 15 septembre 2011, *Rev. Dr. Étrangers*, 2011, p. 365.

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 15 februari 2016

Betwisting van vaderschap – Internationale bevoegdheid – Artikel 61 WIPR – Belgische rechters – Toepasselijk recht – Artikel 62, § 1 WIPR – Recht van de staat waarvan men de nationaliteit heeft – Marokkaans recht – Heropening debatten – Vordering tot nietigverklaring van ‘schijnerkenning’ – Strijdigheid openbare orde – Wetsontduiking – Gegrond

Contestation de la paternité – Compétence internationale – Article 61 CODIP – Compétence des juges belges – Droit applicable – Article 62 § 1 CODIP – Droit de l'Etat de la nationalité de l'intéressé – Droit marocain – Réouverture des débats – Action en annulation d'une reconnaissance de complaisance – Violation de l'ordre public – Fraude à la loi – Recours fondé

Inzake:

De heer E. K. R., van Marokkaanse nationaliteit, geboren te [...] Marokko op [...], wonende te [...] Mechelen,

eiser op hoofdeis,
verweerde op vordering van de vrijwillig tussenkomende partij, het OM,
die verschijnt in persoon en wordt bijgestaan door Mter. J. Simons, advocaat bij Konsilio Advocaten, met kantoor te 2800 Mechelen, Nekkerspoelstraat 97

Tegen:

Mevrouw D. I., van Belgische nationaliteit, geboren te Etterbeek op [...], wonende te [...] Schaarbeek,

verweerster,

die verschijnt in persoon en wordt bijgestaan door Mter. Caroline Demeyer, advocaat te 1602 Vlezenbeek, Bokersveldstraat 3

Mede Inzake:

Mter. Klaas Rosseel, advocaat met kantoor te 1050 Brussel, Livornostraat 45, in zijn hoedanigheid van voogd ad hoc van **de minderjarige E. K. S.**, geboren op [...], wonende bij zijn moeder, mevrouw D. I., voornoemd

Die vrijwillig verschijnt - ter zitting verschijnend in de persoon van Mter Verleyen

Tevens Inzake:

De Procureur des konings bij de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel, vertegenwoordigd door de heer J. Vanaudenhoven, substituut van de procureur des Konings, optredend in zijn

hoedanigheid en woonst kiezende op het parket van de procureur des Konings, Quatre Brasstraat 4, 1000 Brussel
Die vrijwillig verschijnt

Na inberaad name op 18 mei 2015, spreekt de Rechtbank volgend vonnis uit:

Gelet op:

- het inleidend geregistreerd exploot van dagvaarding, betekend op 30 augustus 2013;
- de beschikking op grond van artikel 747§1 Ger.W. van 16 september 2013;
- de beschikking op grond van artikel 748 Ger.W. van 3 maart 2014;
- het verzoekschrift in vrijwillig tussenkomst van de heer Procureur des Konings te Brussel neergelegd op de zitting van 17 november 2014 met bijgevoegd stukkenbundel;
- het verzoekschrift in vrijwillig tussenkomst voor de voogd ad hoc neergelegd op 10 februari 2015;
- de conclusies voor eiser, neergelegd respectievelijk op 29 november 2013, 14 april 2014 en 18 mei 2015;
- de conclusies voor verweerster, neergelegd respectievelijk op 28 oktober 2013, 31 december 2013, 6 mei 2014 en 18 mei 2015;

Op de zitting van 18 mei 2015 werden gehoord, de eisende partij in persoon en zijn advocaat, verwerende partij in persoon en zijn advocaat, een advocaat voor de voogd ad hoc, en de heer J. Vanaudenhoven, substituut van de procureur des Koning.

De stukken werden neergelegd, de debatten werden gesloten en de zaak werd in beraad genomen.

I. Situering van het geschil.

1. Het geschil betreft in eerste instantie een betwisting van erkenning van vaderschap door de erkener zelf, betreffende het kind E. K. S., geboren te Brussel op [...], van Belgische nationaliteit [...].

Het kind werd erkend door eiser, de heer E. K. R., van Marokkaanse nationaliteit, geboren te [...], Marokko op [...], bij notariële akte verleden door notaris [...], notaris met standplaats te [...], op [...].

De vordering is ingesteld door eiser bij dagvaarding van 30 augustus 2013 ten laste van de moeder van het kind, mevrouw D. I., van Belgische nationaliteit, geboren te Etterbeek op [...].

Het kind is vertegenwoordigd in de procedure door de aangestelde voogd ad hoc, welke vrijwillig is tussengekomen.

2. Eiser baseert zijn vordering op artikel 330 BW en beroeft zich op dwaling omrent zijn biologische vaderschap. Volgens hem waren er seksuele contacten tussen hem en verweerster in de periode van verwekking van het kind. Mevrouw zou hem hebben doen geloven dat hij effectief de biologische vader was. Pas in oktober 2012 zou mevrouw hem te verstaan hebben gegeven dat S. niet zijn kind was.

Verweerster betwist en voert aan dat meneer steeds geweten heeft dat hij niet de biologische vader was. Op een ogenblik dat zij vier maand zwanger was en de werkelijke biologische vader geen contact meer met haar wou, zou de schoonzus van eiser haar aanbevolen hebben dat eiser het kind kon erkennen en er een goede vader voor zijn. Toen het kind al 6 maand was, zou de zus hebben aangedrongen. Eiser verbleef op dat ogenblik in het gesloten centrum voor illegalen te Brugge, nadat hem op 12 augustus 2010 een bevel was betekend om het grondgebied te verlaten.

Volgens verweerster heeft ze eiser, die ze voordien nooit ontmoet had, enkele malen bezocht met het kind en de zus van eiser en werd also op 14 september 2010 overgaan tot de notariële akte van erkenning. De akte van erkenning werd opgesteld in het gesloten centrum zelf. Er werd ook een wettelijke samenwoning geregeld en er werd overeengekomen om de naam van het kind te wijzigen in de naam van eiser.

Volgens verweerster is later gebleken dat eiser enkel handelde met het oog op de verblijfsvoordelen en dat hij niet werkelijk geïnteresseerd was in haar en in het kind. Ook al gedroeg hij zich naar de buitenwereld als de vader, en waren er wel zekere contacten tussen hem en S., meneer was er volgens haar meer niet dan wel. Eens zijn verblijf geregulariseerd was, heeft hij de woonst verlaten en heeft hij volgens eiseres nooit meer naar het kind gevraagd, laat staan financieel bijgedragen. Huidige procedure is volgens haar enkel maar ingeleid als reactie op de vordering die zij heeft ingesteld voor de jeugdrechtbank tot betaling van een onderhoudsbijdrage.

3. Naar aanleiding van het standpunt ingenomen door verweerster, heeft het openbaar ministerie een onderzoek geopend lastens eiser en is de procureur des Konings vrijwillig tussen gekomen in het geding om, handelend op grond van artikel 138bis§1 Ger.W., de nietigverklaring te vorderen van de betrokken erkenning wegens strijdigheid met de openbare orde en wetsontduiking.

Het openbaar ministerie is van oordeel dat de erkenning van het kind louter gestoeld was op verblijfsrechtelijke motieven, en dat dit manifest in strijd is met de openbare orde en een teken van wetsontduiking, namelijk het beroep doen op de wettelijke mogelijkheid tot erkenning van een kind, doch niet met de oprechte bedoeling een afstammingsband op duurzame wijze tot stand te brengen doch uitsluitend met een verblijfsrechtelijke oogmerk.

4. De Dienst Vreemdelingenzaken gaf aan het parket de volgende informatie over betrokkenen (brief 5.3.2014):

"De heer E. K. kreeg destijds in 2002 een Nederlands visum kort verblijf (familiebezoek) aangeleverd op de Nederlandse ambassade te Rabat, Marokko.

Op 30 november 2009 diende de heer K. een regularisatieaanvraag art. 9bis in te Mechelen. Dit verzoek werd op 22.3.2010 ontvankelijk doch ongegrond bevonden door de Dienst Vreemdelingenzaken, met instructie aan Stad Mechelen om de heer E. K. een bijlage 13 (bevel om het grondgebied te verlaten - model B) te betekenen. De betekening vond plaats op 8.4.2010.

Betrokkene tekende beroep aan tegen bovenstaande beslissing bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, maar deze besloot bij arrest (...) om de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring te verwijderen.

Bij een verkeerscontrole op datum van 12.8.2010 werd de heer E. K. aangetroffen door de politie van Mechelen. Er werd hem een 'bevel om het grondgebied te verlaten met beslissing tot terugleiding naar de grens en beslissing tot vrijheidsberoving te dien einde' betekend, waarna hij werd overgebracht naar het gesloten centrum te Brugge met het oog op zijn verwijdering.

Vanuit het centrum diende de heer E. K. op 9.9.2010 een nieuwe regularisatieaanvraag art. 9bis in te Schaarbeek. Daarin werd verklaard dat hij sinds zijn aankomst in 2001 (sic) onafgebroken in België heeft verbleven. De aanvraag werd later ook aangevuld met de argumenten dat hij een relatie onderhield met mevrouw D. en ook ouder was van hun Belgisch kind.

Op 17.11.2010 ondertekende de heer E. K. een bijlage 19ter (aanvraag van de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie) te Schaarbeek. Een verklaring van wettelijke samenwoning met mevrouw D. werd er ondertekend op 5.1.2011. De heer E. K. erkende ook de zoon van mevrouw D. die op [...] geboren werd (E. K. S.). De heer E. K. werd diezelfde dag, 17.11.2010 ingeschreven op het adres van mevrouw D. te 1030 Schaarbeek.

De heer E.K. werd op 4.5.2011 in het bezit gesteld van een F-kaart (verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie) geldig tot 18.4.2016.

Op 2.4.2012 werd ook het regularisatieverzoek van de heer E. K. ingewilligd door de Dienst Vreemdelingenzaken, en werd hij bijgevolg op 15.10.2012 in het bezit gesteld van een B-kaart (Bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister), momenteel geldig tot 1.10.2017. Drie dagen na de afgifte van zijn Bkaart werd de heer E. K. ingeschreven op een verschillend adres te 2800 Mechelen. Het koppel stond samen gedomicilieerd voor een periode van ongeveer 2 jaar (17.11.2010 tot 18.10.2012), waarna de heer E. K. de gezamenlijke woning verlaten heeft. Wij ontvingen tot op heden nog geen info dat de wettelijke samenwoning werd stopgezet.

Ter info: mevrouw D. was voor haar relatie met de heer E. K. twee maal gehuwd; Haar eerste huwelijk vond plaats op 30.4.1993 te Schaarbeek met de heer I. M. Deze regulariseerde zijn verblijfstoestand dankzij dit huwelijk. Het voormalige echtpaar stond samen gedomicilieerd voor een periode van ongeveer 2 jaar (25.7.1994 tot 19.6.1996), waarna mevrouw D. de echtelijke woonst verlaten heeft; Hun echtscheiding werd geregistreerd in het riksregister op datum van 2.3.1999; uit het huwelijk kwam een dochter voort, I. C. De heer I. is thans sinds 10.1.2001 genaturaliseerd onder de Belgische nationaliteit en trad op 2.8.1999 te Emirdag, Turkije in het huwelijk met mevrouw O. E.

Het tweede huwelijk van mevrouw D. vond plaats op 17.8.2000 te Skopje, Macedonië met de heer M. S. Ook voor de heer M. werd via dit huwelijk het verblijfsrecht geopend in België. Betrokkene kwam naar België in kader van de procedure gezinsherening en werd op 17.5.2001 in het bezit gesteld van een identiteitskaart voor vreemdeling; Het voormalige echtpaar stond samen gedomicilieerd voor een periode van ongeveer 7 maanden (18.12.2000 tot 3.7.2001), waarna de heer M. de echtelijke woning verlaten heeft. Hun echtscheiding werd geregistreerd in het riksregister op datum van 17.12.2001. Uit het huwelijk kwamen geen kinderen voort."

5. Met betrekking tot het verblijfsstatuut van eiser zijn nog de volgende voorgelegde stukken relevant (stukken 5, 6 en 3 van eiser):

- attest van FOD Binnenlandse zaken dd 4.10.2010 over de bezoekdata van mevrouw D. voor de heer E. K.: 29/8/2010, 5/9/2010, 14/9/2010 met notaris, 25/9/2010 en 2/10/2010.
- een bezoekaanvraag door mevrouw voor betrokkene, aangevraagd op 2/10/2010, waarop als 'verwantschap met de bewoner' is ingevuld 'partner (moeder van zoon)'.
- kopie van de melding van DVZ aan de gemeente Schaarbeek van de machtiging tot verblijf van onbeperkte duur in toepassing van artikel 9bis en 13 Vreemdelingenwet, gedateerd op 2/4/2012, met een ontvangststempel van de gemeente op 17/4/2012, en onderaan agetekend voor kennisname door eiser met daarbij een datumstempel van de gemeente op 23/4/2012.
- het ondertekende huurcontract dat eiser heeft afgesloten te Mechelen, gedateerd op 3/10/2012.

Eveneens relevant (stuk 6 van verweerster):

- kopie van de aanvraag van een verblijfskaart voor eiser als familielid van een burger van de Europese Unie gedateerd op 17 november 2010. Op de aanvraag is aangeduid dat dit gebaseerd is op het partner zijn met een duurzame relatie en dat dit bewezen wordt door de geboorteakte van het gemeenschappelijk kind. Het formulier vermeldt eveneens dat nog binnen de drie maanden een attest van samenwoning moet worden bijgebracht en dat dit op 6 januari 2010 is gebeurd.

II. De vorderingen.

6. De heer E. K. vordert:

- de erkenning van E. K. S., geboren op [...] en erkend door hem op [...] ongedaan te maken;
- alvorens recht te doen, hem toe te laten om te bewijzen door alle middelen van recht dat hij niet de biologische vader is van E. K. S. en daarvoor de uitvoering te gelasten van een DNA-onderzoek;
- mevrouw D. te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van een RPV van 1.320 euro;
- te zeggen voor recht dat er geen reden is om aan te nemen dat de erkenning van S. door eiser als strijdig met de openbare orde zou moeten worden beschouwd en zodoende de erkenning ook niet op grond van strijdigheid met de openbare orde nietig te verklaren.

Mevrouw D. vordert:

- de vordering van eiser onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren en derhalve eiser af te wijzen van zijn vordering tot betwisting vaderschap;
- in ondergeschikte orde stelt zij een tegeneis in en vordert om haar toe te laten, door alle middelen van recht, getuigenbewijs inbegrepen het tegenbewijs te leveren, voor zover eiser het bewijs zou leveren van enig wilsgebrek in zijn toestemming tot erkenning;
- haar akte te verlenen dat zij zich aansluit bij de vordering tot nietigverklaring ingesteld door het Openbaar Ministerie en zich wat deze vordering betreft, gedraagt naar de wijsheid;
- in elk geval eiser te veroordelen tot betaling aan haar van een morele schadevergoeding van 5.000 euro wegens de dwaling waarin zij door hem werd gebracht, bedrag onder voorbehoud van andere vorderingen, te vermeerderen met de gerechtelijke interesses en de kosten van het geding;

- alleszins de gerechtskosten ten laste van eiser te leggen;
- de kosten aan haar zijde begroot op de RPV van 1.320 euro.

De voogd ad hoc, welke vrijwillig tussenkomt, vraag hem akte te verlenen dat hij zich aansluit bij het verzoek tot DNA-onderzoek gelet op de volkomen tegenstrijdige versies van meneer en vrouw.

De heer procureur des konings, welke vrijwillig tussenkomt, vordert:

De erkenning van het kind E. K. S. (^o[...]) door E. K. R. ([...]) te vernietigen wegens strijdig met de openbare orde en hem te veroordelen tot de kosten.

III. Rechtsmacht en bevoegdheid.

7. In deze zaak heeft het kind de Belgische nationaliteit, met gewone verblijfplaats in België, zodat de Belgische rechters conform artikel 61 WIPR bevoegd zijn om kennis te nemen van de vordering, zowel wat betreft de vordering van eiser in betwisting van zijn vaderschap als wat betreft de vordering tot nietigverklaring van de erkenning door het OM. De vordering behoort conform artikel 572bis le Ger.W. tot de materiële bevoegdheid van de sectie Familie- en Jeugdrechtbank binnen de rechtbank van eerste aanleg.

Er bestaat geen betwisting over de territoriale bevoegdheid van deze rechtbank.

De rechtbank verklaart zich bijgevolg bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen.

IV. Het toepasselijk recht.

8. Huidig geschil heeft een grensoverschrijdend aspect gelet op de Marokkaanse nationaliteit van eiser. Het komt de rechtbank dan ook toe om eerst na te gaan, wat conform de regels van het Internationaal Privaatrecht het toepasselijke recht is voor de twee onderscheiden vorderingen in deze zaak, uitgaande respectievelijk van de heer E. K. en van het OM.

Conform artikel 62§1 WIPR wordt de vaststelling en de betwisting van het vaderschap of moederschap van een persoon beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind of, indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling, bij het verrichten van die handeling.

Artikel 63 WIPR bepaalt dat het recht dat krachtens artikel 62 WIPR van toepassing is, met name bepaalt:

- 1° aan wie het toegelaten is een afstammingsband te doen vaststellen of te betwisten;
- 2° de bewijslast en de te bewijzen elementen inzake de afstammingsband, alsook de vaststelling van de bewijsmiddelen; 3° de voorwaarden voor en de gevolgen van het bezit van staat; 4° de termijnen voor het instellen van de vordering.

Verder zijn artikel 21 WIPR (de exceptie van internationale openbare orde) en artikel 19 WIPR (de uitzonderingsclausule) hier mogelijk relevant.

9. Alle partijen zijn bij hun argumentatie, vordering en verweer, voor wat betreft de vordering van eiser tot betwisting van zijn vaderschap dat werd vastgesteld door erkenning, uitgegaan van de toepassing van het Belgische recht, zonder voorafgaandelijk het IPR-aspect te onderzoeken.

Teneinde de rechten van verdediging te respecteren, behoort het de debatten te heropenen teneinde partijen toe te laten standpunt in te nemen over de vraag, wat betreft de vordering van eiser tot betwisting van zijn vaderschap dat werd vastgesteld door middel van erkenning, naar het toepasselijke recht, desgevallend de inhoud van het Marokkaanse recht en de vraag naar eventuele toepasselijkheid van artikel 21 en/of 19 WIPR.

10. Wat de vordering uitgaande van het openbaar ministerie betreft, tot nietigverklaring van de erkenning wegens strijdigheid met de openbare orde en wegens wetsontduiking, bestaat er geen betwisting over dat het Belgische recht moet worden toegepast.

Dit komt de rechtbank ook logisch voor nu de vordering juist gebaseerd is op ontduiking van de Belgische wetgeving voor vreemdelingen in verband met toegang en verblijf tot het Belgische grondgebied èn het openbare orde karakter van de Belgische afstammingswetgeving en het vorderingsrecht van het OM in burgerlijke zaken telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt, in overeenstemming met artikel 138bis Ger.W. Gelet op het voorwerp en de oorzaak van de vordering kan hier dan ook bezwaarlijk enig buitenlands recht worden toegepast.

De zaak is duidelijk nauw verbonden met de Belgische rechtsorde, en buitenlands recht bevat uiteraard geen relevante bepalingen die rekening zouden houden met de bepalingen van de Belgische wetgeving in verband met toegang en verblijf tot het Belgische grondgebied. Toepassing van de buitenlandse wetgeving zou dan ook nooit kunnen leiden tot sanctionering van een wetsontduiking op dat vlak. Dat resultaat is kennelijk onverenigbaar met de Belgische openbare orde.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat hier Belgisch recht kan en moet worden toegepast.

V. De vordering van het OM tot nietigverklaring van de erkenning wegens wetsontduiking.

11. De ontvankelijkheid van de vordering ingesteld door de procureur des Konings wordt niet betwist. Het parket kan inderdaad optreden in burgerlijke zaken bij wege van rechtsvordering, vordering of advies wanneer de openbare orde zijn tussenkomst vergt, in overeenstemming met artikel 138bis Ger.W. zoals van toepassing ten tijde van inleiding van die vordering bij verzoekschrift neergelegd ter zitting van 17 november 2014.

Waar het OM zich baseert op wetsontduiking (van de wetgeving inzake toegang en verblijf op het Belgische grondgebied) door de heer E. K. bij de erkenning van het kind S. E. K., en het rechtsinstituut van de afstamming de grondslagen van onze samenleving raakt en aldus de openbare orde raakt, is hier voldaan aan de voorwaarde van artikel 138bis Ger.W.

De vordering is ontvankelijk.

12. De rechtbank stelt vast dat het fenomeen van de zogenaamde 'schijnerkenning', een erkenning die louter zou zijn geïnspireerd door verblijfsrechtelijke motieven en niet door de motieven die inherent zijn aan de principes van de afstamming en de gevolgen van het bestaan van een afstammingband (de ouderlijke rechten en plichten), tot op vandaag niet uitdrukkelijk geregeld is in de wet.

Dat neemt niet weg dat er in burgerlijke zaken wel degelijk in rechte tegen kan worden opgetreden door toepassing van het algemeen rechtsbeginsel van wetsontduiking. Het Hof van Cassatie erkent effectief het bestaan van wetsontduiking als algemeen rechtsbeginsel in het privaatrecht (Zie Cass. 14 november 2005, RW 2007-2008, 486, met noot W. RAUWS, 'Wetsontduiking en de subjectieve wil een dwingende wetsbepaling of een bepaling van openbare orde te omzeilen').

Als men:

- door een op zichzelf geoorloofde handeling (hier: het erkennen van een kind met toestemming van de moeder, zelfs als dit mogelijk niet zou beantwoorden aan de biologische realiteit)
- zich in een toestand tracht te wringen of een toestand tracht te doen uitschijnen (hier het duurzaam samenleven met een partner met wie men een gemeenschappelijk kind zou hebben)
- die zeer dicht in de buurt komt van de voorwaarden die de ontdoken dwingende wetgeving of wetgeving van openbare orde stelt (hier de wetgeving inzake verblijf voor vreemdelingen op het Belgische grondgebied voor langer dan drie maanden, gebaseerd op gezinsherening met een Belgische partner, wetgeving die de openbare orde raakt),
- mèt het opzet, de bedoeling om die wetgeving te ontwijken of omzeilen, is er sprake van verboden wetsontduiking.

13. De rechtsbank is van oordeel dat hier uit een geheel van ernstige en overeenstemmende feitelijke elementen kan worden afgeleid of vermoed dat eiser de erkenning van het betrokken kind kennelijk enkel heeft verricht met de bedoeling om de wetgeving inzake verblijf op het Belgische grondgebied, gebaseerd op gezinsherening te omzeilen en niet de intentie had om een afstammingsband tot stand te brengen en de eruit volgende ouderlijke verplichtingen tegenover het kind te respecteren:

- De heer E. K. was reeds lang illegaal in het land en zijn wettelijke pogingen om een verblijf te bekomen in het land hebben geen succes gehad; Op het ogenblik van de erkenning was hij bovendien van zijn vrijheid beroofd en bevond hij zich in een gesloten centrum met het oog op zijn verwijdering van het grondgebied; Met andere woorden, meer precarie kon zijn verblijfsituatie op dat ogenblik niet meer worden;
- Nauwelijks een week voor de akte van erkenning (van [...]) heeft hij vanuit het gesloten centrum nog een nieuwe aanvraag tot regularisatie gedaan; Hij was duidelijk gemotiveerd om op het grondgebied te kunnen verblijven;
- Het is opmerkelijk dat de erkenning pas gebeurde toen hij in een uiterst precarie verblijfsituatie zat, terwijl het kind toen al ongeveer 6 maand was; Indien hij oorechte bedoelingen had, belette niets hem om de erkenning eerder te doen; Hij zegt aanvankelijk te hebben getwijfeld aan zijn biologisch vaderschap, maar ook dat de moeder zou aangedrongen hebben dat hij zijn verantwoordelijkheid zou nemen; Het lijkt toch wel eigenaardig dat de moeder daar pas op zou zijn beginnen aandringen toen de baby al een aantal maanden geboren was; Er is geen enkele aanwijzing dat meneer al voorafgaand aan het bevel om het grondgebied te verlaten en zijn vrijheidsberoving op 12 augustus 2010 ook maar enige interesse zou hebben getoond voor het kind of op enige wijze van plan was ouderlijke verantwoordelijkheden op te nemen;

- Mevrouw D. legde op 18 september 2009 een verklaring af bij de politie (zie het bundel van het OM) dat ze zich akkoord had verklaard met de erkenning van het kind door meneer en dat ze akkoord was dat hij bij haar kwam wonen; Ze beschreef in die verklaring hun relatie voordat meneer van zijn vrijheid was beroofd; Meneer argumenteert dat de verklaring die ze toen heeft afgelegd, overeenstemt met de waarheid, in tegenstelling tot haar verklaringen in huidige procedure (dat ze elkaar voordien helemaal niet kenden) en dat haar verklaringen in huidige procedure louter zouden ingegeven zijn door wraak omdat hij haar verlaten heeft en niet meer financieel zou bijdragen;

In de hypothese dat de versie van meneer over hun relatie en de versie die mevrouw destijds heeft gegeven, correct zou zijn, blijft het opvallen dat die relatie bijzonder weinig voorstelde, enkele losse seksuele contacten zonder enig toekomstproject en dat meneer in schok reageerde op het nieuws van de zwangerschap; Het contrast tussen die compleet niet geëngageerde houding van meneer voordien, met het plots erkennen van het kind en na zijn vrijlating uit het centrum gaan samenwonen met mevrouw, is toch wel groot;
- Meneer heeft het gegeven dat hij een gemeenschappelijk kind had met een Belgische in al zijn volgende aanvragen tot verblijf op het grondgebied gebruikt als argument: zijn aanvraag tot regularisatie heeft hij aangevuld met dat argument + het werd aangehaald als bewijselement voor zijn aanvraag tot verblijf op grond van gezinsherening, zelfs nog vóór de verklaring van wettelijke samenwoning met mevrouw D. werd afgelegd;
- Meneer heeft effectief een zogenaamde F-kaart gekregen als gevolg daarvan, een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie met een geldigheidsduur van ongeveer 5 jaar;
- Meneer beweert dat de latere beslissing tot regularisatie van zijn verblijf zou zijn toegekend omdat hij kon aantonen dat hij gedurende meer dan 5 jaar onafgebroken woonachtig was in België, hier was ingeburgerd en arbeidsperspectieven had en zijn verblijfsvergunning dus niet bekomen werd op grond van de erkenning van het kind; Het valt op dat meneer de gemotiveerde beslissing niet bijbrengt hoewel hij die toch had kunnen aanvragen;
 In elk geval heeft meneer het voor zijn aanvraag tot regularisatie wèl nuttig gevonden om zijn ouderschap van een Belgisch kind als overtuigend argument te gebruiken;
- Het samenleven met de moeder en het kind heeft slechts een tweetal jaar geduurd; De heer E. K. spreekt niet tegen dat hij na het beëindigen van het samenleven (overigens zonder officieel een einde te stellen aan de wettelijke samenwoning) niet meer zou gevraagd hebben om contact te kunnen hebben met het kind; Evenmin spreekt hij tegen dat hij spontaan geen enkele bijdrage heeft geleverd in de kosten van zijn onderhoud, opvoeding en opleiding; Voor iemand die bij de erkenning van het kind oprechte intenties zou hebben gehad en die beweert gedurende twee jaar zich ook bekommerd te hebben om het kind, is dat toch eigenaardig, ook al waren er twijfels over zijn biologische vaderschap;
- De timing waarop meneer het samenleven met de moeder en het kind heeft beëindigd is wel héél opmerkelijk; Dit valt juist in de periode dat hij zijn B-kaart heeft gekregen;

Met andere woorden, vanaf dan had hij de samenwoning met de moeder en het kind niet meer "nodig" voor zijn verblijf op het grondgebied;

De afgifte van de B-kaart is het gevolg van de inwilliging van zijn regularisatieverzoek op 2 april 2012, waarvan hij kennis heeft genomen op 23 april 2012; De B-kaart werd hem afgegeven op 15 oktober 2012; Het is niet meer dan logisch dat meneer vooraf een uitnodiging zou hebben gekregen van het gemeentebestuur voor de afgifte van de B-kaart, zodat hij perfect in de mogelijkheid was om zijn verhuis te regelen zonder enig tijdverlies; Op 3 oktober 2012 tekende hij een huurovereenkomst voor een appartement en op 18 oktober 2012, 3 dagen na de afgifte van de B- kaart, werd zijn domicilie gewijzigd;

Door de vermoedens die zo ontstaan, wordt de wetsontduiking in hoofde van de heer E. K., inclusief zijn opzet, ten genoeg van recht bewezen.

De enkele foto's die worden voorgelegd om gedeelde levensmomenten tussen de heer E. K. en het kind te illustreren en het feit dat mevrouw niet betwist dat met het kind ook de familie van meneer werd bezocht, en er bij de familie een feest werd gevierd voor de besnijdenis van het kind, zijn hier in het licht van alle andere elementen niet van aard om te wijzen op een duidelijk ouderlijk engagement van meneer tegenover het kind.

14. Voor zover er ooit een socio-affectieve band zou zijn geweest tussen de heer E. K. en het kind zoals tussen een ouder en een kind, is die er ondertussen duidelijk niet meer, gelet op het feit dat:

- de heer E. K. zijn gezin verlaten heeft toen de jongen nog erg jong was (2,5 jaar),
- hij nadien geen enkel contact meer heeft gezocht met de jongen, noch met de moeder,
- hij spontaan geen enkele bijdrage levert in de kosten van zijn onderhoud, opvoeding en opleiding.

Bovendien stelt mevrouw dat er ook geen biologische band is en voert meneer zelf aan dat hij ernstige twijfels heeft dat er een biologische band zou zijn.

In die omstandigheden is de rechtkant van oordeel (voor zoveel als nodig) dat het belang van het kind zich hier niet verzet tegen de vernietiging van de erkenning. De jongen is niet gebaat bij het behoud van een wettelijke afstammingsband die tot stand is gekomen door middel van wetsontduiking gepleegd door een persoon in de geschatste omstandigheden, en welke niet beantwoordt aan een socio-affectieve werkelijkheid en waarbij er ten overvloede ernstige twijfels zijn dat die afstamming zou beantwoorden aan de biologische werkelijkheid.

15. De nietigverklaring van de erkenning zoals gevorderd door het OM is hier in die omstandigheden de enige manier om, op burgerlijk vlak, de strijdigheid met de openbare orde te herstellen.

De vordering van het OM is gegrond.

De vordering van mevrouw D. tot schadevergoeding.

16. Mevrouw stelt dat zij in de waan werd gebracht dat meneer een vader zou zijn voor haar kind en als zodanig verantwoordelijkheden zou nemen. Ze stelt niet op de hoogte te zijn geweest dat meneer de bedoeling had de wet te ontduiken om een verblijfsvergunning te bekomen. Mocht de erkenning om redenen van wetsontduiking door eiser vernietigd worden,

vordert zij een morele schadevergoeding van 5.000 euro en maakt zij voorbehoud voor alle financiële nadelen die zij door de situatie heeft ondervonden te recupereren.

Mevrouw D. toont echter niet aan dat zij hier enige morele schade zou hebben geleden. Zelfs als zij 'te goeder trouw' zou hebben gehoopt dat meneer, nadat hij wettelijk de vader zou zijn geworden van haar kind, hij zich ook daadwerkelijk zo zou gedragen, dan nog moet zij geweten hebben dat er een risico was dat dit niet zou blijven voortduren.

Als de versie die mevrouw nu geeft in het kader van huidige procedure juist zou zijn, betekent dit dat ze voorafgaand aan de vrijheidsberoving van meneer met het oog op zijn verwijdering van het grondgebied, hem nog niet kende. Uit de stukken blijkt dat ze twee keer op bezoek is geweest in het gesloten centrum en dat bij haar volgende bezoek de notaris al meekwam voor het opmaken van de erkenningsakte. In zo'n omstandigheden kan het niet anders dan dat zij vooraf wist dat er geen enkele garantie was op een duurzaam engagement van meneer naar haar kind.

De vordering van mevrouw tot schadevergoeding lastens de heer E. K. is ongegrond.

Zegt dat de door haar blootgestelde kosten ten hare laste blijven.

OM DEZE REDENEN,

DE RECHTBANK,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Rechtsprekend op tegenspraak,

Geeft akte aan de voogd ad hoc en aan de heer procureur des Konings van hun respectievelijke vrijwillige tussenkomst en verklaart deze ontvankelijk;

1) Wat betreft de vordering van meneer E. K.:

Alvorens verder recht te spreken over de ontvankelijkheid en gegrondheid van de vordering en alvorens te beslissen over de gerechtskosten:

Beveelt de heropening van de debatten ter zitting van 2 mei 2016 om 8u45 voor 20 minuten teneinde partijen toe te laten standpunt in te nemen over de vraag, wat betreft de vordering van eiser tot betwisting van zijn vaderschap dat werd vastgesteld door middel van erkenning, naar het toepasselijke recht, desgevallend de inhoud van het Marokkaanse recht en de vraag naar eventuele toepasselijkheid van artikel 21 en/of 19 WIPR.

2) Wat betreft de vordering van de heer procureur des Konings:

Verklaart deze ontvankelijk en gegrond;

Vernietigt de erkenning gedaan op 14 september 2010 door de heer E. K. R. (geboren op [...]) van het kind E. K. S. L. R., ingeschreven in de registers van de geboorteakten van de Stad [...] voor het jaar 2010 onder nummer [...], geboren te [...] op [...] met als moeder mevrouw D.;

Zegt dat bijgevolg voormeld kind niet de naam zal mogen dragen van de heer E. K.;

3) Wat betreft de vordering van mevrouw D.:

Verklaart deze ontvankelijk maar ongegrond; Zegt dat de door haar blootgestelde kosten ten hare laste blijven.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechting van de 253e kamer van de Nederlandstalige Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel, sectie Familierechtbank, op 15 februari 2016

waar aanwezig waren en zitting namen:

Mevrouw K. Van Der Borgh: alleenrechtsprekend rechter, familierechter,
Mevrouw A. De Cooman: griffier.

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 26 oktober 2015

Interlandelijke adoptie – Internationale bevoegdheid – Artikel 66 WIPR – Belgische rechter – Toepasselijk recht – De wijze van totstandkoming – Artikel 69 WIPR – Belgisch recht – Toestemmingen – Artikel 68 WIPR – Filippijns recht – Grondvoorwaarden – Artikel 67 WIPR – Volle adoptie – Belang van het kind

Adoption internationale – Compétence internationale – Article 66 CODIP – Juge belge – Droit applicable – Conditions de l'établissement – Article 69 CODIP – Droit belge – Consentements – Article 68 CODIP – Droit philippin – Conditions substantielles – Article 67 CODIP – Adoption plénière – Intérêt de l'enfant

Inzake de volle adoptie

door:

De heer P. P., Belg, geboren te [...] op [...] en zijn echtgenote, **mevrouw I. S.** geboren te [...] op [...], echtgenoten, gehuwd te Leuven op [...], wonende te [...] Steenokkerzeel,

Verzoekers, kandidaat-adoptanten, die verschijnen in persoon van het kind:

J. M., Filippijn, geboren te Antipolo City (Filippijnen) op [...] 2009, wonende te [...] Steenokkerzeel,

in aanwezigheid van:

Mevrouw Anja Bueckenhoudt, wonende te [...] Steenokkerzeel, in haar hoedanigheid van voogd ad hoe voor voormeld kind, aangesteld bij beschikking van 3 juli 2015 van de 253e kamer van de familierechtbank,
vertegenwoordigd door haar advocaat: Katrijne Van Bellingen, met kantoor te 1050 Elsene, Jaargetijdenlaan 54

Na beraad op 5 oktober 2015, spreekt de Rechtbank volgend vonnis uit:

Gelet op:

- het verzoekschrift tot adoptie neergelegd ter griffie op 25 februari 2014 (zonder vermelding van de identiteitsgegevens van verzoekers) samen met de administratieve stukken (die o.a. de identiteitsgegevens van verzoekers bevatten), ingeschreven onder nummer 14/442/B;
- het schrijven van de griffie van de jeugdrechtbank van 5 maart 2014 met verzoek om een nieuw verzoekschrift neer te leggen gelet op de ontbrekende gegevens;
- het verzoekschrift tot adoptie neergelegd ter griffie op 27 maart 2014;
- de mededeling van het dossier aan het openbaar ministerie;
- het document "Affidavit of consent to adoption", ontvangen op de griffie op 17 september 2014 en meegedeeld aan het openbaar ministerie bij brief van 17 november 2014;
- de verklaring van FIAC van 27 november 2014, overgemaakt aan het openbaar ministerie op 3 december 2014;

- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie van 21 mei 2015;
- het schrijven van 11 juni 2015 van FIAC aan het openbaar ministerie met kopie aan de familierechtbank, ivm de Filippijnse wetgeving en het document "Affidavit";
- het schrijven van 23 juni 2015 van de rechtbank aan de FOD Justitie, FCA, teneinde de stukken op te vragen bedoeld in artikel 1231.42, 1°, 3° en 2° Ger.W., met kopie aan FIAC, verzoekers en het parket;
- de beschikking dd 3 juli 2015 tot ambtshalve aanstelling van een voogd ad hoc;
- de bijkomende stukken gevoegd door verzoekers, ontvangen op de griffie op 27 augustus 2015;
- de gerechtsbrief verzonden op 7 september 2015 voor de zitting van 5 oktober 2015 (art. 735.5 G.W.);

Op de zitting van 5 oktober 2015 werden verzoekers en de advocaat van de voogd ad hoc in raadkamer gehoord, in aanwezigheid van het openbaar ministerie; Van hun verklaringen werd een P.V. opgesteld;

Tevens werd mevrouw Verbeeren, substituut van de procureur des Konings gehoord in haar mondeling advies, met mogelijkheid tot repliek door partijen;

De stavingstukken werden neergelegd, de debatten werden gesloten en de zaak werd vervolgens in beraad genomen.

I. Voorwerp van de vordering.

1. Verzoekers, de heer P.P., Belg, geboren te [...] op [...] en zijn echtgenote, mevrouw I.S., geboren te [...] op [...], hebben op 25 februari 2014 een eerste verzoekschrift, met administratieve stukken, neergelegd (ingeschreven onder nummer 14/442/B), waarbij zij verzoeken de volle adoptie uit te spreken door hen van het bij hen verblijvende kind, overgebracht uit de Filippijnen, J. M., geboren op [...] 2009 in de Filippijnen.

Na vraag van de rechtbank, omwille van ontbrekende identiteitsgegevens van verzoekers in het eerste verzoekschrift, legden zij op 27 maart 2014 een tweede verzoekschrift neer. Dit werd gevoegd aan het reeds geopende dossier, ingeschreven onder nummer 14/442/B.

Bij hun verschijning op de zitting van 5 oktober 2015 hebben zij verduidelijkt dat zij als voornaam en naam voor de geadopteerde voortaan opteren voor "P. J.".

II. De feiten en voorgaanden van de procedure.

2. Verzoekers volgden de voorbereidende vorming voor adoptie, zoals blijkt uit het voorgelegde attest van Kind en Gezin van 8 april 2008.

Zij werden bekwaam en geschikt verklaard om te adopteren bij vonnis van de jeugdrechtbank van 19 december 2008. Bij vonnis van de jeugdrechtbank van 25 januari 2013 werd de termijn van geschiktheid van verzoekers om te adopteren verlengd vanaf 19 december 2012 voor een periode van twee jaar vanaf datum vonnis.

Verzoekers stelden zich kandidaat voor adoptie bij de erkende adoptiedienst FIAC Horizon Vzw voor een adoptie uit de Filippijnen. Ze kregen een kindvoorstel dat zij aanvaardden.

3. Het Filippijnse kind dat aan verzoekers werd voorgesteld voor adoptie is J.M., geboren op [...] 2009 in de Filippijnen, Antipollo City.

Uit de voorgelegde stukken blijkt dat hij geboren is uit de relatie van zijn biologische ouders, A.N. en J.M. Zij zijn uit elkaar gegaan toen J. bijna drie maand was. De vader vertrouwde de zorg over hem toe aan zijn zus, een tante van J. Op éénjarige leeftijd werd hij met gezondheidsproblemen voor tijdelijke zorg toevertrouwd aan de instelling "Missionaries of Charity-Home of Love". De vader en tante bezochten hem regelmatig in de instelling, tot de vader mededeelde dat hij zijn ouderlijke rechten en plichten tegenover zijn zoon wilde opgeven. Er werd hem gevraagd om de moeder op te sporen en in te lichten. Sindsdien werd niets meer gehoord, noch van de vader, de moeder of enig ander familielid. Huisbezoeken op het opgegeven adres hadden geen resultaat, evenmin als het via radio en persberichten zoeken van de familie. Het kind werd vervolgens naar het "Sun and Moon Home for Children" overgebracht met het oog op eventuele alternatieve permanente ouderlijke zorg.

4. Uit de voorgelegde stukken blijkt dat het kind bij akte van 18 januari 2013 adopteerbaar werd verklaard door het Departement of Social Welfare and Development met ingang van 12 december 2012. Bij akte van 26 februari 2013 werd door het Departement of Social Welfare and Development verklaard dat het kind beschikbaar was voor interlandelijke adoptie, nadat de mogelijkheden voor lokale adoptie voor hem waren uitgeput.

In het document getiteld "Placement proposal", plaatsingsvoorstel, gedateerd op 17 april 2013, is J. vervolgens door de ICAB (Inter-Country Adoption Board van de Filippijnen) via FIAC, Flanders Intercountry Adoption Care Agency, toegewezen aan verzoekers met het oog op adoptie. Hierin wordt o.a. verwezen naar artikel 4 en 17 van het Haags adoptieverdrag, handelend over het respect van het belang van het kind en over het principe van subsidiariteit inzake adoptie.

De Vlaamse Centrale Autoriteit voor adoptie , VCA - Kind en Gezin, heeft op 3 mei 2013 het plaatsingsvoorstel goedgekeurd.

Op 24 mei 2013 werd dan door ICAB een document getiteld "Placement authority", plaatsingsgoedkeuring opgemaakt waarin FIAC gemachtigd werd het kind toe te vertrouwen aan verzoekers als toekomstige adoptieouders. In het document wordt o.a. verwezen naar bepaling 11 van de Filippijnse Interlandelijke adoptie wet van 1995 RA 8043, dat voorziet dat er geen toewijzing gebeurt aan een vreemde familie tenzij vaststaat dat het kind niet lokaal kan worden geadopteerd, en naar artikel 15 en 16 van het Haags adoptieverdrag.

5. Sinds 27 september 2013 is J. ingeschreven op het adres van verzoekers in België, na zijn aankomst in België eerder die maand.

Deze adoptieprocedure werd dan ingeleid bij verzoekschrift neergelegd op 25 februari 2014, met een tweede verzoekschrift op 27 maart 2014.

Op 27 juni 2014 leverde het Ministerie van Sociaal Welzijn en Ontwikkeling een "Affidavit of consent to adoption" af waarin zij uitdrukkelijk toestemming geven voor de volle adoptie van J.M. door verzoekers. De "Affidavit" betreft een schriftelijk en onder ede bevestigde verklaring ten aanzien van een notaris. Hierin wordt bevestigd dat uit de verslagen van de adoptiedienst FIAC blijkt dat het kind geïntegreerd is in zijn familie en zich aangepast heeft

aan zijn nieuwe omgeving. In hetzelfde document wordt het ouderlijk gezag over het kind overgedragen aan verzoekers.

III. Bespreking

Bevoegdheid van de rechtbank

6. In deze zaak hebben verzoekers de Belgische en het kind de Filippijnse nationaliteit. Verzoekers hebben samen met het kind hun gewone verblijfplaats in [...], zodat de Familierechtbank van de Nederlandstalige Rechtbank van eerste aanleg Brussel bevoegd is om kennis te nemen van de vordering van verzoekers. (Zie artikel 66 WIPR en 628,21° Ger.W.).

De procedure

7. Ingevolge artikel 69 WIPR is het Belgisch procesrecht van toepassing op alle verzoeken tot adoptie die in België worden ingediend. Conform de bepalingen van artikel 1231-40 Ger.W. zijn dezelfde procedureregels van toepassing die ook adopties van intern recht beheersen.

De termijn

8. Het eerste verzoekschrift werd ingediend op 25 februari 2014. Dit is binnen de zes maanden te rekenen van de aankomst van het kind in België in september 2013. De tekst van het eerste verzoekschrift bevatte weliswaar niet de identiteitsgegevens van de verzoekers, maar de bijgevoegde administratieve stukken lieten wel toe om de verzoekers correct te identificeren. Een tweede verzoekschrift werd ingediend op 27 maart 2013, hetzij net iets langer dan zes maanden na zijn aankomst in België. Het tweede verzoekschrift gaf geen aanleiding tot opening van een nieuw dossier, maar diende als aanvulling op het eerst verzoekschrift. De rechtbank houdt derhalve uitsluitend rekening met de datum van het eerste verzoekschrift.

Het (eerste) verzoekschrift werd bijgevolg ingediend binnen de termijn zoals voorzien in artikel 1231-41 Ger.W. en artikel 363.5 Burgerlijk Wetboek (BW), zijnde binnen de geldigheidsduur van het geschiktheidsvervocht van 19 december 2012 (twee jaar) en binnen de zes maanden te rekenen van de aankomst van het kind in België.

De neer te leggen stukken

9.1 De stukken zoals opgenomen in de artikelen 1231-3, 1231-4 Ger.W. zijn aan het dossier gevoegd, zijnde het attest over de gevuldte voorbereiding voor adoptie, een eensluidend afschrift van de geboorteakte en een attest van woonst en nationaliteit van de adoptanten en geadopteerde.

9.2 Wat de stukken vermeld in artikel 1231-42 Ger.W. betreft, werden het kindverslag en het ouderverslag (artikel 1231-42, 3° Ger.W.) gevoegd aan het dossier door verzoekers, evenals kopie van het geschiktheidsvervocht en verlenging van de geldigheidstermijn van het geschiktheidsvervocht (artikel 1231-42, 1° Ger.W.).

9.3 De rechtbank moet tevens bij de Federale Centrale Autoriteit in het bijzonder volgende stukken opvragen, conform artikel 1231.42, 2° en 4° Ger.W.:

- een afschrift van de verklaring waarin de bevoegde autoriteit van het land van herkomst bevestigt dat het kind adopteerbaar is en vaststelt dat een interlandelijke adoptie aan het hoger belang van het kind en eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen, beantwoordt;
- een verklaring waarin de bevoegde centrale autoriteit van de staat waarin het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, vaststelt en met redenen omkleedt waarom de beslissing om het kind toe te vertrouwen aan de adoptant of adoptanten aan het hoger belang van het kind en de eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen, beantwoordt.

De rechtbank vroeg bij brief van 23 juni 2015 aan de FOD Justitie, FCA, in het bijzonder de stukken op bedoeld in artikel 1231.42, 1°, 2° en 3° Ger.W.

De FCA maakte bij brief van 27 juli 2015, ontvangen op 30 juli 2015, onder andere een attest over van de Vlaams adoptieambtenaar aangaande de stukken bedoeld in artikel 1231-42 Ger.W., namelijk dat de Vlaamse Centrale Autoriteit inzake adoptie, het document "Placement Authority" van de ICAB heeft aanvaard als gelijkwaardig aan de documenten bedoeld in artikel 1231- 42, al. 1, 2° en 4° Ger.W.

9.4 De verzoekers voegden ook nog kopie van de documenten waarbij het kind door de bevoegde autoriteit adopteerbaar werd verklaard na tevergeefs getracht te hebben de familie te lokaliseren, en vervolgens beschikbaar werd verklaard voor interlandelijke adoptie, na uitputting van de mogelijkheden van lokale adoptie voor het betrokken kind. Dit werd nogmaals bevestigd in een attest ("certification") van ICAB van 7 augustus 2015, overgemaakt aan FIAC, met verwijzing naar het beste belang van het kind.

9.5 Uit de samenlezing van de artikels 1231.42, le en 2e lid Ger.W., artikel 361.3, le lid, 2°, b BW, 361.4 en 361.6 BW, volgt dat, de overbrenging van het kind naar België slechts kan plaatsvinden nadat (onder meer) de voor de adoptie vereiste stukken (hierna verder opgesomd) werden overgemaakt door de bevoegde autoriteit van de staat van herkomst aan de centrale autoriteit van de bevoegde gemeenschap, welke deze op haar beurt moet overmaken aan de federale centrale autoriteit. Echter kan de centrale autoriteit van de bevoegde gemeenschap gelijkwaardige documenten aanvaarden of bij materiële onmogelijkheid mag zij vrijstelling geven van overlegging.

Het betreft een attest waarbij de bevoegde autoriteit van de Staat van herkomst:

- a) verklaart dat het kind adopteerbaar is;
- b) na de mogelijkheden tot plaatsing van het kind in de Staat van herkomst behoorlijk te hebben onderzocht, vaststelt dat de interlandelijke adoptie aan het hoger belang van het kind en de eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen, beantwoordt;
- c) vaststelt en motiveert waarom de beslissing om het kind toe te vertrouwen aan de adoptant of de adoptanten, eveneens aan dit belang en deze eerbied beantwoordt;
- d) bevestigt dat de personen, instellingen en autoriteiten van wie de toestemming voor de adoptie is vereist, de nodige raadgevingen hebben ontvangen en dat zij behoorlijk zijn ingelicht over de gevolgen van die toestemming, inzonderheid met betrekking tot het handhaven of het verbreken van de bestaande rechtsbanden tussen het kind en zijn oorspronkelijke familie ingevolge een adoptie;

- f) bevestigt dat zij vrij hun toestemming hebben gegeven met inachtneming van de vereiste wettelijke vormen, dat zij niet tegen betaling of in ruil voor enige andere tegenprestatie werd verkregen, en niet werd ingetrokken;
- g) bevestigt dat het kind, rekening houdende met zijn leeftijd en maturiteit, de nodige raadgevingen heeft ontvangen en dat het behoorlijk is ingelicht over de gevolgen van de adoptie en van zijn toestemming in de adoptie indien deze vereist is, en dat zijn wensen en mening in aanmerking zijn genomen;
- h) bevestigt dat de toestemming van het kind in de adoptie, indien deze vereist is, vrij werd gegeven, met inachtneming van de vereiste wettelijke vormen, dat deze niet tegen betaling of in ruil voor enige tegenprestatie werd verkregen, en niet werd ingetrokken.

Gelet op het door de Vlaamse adoptieambtenaar opgestelde attest, blijkt dat in deze zaak de bevoegde centrale autoriteit van de gemeenschap gelijkgestelde stukken heeft aanvaard.

De hierboven omschreven inhoud van de stukken, "Placement Authority" en "Affidavit of consent to adoption", aangevuld met de inhoud van het kindverslag enerzijds en de inhoud van de bepalingen van de Filippijnse wetgeving en van het Haags adoptieverdrag waarnaar deze documenten verwijzen anderzijds, bevestigen één en ander.

Zodoende liggen alle vereiste stukken voor.

De in de procedure op te roepen partijen

10. Wat de in de procedure op te roepen partijen betreft, moet artikel 1231.10 Ger.W. worden toegepast. In het bijzonder moeten worden opgeroepen om te worden gehoord, de adoptanten (artikel 1231.10, 1° Ger.W.) en éénieder van wie de toestemming in de adoptie vereist is (artikel 1231.10, 2° Ger.W.).

De toestemming tot de adoptie is hier, in overeenstemming met het Filippijnse recht (zie hierna) gegeven door het Ministerie van Sociaal Welzijn en Ontwikkeling, in het document getiteld "Affidavit of consent to adoption". Dit is gebeurd nadat achtereenvolgens de pogingen om de geboorte-ouders van het kind op te sporen zonder resultaat bleven, het kind adopteerbaar werd verklaard en de mogelijkheden voor lokale adoptie uitgeput en het kind zodoende beschikbaar werd verklaard voor interlandelijke adoptie.

Ingevolge het document "Affidavit of consent tot adoption" is het ouderlijk gezag overgedragen door voormalig ministerie aan verzoekers.

Het is dus het Filippijnse Ministerie van Sociaal Welzijn en Ontwikkeling dat de vereiste toestemming heeft gegeven, maar dit ministerie kan niet worden opgeroepen in deze procedure. Dit vooreerst om praktische redenen, nu er blijkbaar geen instelling of persoon in België werd aangeduid om deze te vertegenwoordigen bij de verdere procedure in België. FIAC VZW (de erkende adoptiedienst) beschikt niet over een dergelijke machtiging op grond van enige overeenkomst met de betrokken dienst, noch op grond van enige bepaling van het Filippijnse of Belgische recht. Bovendien beschikt dit Ministerie vanaf de uitvaardiging van de Affidavit zelf niet meer over het ouderlijk gezag (met inbegrip van de bevoegdheid om toe te stemmen in een adoptie), dat immers werd overgedragen aan verzoekers.

Verzoekers kunnen in deze procedure echter niet in een dubbele hoedanigheid optreden in de adoptieprocedure: tegelijk als kandidaat- adoptanten van de minderjarige èn als de op te roepen dragers van het ouderlijk gezag over de betrokken minderjarige. Dit levert minstens een formele belangentegenstelling op tussen de betrokken minderjarige en verzoekers in de zin van artikel 378 BW.

Op 3 juli 2015 werd daarom door deze kamer van de familierechtbank Anja Bueckenhoudt aangesteld als voogd ad hoc. Dit conform artikel 378 §2 BW, gelet op de genoemde belangentegenstelling. De aldus aangestelde voogd ad hoe werd tevens opgeroepen voor de zitting van 5 oktober 2015 in toepassing van artikel 1231.10, 2^e Ger.W.

Bijgevolg zijn alle vereiste personen opgeroepen.

Op de zitting van 5 oktober 2015 werden verzoekers gehoord, evenals de aangestelde voogd ad hoe, vertegenwoordigd door diens advocaat. Er werd een P.V. opgesteld waarin de toestemming werd geacteerd van verzoekers en de voogd ad hoe voor een volle adoptie van het betrokken kind.

Het advies van het openbaar ministerie

11. Het openbaar ministerie heeft op 21 mei 2015 een schriftelijk advies gegeven waarin werd aangehaald dat het verzoek tot adoptie laattijdig leek te zijn ingediend, rekening houdende met artikel 1231-41 Ger.W., en de datum van het verzoekschrift van 27 maart 2014.

Zoals hierboven uiteengezet is de rechtbank van oordeel dat hier rekening moet worden gehouden met de datum van indiening van het eerste verzoekschrift op 25 februari 2014, zodat het verzoek wèl tijdig is conform de Belgische adoptiewetgeving. Bij het mondeling advies op de zitting van 5 oktober 2015 kon het openbaar ministerie zich bij die visie aansluiten, met de opmerking dat de termijnen voorzien in de Filippijnse en Belgische adoptiewetgeving moeilijk tegelijk toepasbaar lijken.

Het openbaar ministerie heeft geen verdere adviezen ingewonnen, in afwijking van artikel 1231.5 Ger.W. Nu de artikelen 361-3, 361-5 of 362-2 van het Burgerlijk Wetboek werden nageleefd is dit in overeenstemming met artikel 1231-43 Ger.W.

Het openbaar ministerie heeft op de zitting van 5 oktober 2015 mondeling een gunstig advies gegeven voor de volle adoptie van het betrokken kind en de gevraagde naamswijziging.

Ten gronde

De toestemmingen

12. Ingevolge de bepalingen van artikel 68 WIPR is in deze zaak het Filippijnse recht van toepassing voor wat betreft de toestemmingsvereisten voor de adoptie. Dit gezien het kind zich onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie bevond op het grondgebied van de Filippijnen.

Wel moet steeds artikel 358 BW in acht worden genomen. Dit houdt ten eerste in dat eenieder die de leeftijd van 12 jaar heeft bereikt, zelf in zijn adoptie moet toestemmen of erin hebben toegestemd. Verder kan een *volle* adoptie in België slechts plaatsvinden indien, ingeval zulks

vereist is, het kind, zijn moeder, zijn vader of zijn wettelijke vertegenwoordiger hebben toegestemd in een adoptie die tot gevolg heeft dat de bestaande band van afstamming tussen het kind en zijn moeder en vader wordt verbroken.

Naar Filippijns recht moet voor een interlandelijke adoptie in het bijzonder de volgende wetgeving worden toegepast: de "Inter-country Adoption Act" van 1995, Republic Act nr. 8043 en de "Implementing Rules and Regulations on Inter-country adoptions", en de Republic Act nr. 9523 en tot slot het Haags Adoptieverdrag van 1993.

13. De Filippijnse wetgeving voorziet in een procedure waarbij een kind adopteerbaar moet worden verklaard door het Departement of Social Welfare and Development (DSWD), het Ministerie van Sociaal Welzijn en Ontwikkeling. In deze zaak blijkt uit de voorgelegde stukken dat de procedure werd gevuld. De vader had mondeling te kennen gegeven dat hij zijn ouderlijke rechten en plichten wilde opgeven. Er werd hem gevraagd om de geboorte-moeder op te sporen, maar er werd niets meer gehoord van de familie. De pogingen om de geboorte-ouders van het kind op te sporen, met inbegrip van huisbezoek op het laatste gekende adres en publicatie in geschreven pers en via radio, zijn zonder resultaat gebleven. Het kind werd adopteerbaar verklaard en nadat de mogelijkheden voor lokale adoptie waren uitgeput werd het kind beschikbaar verklaard voor interlandelijke adoptie.

De Intercountry Adoption Act, Republic Act nr. 8043 en de Implementing Rules and Regulations voorziet, na matching van het kind met kandidaat- adoptanten en uitvaardigen van een "Placement Authority", plaatsings-goedkeuring door de ICAB, de Intercountry Adoption Board, een fysieke overdracht van het kind aan de kandidaat-adoptanten, die het ouderlijk gezag verwerven op proef en onder toezicht van de erkende buitenlandse adoptiedienst (hier FIAC VZW) gedurende een periode van pre-adoptieve plaatsing van minstens zes maand. De adoptiedienst rapporteert over het verloop van die plaatsing. Als na afloop van die pre-adoptieve plaatsing een bevredigende pre-adoptieve band is gevormd tussen de kandidaat- adoptanten en het kind, stemt de ICAB toe in de volle adoptie in de vorm van een "Affidavit". Daarbij wordt het ouderlijk gezag dan overdragen aan de kandidaat-adoptanten. Vervolgens moeten de kandidaat-adoptanten in hun land de nodige procedure volgen voor het tot stand komen van de adoptie volgens hun nationale wet. (Zie o.a. artikel 37, 39, 44, 45, 50 en 51 van de Implementing Rules and Regulations on inter-country Adoption).

Uit de voorgelegde stukken (hierboven nader omschreven), in het bijzonder de stukken getiteld "Placement Authority" en "Affidavit of consent to adoption", blijkt dat deze procedure hier werd nageleefd. De bevoegde Filippijnse overhedsdienst heeft bijgevolg zijn toestemming gegeven met de volle adoptie op geldige wijze, nadat de correcte procedure werd gevuld.

Het Belgisch procesrecht voorziet uitdrukkelijk de oproeping ter zitting om gehoord te worden van alle personen wier toestemming in de adoptie vereist is (artikel 1231-10, 1^e lid Ger.W.). Zoals hierboven uiteengezet, werd hiertoe een voogd ad hoc aangesteld en opgeroepen, evenals de verzoekers. De betrokkenen hebben hun toestemming in de volle adoptie van het betrokken kind bevestigd en hiervan werd P.V. opgesteld.

15. Van het kind zelf is gelet op zijn jonge leeftijd geen toestemming vereist (artikel 358, 1^e lid j^o 348.1 BW).

16. Bijgevolg zijn alle vereiste toestemmingen hier op geldige wijze gegeven met het oog op een volle adoptie, die de band tussen het kind en de oorspronkelijke familie verbreekt.

De overige grondvoorwaarden

17. Voor wat de overige voorwaarden voor de totstandkoming van de adoptie betreft, wordt conform artikel 67 WIPR de totstandkoming van de adoptieve afstamming beheerst door het recht van de Staat waarvan de adoptant of de adoptanten op dat ogenblik de nationaliteit hebben. Hier is dus het Belgische recht toepasselijk gezien de Belgische nationaliteit van verzoekers.

Artikel 357 BW. voorziet dat ongeacht het recht dat van toepassing is op de totstandkoming van de adoptie, de voorwaarden voor adoptie gesteld in artikel 344-1 steeds vervuld moeten zijn. Dit houdt in dat de adoptie steeds gegrond moet zijn op wettige redenen, en slechts kan plaatsvinden in het hoger belang van het kind en met eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen. Ook moeten in elk geval de adoptant of adoptanten bekwaam en geschikt zijn om te adopteren.

Verder worden specifiek voor interlandelijke adoptie de voorwaarden omschreven in de artikelen 360.1 e.v. BW. en in het bijzonder in artikel 361.3 BW en 363 BW. Dit houdt in dat er tussen de bevoegde centrale autoriteiten van de Staat van herkomst en de Staat van ontvangst uitwisseling moet zijn geweest van het ouder-dossier en van het kind-dossier, dat de overige voor de adoptie vereiste stukken of gelijkwaardige stukken door de centrale autoriteit Staat van herkomst moeten zijn overgemaakt (zie de opsomming hierboven gegeven), dat de adoptanten ingestemd hebben om het kind met het oog op zijn adoptie ten laste te nemen, dat de wet het kind toelaat om België binnen te komen en er permanent te verblijven en dat de respectievelijke bevoegde centrale autoriteiten schriftelijk hun goedkeuring hebben gehecht aan de beslissing om het kind aan de adoptanten toe te vertrouwen en tot slot dat er geen overtreding mag zijn van de bepalingen van het Haags adoptieverdrag van 1993.

18. In deze zaak ligt het nog steeds geldige geschiktheidsvonis van verzoekers voor. De rechbank stelt verder vast dat in deze zaak verzoekers voldoen aan alle door de Belgische wet vereiste grondvoorwaarden om het kind ten volle te kunnen adopteren, in het bijzonder wat betreft de leeftijd, het leeftijdsverschil met de geadopteerde en hun relatiestatuut (artikel 345 en 343 BW). Zij zijn dus bekwaam om te adopteren.

19. Uit de voorliggende gegevens (o.a. het ouderdossier) blijkt dat de adoptiewens van betrokkenen voor hen een bewuste en positieve manier is om hun wens voor een gezin met twee kinderen vorm te geven. De adoptie is ingegeven door wettige redenen.

Het blijkt tevens uit de voorliggende gegevens, o.a. het kinddossier en het positieve resultaat van de pré-adoptieve plaatsing, die de ICAB ertoe bracht om toestemming te geven voor de volle adoptie, dat deze interlandelijke adoptie in het belang is van het kind zodat hij kan opgroeien in een gezin waar het kind alle nodige zorg en aandacht krijgt, met respect voor zijn afkomst en de geboorteouders die de zorg voor hem niet zelf konden realiseren. Er was blijkbaar ook geen lokaal alternatief vorhanden in de Filippijnen zelf.

De adoptie neemt dan ook alle wettige belangen in acht, is in het hoger belang van het kind en vindt plaats met de eerbied voor de fundamentele rechten die het kind op grond van het internationaal recht toekomen.

20. Uit hetgeen hierboven al werd uiteengezet over de procedure die hieraan is voorafgegaan in de Filippijnen en uit de inhoud van de hierboven beschreven voorliggende stukken blijkt dat alle vereiste stukken of gelijkwaardige stukken vorhanden zijn en alle procedurestappen, in de juiste chronologie werden gerespecteerd.

21. Bijgevolg staat vast dat de artikelen 344-1 BW en volgende BW en de artikelen 360.1 BW en volgende eveneens werden gerespecteerd. Er zijn geen aanwijzingen dat de bepalingen van het Haags Adoptieverdrag van 1993 hier niet zouden zijn gerespecteerd.

22. Verzoekers opteren hier voor een volle adoptie o.a. omdat dit de enige mogelijkheid is die de Filippijnse wet voorziet. De rechtbank stelt vast dat er door verzoekers met kennis van zaken is gekozen voor een volle adoptie.

Het kind is minderjarig zodat volle adoptie conform artikel 355 BW mogelijk is.

23. Bijgevolg wordt de vordering van verzoekers zoals geformuleerd in hun verzoekschrift van 25 februari 2014 ontvankelijk en gegrond verklaard.

De naam

Verzoekers verklaarden ervoor te opteren dat het kind voortaan als familienaam de naam "P." zal dragen, en als voornaam "J.".

OM DEZE REDENEN,

DE RECHTBANK,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Gehoord het mondeling advies van Mevrouw I. Verbeeren, substituut-procureur des Konings ter zitting van 5 oktober 2015

Rechtsprekend op éénzijdig verzoekschrift;

Verklaart de vordering van verzoekers zoals geformuleerd in hun verzoekschrift neergelegd op 25 februari 2014 ontvankelijk en gegrond als volgt;

Spreekt de volle adoptie uit door:

De heer P.P., Belg, geboren te [...] op [...] en zijn echtgenote, mevrouw I.S., geboren te [...] op [...], wonende te [...],

van het minderjarige kind:

J.M., geboren te Antipolo City (Filippijnen) op [...] 2009, wonende te [...],

Geeft akte aan verzoekers van hun gezamenlijke verklaring dat de familienaam van het kind zal veranderen in "P." en de voornaam in "J."

Zegt dat het kind dus voortaan zal heten: J.P.;

Laat de kosten van de procedure ten laste van verzoekers;

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechting van de 253e kamer van de Nederlandstalige Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel, sectie Familierechtbank, op 26 oktober 2015

waar aanwezig waren en zitting namen:

Mevrouw K. Van Der Borght: alleenrechtsprekend rechter, familierechter,
Mevrouw A. De Cooman: griffier.

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 12 oktober 2015

Betwisting van vaderschap en vaststelling van vaderschap – Internationale bevoegdheid – Artikel 61 WIPR – Belgische rechters – Toepasselijk recht – Artikel 62, § 1 WIPR – Recht van de staat waarvan men de nationaliteit heeft – Betwisting vaderschap – Indonesisch recht – Strijdig met openbare orde – Artikel 21 WIPR – Belgisch recht van toepassing – Artikel 318, § 1 BW – Vaststelling vaderschap – Italiaans recht

Contestation de paternité et établissement de paternité – Compétence internationale – Article 61 CODIP – Compétence des juges belges – Droit applicable – Article 62 § 1 CODIP – Droit de l'Etat dont l'intéressé possède la nationalité – Contestation de paternité – Droit indonésien – Violation de l'ordre public – Article 21 CODIP – Application du droit belge – Article 318, § 1 C. civ. – Contestation de paternité – Droit italien

Inzake

Mevrouw A. F., van Belgische nationaliteit, wonende te [...] Kraainem
Eiseres op hoofdeis en eiseres op tussenvordering

De heer R. P., van Italiaanse nationaliteit, wonende te [...] Kraainem
Eiser op hoofdeis en verweerde op tussenvordering,

Die beiden verschijnen in persoon en bijgestaan worden door Mr. Pottelsberghe loco de Ville,
advocaat te 1040 Brussel,

tegen

De heer P. Y., van Indonesische nationaliteit, wonende te [...] St. Lambrechts Woluwe
Verwerende partij, die niet verschijnt en niet wordt vertegenwoordigd

Mede inzake

Mevrouw **Nadine Duerinck**, advocaat met kantoor te 1040 Brussel, Pater de Dekenstraat 9,
in hoedanigheid van **voogd ad hoc** over het kind **G.**, geboren te St. Lambrechts Woluwe op
[...]

Na in beraad name op 18 mei 2015, spreekt de rechtkant volgend vonnis uit:

Gelet op

- het inleidend geregistreerd exploit van dagvaarding, betekend op 29 januari 2015 door gerechtsdeurwaarder Barbara Meirsschaut in vervanging van Emmanuel Debray met standplaats te Sint-Pieters-Woluwe;
- het verzoekschrift in vrijwillige tussenkomst voor de voogd ad hoc neergelegd op 15 april 2015;

- de besluiten voor eisers neergelegd op 8 april 2015;
- de gerechtsbrief verstuurd op 7 mei 2015 voor de zitting van 18 mei 2015 in toepassing van art 735 .5 Ger.Wb.

Hoewel behoorlijk opgeroepen verschijnt verwerende partij niet en wordt hij niet vertegenwoordigd. De procedure verloopt tegenover hem op tegenspraak (art.735.5 Ger.Wb.)

Op de zitting van 18 mei 2015 werden in raadkamer gehoord, de eisende partijen in persoon, de advocaat van eisende partijen en de advocaat voor de voogd ad hoc, en de heer J. Vanaudenhoven, substituut van de procureur des Konings in zijn advies, met mogelijkheid tot repliek door partijen. De stavingsstukken werden neergelegd, de debatten werden gesloten en de zaak werd in beraad genomen.

I. Feiten en voorwerp van de vordering

1. Het geschil betreft een betwisting van vaderschap en vaststelling van het vaderschap betreffende het kind G., geboren te St. Lambrechts Woluwe op [...].

De procedure wordt ingesteld door de moeder, mevrouw A. F. (van Belgische nationaliteit) en de bewerde biologische vader, de heer R. (van Italiaanse nationaliteit) bij exploit van dagvaarding van 29 januari 2015 lastens de ex- echtgenoot van de moeder, de heer P.Y.(van Indonesische nationaliteit).

Het kind is vertegenwoordigd in de procedure door de aangestelde voogd ad hoc, welke vrijwillig is tussengekomen.

2. Mevrouw A. F. en de heer P.Y. zijn gehuwd te St. Pieters Woluwe op [...]. Op verzoek van mevrouw A. F. werden dringende en voorlopige maatregelen uitgesproken tussen de echtgenoten, met toelating om afzonderlijk te verblijven, bij beschikking van 21 augustus 2013 en 7 oktober 2013. Volgens eiseres leefden zij sinds de maand augustus 2013 niet meer samen. De heer P.Y. heeft een inschrijving op een ander adres sinds 24 december 2013. Ze zijn uit de echt gescheiden bij vonnis van 1 oktober 2014, betekend op 30 december 2014 en overgeschreven op 5 januari 2015.

Sinds 29 april 2014 woont mevrouw A. F. samen met de heer R. Eén en ander blijkt uit de voorgelegde administratieve stukken en kopies van de rechterlijke beslissingen.

Het kind G. is geboren op [...], hetzij gedurende het huwelijk van partijen en toen zij nog geen 300 dagen ingeschreven waren op verschillende adressen. Volgens een voorgelegd medisch attest betrof het een premature geboorte, daar de geboorte voorzien was op [...] (dus ongeveer één maand te vroeg geboren). (stuk 8 eisers).

Eisers hebben door Drs. Schmit en Adamis, verbonden aan de UCL, een DNA- onderzoek laten uitvoeren. Volgens het voorgelegde verslag van 24 november 2014, wijst het resultaat van dit onderzoek aan dat de waarschijnlijkheid dat de heer R. P. de biologische vader is van het kind G. hoger is dan 99,99%, zodat zijn vaderschap volgens de experten vaststaat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid (stuk 12 eisers).

3. Eisers vorderen om in toepassing van artikel 21 WIPR het Indonesische recht buiten toepassing te laten waar dit enkel een vorderingsrecht voorziet voor de echtgenoot, en dus niet voor de moeder, noch de biologische vader, en bovendien binnen zeer korte termijnen. Zij vorderen om Belgische recht toe te passen voor de ontvankelijkheid van de vordering van betwisting vaderschap en zodoende de vordering ontvankelijk te verklaren. Zij vorderen om deze, in toepassing van het Indonesische recht, gegrond te verklaren.

Vervolgens vorderen eisers om in toepassing van artikel 21 WIPR het Italiaanse recht buiten toepassing te laten waar dit geen mogelijkheid voorziet voor de biologische vader om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten en zijn eigen vaderschap te laten vaststellen en vervolgens de vordering tot vaststelling vaderschap van de heer R. P. gegrond te verklaren. In ondergeschikte orde stelt mevrouw A. F. een tussenvordering in tegen de heer R. P. om in toepassing van Italiaans recht zijn vaderschap te laten vaststellen en vraagt zij om deze ontvankelijk en gegrond te verklaren.

De voogd ad hoc vraagt haar akte verlenen dat de vordering als gegrond voorkomt, rekening houdende met de gegeven uitleg omtrent de data van afzonderlijke woonst, van geboorte van het kind, van de echtscheidingsprocedure en rekening houdende met het voorgebrachte DNA-onderzoek.

Het openbaar ministerie adviseert mondeling gunstig voor de ontvankelijkheid en gegrondheid van de vordering en haalt aan dat hier met het op verzoek van eisers uitgevoerde DNA-onderzoek rekening kan worden gehouden.

II. Rechtsmacht en bevoegdheid

4. In deze zaak heeft het kind over wiens afstamming het gaat het Belgische nationaliteit en heeft zij haar gewone verblijfplaats in België, zodat de Belgische rechters bevoegd zijn om kennis te nemen van de vordering (artikel 61 WIPR). Verweerde heeft zijn woonplaats in het gerechtelijk arrondissement Brussel, zodat de Nederlandstalige rechtkant van eerste aanleg te Brussel, afdeling familierechtkant, bevoegd is om kennis te nemen van de vordering.

III. Het toepasselijk recht

5. Conform artikel 62 §1 WIPR wordt de vaststelling en de betwisting van het vaderschap of moederschap van een persoon beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind of, indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling, bij het verrichten van die handeling.

Artikel 63 WIPR bepaalt dat het recht dat krachtens artikel 62 WIPR van toepassing is, met name bepaalt:

- 1° aan wie het toegelaten is een afstammingsband te doen vaststellen of te betwisten;
- 2° de bewijslast en de te bewijzen elementen inzake de afstammingsband, alsook de vaststelling van de bewijsmiddelen;
- 3° de voorwaarden voor en de gevolgen van het bezit van staat;
- 4° de termijnen voor het instellen van de vordering.

De heer P. Y., wiens vaderschap hier wordt betwist, heeft de Indonesische nationaliteit. Bijgevolg moet in deze zaak in principe het Indonesische recht worden toegepast, onder voorbehoud van toepassing van artikel 19 of 21 WIPR voor wat betreft de betwisting van het vaderschap.

De heer R. P., die het vaderschap opeist, heeft de Italiaanse nationaliteit. Bijgevolg moet in deze zaak in principe voor wat betreft de vaststelling van het vaderschap het Italiaanse recht worden toegepast, onder voorbehoud van toepassing van artikel 19 en 21 WIPR.

6. Eisende partijen beroepen zich op de toepassing van de exceptie van internationale openbare orde, zoals vervat in artikel 21 WIPR.

Artikel 21 WIPR bepaalt dat de toepassing van een bepaling uit het door het WIPR aangewezen buitenlands recht geweigerd wordt voor zover zij tot een resultaat zou leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Bij de beoordeling hiervan wordt inzonderheid rekening gehouden met de mate waarin het geval met de Belgische rechtsorde is verbonden en met de ernst van de gevolgen die de toepassing van dat buitenlands recht zou meebrengen. Wanneer een bepaling van buitenlands recht niet wordt toegepast wegens deze onverenigbaarheid, wordt een andere relevante bepaling van dat recht, of indien nodig, van het Belgisch recht toegepast.

Het Hof van Cassatie heeft verduidelijkt wat er wordt verstaan onder een wet die van internationale openbare orde is, namelijk: "Een wet van innerlijke openbare orde is slechts van privaat internationale openbare orde voor zover de wetgever door de bepalingen van die wet een principe heeft willen huldigen dat hij als hoofdzakelijk voor de gevestigde zedelijke, politieke of economische orde beschouwt en om deze reden, naar zijn mening, noodzakelijk in België, de toepassing van elke regel moet uitsluiten die er mee in strijd is of ervan verschilt." (Zie Cass. 4 mei 1950, A.C. 1950, 557; Cass. 29 april 2002, TIPR 2002, nr. 3, 31).

Gezien de door de wetgever gebruikte bewoordingen in het artikel 21 WIPR, namelijk dat de bepalingen van het vreemde recht "kennelijk onverenigbaar" moeten zijn met de Belgische openbare orde, moet de exceptie restrictief worden toegepast.

7. In deze zaak verbinden meerdere belangrijke elementen de situatie met de Belgische rechtsorde:
- De moeder heeft de Belgische nationaliteit en heeft al meerdere jaren haar gewone verblijfplaats in België.
 - Het betrokken kind is geboren in België, heeft de Belgische nationaliteit en heeft haar verblijfplaats in België.
 - De verweerde heeft weliswaar de Indonesische nationaliteit, maar verblijft reeds meerdere jaren in België.
 - De moeder en de verweerde zijn in 2003 gehuwd in België.
 - De moeder en de verweerde zijn uit de echt gescheiden in België.
 - De persoon die, voorgaande op het voorgelegde deskundig verslag, de biologische vader is van het kind heeft weliswaar de Italiaanse nationaliteit, maar hij is geboren in België en heeft steeds zijn woonplaats gehad in België, nooit in Italië.
 - De biologische vader vormt een gezin met de moeder en het kind in België en hij heeft nog een andere dochter welke de Belgische nationaliteit heeft.
 - Er zijn geen indicaties dat de moeder de intentie zou hebben om België te verlaten met het kind of zich met het kind in Indonesië of Italië zou willen vestigen.

De situatie is dan ook intensief verbonden met de Belgische rechtsorde, ondanks de Indonesische nationaliteit van de ex-echtgenoot van de moeder en ondanks de Italiaanse nationaliteit van de beweerde biologische vader.

Wat dat betreft is er dus voldaan aan de voorwaarde om de exceptie van internationale openbare orde toe te passen.

Of er ook aan de andere voorwaarden voldaan is, wordt hierna onderzocht, per onderdeel van de vorderingen.

IV. De ontvankelijkheid van de vordering in betwisting van vaderschap

8. Eisende partijen brengen het Indonesische recht bij.

Uit de voorgelegde gegevens blijkt dat naar Indonesisch recht (Art. 250 Indonesisch Burgerlijk Wetboek), het kind dat staande het huwelijk is geboren of verwekt, de echtgenoot als vader heeft, en dat de wettigheid van het kind kan worden ontkend door de echtgenoot (art. 251 Indonesisch BW), binnen 1 maand als hij zich bevindt op de geboorteplaats van het kind en binnen 2 maand na zijn terugkomst als hij afwezig is (art. 256 Indonesisch BW). De vordering van de echtgenoot is gegrond als hij bewijst dat hij in de natuurlijke onmogelijkheid is geweest, ofwel door feitelijke scheiding of door toevallige omstandigheden, om gemeenschap te hebben met zijn echtgenote sedert de 300ste tot 180 dag voor de geboorte van het kind (art. 253 Indonesisch BW). De vordering van de vader in ontkenning van de wettigheid van het kind is ook gegrond als het kind geboren is meer dan 300 dagen nadat het vonnis van scheiding van tafel en bed kracht van gewijsde heeft verkregen, behoudens tegenbewijs door de echtgenote (art. 255 Indonesisch BW).

De rechtsbank concludeert dat het Indonesische recht geen mogelijkheid voorziet voor de moeder, noch voor de beweerde biologische vader om in rechte het vaderschap van de (ex)-echtgenoot van de moeder te betwisten.

9. Indien het Indonesische recht hier onverkort zou worden toegepast, zou dit hier voor gevolg hebben dat de vordering in betwisting van vaderschap onontvankelijk moet worden verklaard. Het kind G. zou dan een wettelijke vader blijven hebben ten aanzien van wie er geen bezit van staat is, terwijl het biologische vaderschap van een derde afdoende bewezen voorkomt op grond van een deskundig onderzoek èn bovendien de moeder samenwoont met die biologische vader, welke effectief het vaderschap wenst op te nemen. De ex-echtgenoot, wettelijk vader, toont duidelijk geen enkele interesse om zijn wettelijk vaderschap te betwisten en bovendien is de termijn waarbinnen deze het zou kunnen doen al verstreken.

Rekening houdende met de principes die het Belgische afstammingsrecht beheersen, komen de bepalingen van het Indonesische recht in verband met de titularis van de vordering tot betwisting van vaderschap en de termijn daarvoor, in het bijzonder waar zij de moeder elk vorderingsrecht ontkennen, over als discriminerend en strijdig met het belang van het kind. Gezien de hierboven omschreven zwaarwichtige gevolgen van de toepassing van het Indonesisch recht, besluit de rechtsbank dat dit strijdig is met het Belgische internationale openbare orde.

In die omstandigheden moet krachtens de exceptie van openbare orde (artikel 21 WIPR), de toepassing, van het Indonesisch recht worden geweerd ten gunste van het Belgische recht, voor wat betreft de beoordeling van de ontvankelijkheid van de vordering in betwisting van vaderschap, ingesteld door de moeder.

10. Conform artikel 318§1 BW kan, tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot, het vermoeden van vaderschap worden betwist voor de familierechtbank door de moeder. De vordering van de moeder moet worden ingesteld binnen het jaar na de geboorte.

In deze zaak blijkt het kind geen bezit van staat te hebben ten aanzien van de ex-echtgenoot van de moeder. De vordering, ingesteld bij dagvaarding van 29 januari 2015 werd tijdig ingesteld binnen het jaar na de geboorte van het kind G. op [...].

De vordering in betwisting van het vaderschap is ontvankelijk voor zover ingesteld door mevrouw A. F.

V. De gegrondheid van de vordering in betwisting van het vaderschap.

11. Naar Indonesisch recht kan de vordering gegrond worden verklaard, o.a. als het bewijs wordt geleverd dat de echtgenoot in de natuurlijke onmogelijkheid was om gemeenschap te hebben met zijn echtgenote door feitelijke scheiding sedert de 300ste tot 180e dag voor de geboorte van het kind (art. 253 Indonesisch BW).

De rechtbank acht het hier bewezen, rekening houdende met de beslissing van 21 augustus 2013 (na verzoekschrift van 22 juli 2013) van de vrederechter in dringende en voorlopige maatregelen, welke de echtgenoten machtigde om afzonderlijk te verblijven, dat zij sinds eind augustus 2013 onafgebroken feitelijk gescheiden leefden en de heer P. dus in de natuurlijke onmogelijkheid was om gemeenschap te hebben met zijn echtgenote gedurende de wettelijk vermoede periode van verwekking van het kind.

Ten overvloede staat het aan de hand van het voorgelegde deskundig verslag vast dat de ex-echtgenoot niet de biologische vader kan zijn van het kind G.

De vordering in betwisting van vaderschap, ingesteld door de moeder, is dan ook gegrond.

De vordering in betwisting van vaderschap is hier dan ook gegrond.

VI. De ontvankelijkheid van de vordering in vaststelling van het vaderschap

12. Eisende partijen brengen het Italiaanse recht bij.

Uit de voorgelegde gegevens blijkt dat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap mag worden ingesteld in het belang van het kind door de ouder die de ouderlijke verantwoordelijkheid heeft of een voogd en da het kind dat 14 jaar heeft bereikt moet toestemmen. (Art. 273 Italiaans Burgerlijk Wetboek). De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan in de gevallen waarin erkenning is toegestaan en het vaderschap kan met alle middelen worden bewezen. De enkele verklaring van de moeder en het enkele bestaan van gemeenschap tussen de moeder en beweerde vader in de periode van verwekking, volstaan niet als bewijs van het vaderschap (art. 269 Italiaans BW). Een kind geboren buiten het huwelijk kan worden erkend door de moeder en de vader, ook als zij in de periode van verwekking al gehuwd worden met een andere persoon. Het kind van 14 jaar moet toestemmen en de andere ouder moet eveneens toestemmen. De persoon die wenst te erkennen moet in principe 16 jaar oud zijn (art. 250 Italiaans BW). Een kind waarvan de afstamming is vastgesteld kan niet het voorwerp zijn van een tegenstrijdige vrijwillige erkenning (art. 253 Italiaans BW). De vordering tot vaststelling van het vaderschap buiten

huwelijk is slecht toegelaten wanneer specifieke omstandigheden het rechtvaardigen (art. 274 Italiaans BW).

De rechtsbank concludeert dat het Italiaanse recht geen mogelijkheid voorziet voor de beweerde biologische vader om zijn vaderschap in rechte te laten vaststellen.

13. In toepassing van het Italiaanse recht zou de heer R., van wie het op basis van het voorgelegde deskundig verslag afdoende vaststaat dat hij de biologische vader is, geen vordering kunnen instellen om zijn vaderschap te laten vaststellen. Aangezien de moeder wèl die mogelijkheid heeft en zij van die mogelijkheid hier ook effectief gebruik maakt, is de rechtsbank van oordeel dat er hier geen reden is om het Italiaanse recht in dat verband buiten toepassing te laten. Aan de voorwaarden van artikel 21 WIPR is hier niet voldaan.

14. De moeder stelt in deze zaak een tussenvordering in tegen de heer R. om diens vaderschap te laten vaststellen. Gezien de betwisting van het vaderschap van de ex-echtgenoot bij huidig vonnis gegrond wordt verklaard en nu de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap hier de enige mogelijkheid is om de vaderlijke afstamming, in overeenstemming met de biologische èn de socio-affectieve werkelijkheid te laten totstandkomen, is de tussenvordering ingesteld door de moeder conform het Italiaanse recht ontvankelijk.

VII. De gegrondheid van de vordering in vaststelling van vaderschap

15. Gelet op het voorgelegde deskundig verslag, is het conform het Italiaanse recht afdoende bewezen dat de heer R. de vader is van het kind.

De tussenvordering tot vaststelling van het vaderschap van de heer R. kan gegrond worden verklaard.

16. Voor de bekendmaking van huidige beslissing zal moeten gehandeld worden conform artikel 333 BW.

Wat de naam van het kind betreft, worden partijen uitgenodigd om te handelen conform artikel 335 §3 BW.

Wat de kosten betreft behoort het, gelet op de aard van de vordering, om de kosten om te slaan in die zin dat de kosten van de procedure, begroot op 279,05€ dagvaarding en rolrecht te verdelen zijn bij helften tussen eisers enerzijds en de heer P. anderzijds en er aan eisers geen RPV toekomt.

Aan de voogd ad hoc komt gelet op het gerechtelijk mandaat geen RPV toe.

OM DEZE REDENEN,

DE RECHTBANK,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Gehoord het mondeling advies van de heer J. Vanaudenhoven, substituut-procureur des Konings ter zitting van 18 mei 2015, met mogelijkheid van repliek door partijen.

Rechtsprekend op tegenspraak ten aanzien van de heer P. en de overige partijen,

Verklaart de vordering tot betwisting van vaderschap voor zover ingesteld door mevrouw A. F. ontvankelijk en gegrond wat betreft het kind G., geboren te St. Lambrechts Woluwe op [...], ingeschreven in de registers van de geboorteakte van de gemeente St. Lambrechts Woluwe, als dochter van P. Y. en mevrouw A. F.,

Dienvolgens zegt dat voormeld kind de naam niet zal mogen dragen van de heer P. Y., die haar vader niet en tot wiens familie zij niet zal behoren;

Verklaart de tussenvordering van mevrouw A. F. tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de heer R. ontvankelijk en gegrond;

Zegt voor recht dat de heer R. P., geboren te Baudour op [...], de vader is van voormeld kind G., geboren te St. Lambrechts Woluwe op [...];

Zegt voor recht dat voor de overschrijving van het vonnis in de registers van de burgerlijke stand, zal worden gehandeld overeenkomstig artikel 333 Burgerlijk Wetboek;

Slaat de kosten om in die zin dat de kosten van de procedure begroot op 279,05 euro dagvaarding en rolrecht worden verdeeld bij helften tussen eisers en verweerde en dat er aan eisers geen RPV toekomt; Zegt dat er aan de voogd ad hoc geen RPV toekomt;

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechting van de 253e kamer van de Nederlandstalige Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel, sectie Familierechtbank, op 12 oktober 2015

waar aanwezig waren en zitting namen:

Mevrouw K. Van Der Borght: alleenrechtsprekend rechter, familierechter,
Mevrouw A. De Cooman: griffier.

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 29 juni 2015

Adoptie – Na draagmoederschap – Bevoegdheid – Artikel 66 WIPR – Toepasselijk recht – Artikelen 67-70 WIPR – Binnenlandse of interlandelijke adoptie – Volle adoptie – Belang van het kind

Adoption – Gestation pour autrui – Compétence – Article 66 CODIP – Droit applicable – Article 67-70 CODIP – Adoption interne et internationale – Adoption plénière – Intérêt de l'enfant

Inzake de volle adoptie van:

V., van Belgische nationaliteit, geboren te [...] (Oekraïne) op [...], wonende te [...] Grimbergen, [...]

en

S., van Belgische nationaliteit, geboren te [...] (Oekraïne) op [...], wonende te [...] Grimbergen, [...]

Kandidaat-geadopteerden

door:

De heer I., van Belgische nationaliteit, geboren te [...] op [...], wonende te [...] Grimbergen, [...],

Verzoeker, kandidaat-adoptant,
Bijgestaan door Mr. Aps, advocaat te 3001 Leuven, Ambachtenlaan 6

en waarvan de ouders zijn:

De heer S., van Belgische nationaliteit, wonende te [...] Grimbergen, [...]

Vader van de kandidaat-geadopteerde en echtgenoot van de kandidaat-adoptant
Die verschijnt in persoon

En

Mevrouw M., van Oekraïense nationaliteit, wonende te [...] (Oekraïne), wonende te [...]

Draagmoeder van de kandidaat-geadopteerden
Die niet verschijnt

Gelet op de volgende procedurestukken:

- het verzoekschrift tot volle adoptie, regelmatig naar vorm, neergelegd ter griffie van de jeugdrechtbank op 6 maart 2013,

- het attest van Kind en Gezin van 26 november 2012 waaruit blijkt dat verzoeker de voorbereiding heeft gevuld zoals voorgeschreven in artikel 346-2 en 346-1, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek;
- de in artikel 1231-4 Gerechtelijk Wetboek vereiste administratieve stukken, neergelegd samen met het verzoekschrift of in de loop van de procedure;
- het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie van 26 juli 2013, met het bijgevoegde politieke onderzoek om inlichtingen in te winnen omtrent de voorgenomen adoptie, conform artikel 1231.5 en 1231.7 Gerechtelijk Wetboek;
- de conclusies voor verzoeker neergelegd op de zitting van 18 oktober 2013;
- het tussenvennis van deze jeugdrechtbank Brussel van 21 maart 2014 waarbij een maatschappelijk onderzoek werd bevolen;
- de aanvraag tot verlenging van de termijn voor het maatschappelijk onderzoek, neergelegd op 5 mei 2014;
- het verslag van maatschappelijk onderzoek neergelegd ter griffie op 30 juni 2014;
- het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie van 29 oktober 2014;
- het P.V. van verhoor inzake adoptie dd 10 november 2014;

Op de zitting van 10 november 2014 werden in raadkamer gehoord,

- verzoeker, kandidaat-adoptant in persoon en zijn advocaat;
 - de vader van de kandidaat-geadopteerden in persoon,
- Van hun verklaringen werd proces-verbaal opgesteld;

Tevens werd gehoord, mevrouw I. Verbeeren substituut-procureur des Konings in haar mondeling advies, met mogelijkheid tot repliek door partijen;

De debatten werden gesloten en de zaak werd vervolgens in beraad genomen.

I. Feiten - Voorwerp van de vordering

1. De heer I. vordert in zijn verzoekschrift van 6 maart 2013 de volle adoptie uit te spreken door hem van V. en K., beiden van Belgische nationaliteit en geboren te [...] (Oekraïne) op [...].
2. De rechtbank herneemt hieronder de uiteenzetting van de feiten opgenomen in het tussenvennis van de jeugdrechtbank Brussel van 21 maart 2014.

"De heer I. is op [...] in het huwelijk getreden met de heer S.

Uit de debatten ter zitting is gebleken dat het koppel aanvankelijk via een interlandelijke adoptie hun kinderwens in vervulling wilde laten gaan.

Gezien dit in de praktijk zo goed als onmogelijk bleek, hebben zij uiteindelijk beslist om beroep te doen op een draagmoeder in Oekraïne, waar het draagmoederschap wettelijk geregeld is.

Op een niet nader bepaalde datum werd een draagmoederschapsovereenkomst afgesloten tussen de heer S. en mevrouw M.

Ingevolge deze overeenkomst werden op [...] te [...] (Oekraïne) de kinderen V. en K. geboren, op wiens geboorteakte zowel mevrouw M. als moeder, als de heer S. als vader worden vermeld.

Na de geboorte diende de heer S. bij de Belgische ambassade een visumaanvraag voor beide kinderen in, doch deze werd geweigerd omdat de geboorteakte naar Belgisch recht niet konden worden erkend aangezien het draagmoederschap in België niet wettelijk geregeld is.

Hierop leidde de heer S. op 26 oktober 2010 een procedure in voor de rechtkamer van eerste aanleg te Brussel, waarin hij vroeg:

- In hoofdorde te horen zeggen voor recht dat de geboorteakte van de kinderen erkenning genieten in België als geboorteakte,
- In ondergeschikte orde te horen zeggen voor recht dat de betreffende geboorteakte minstens als authentieke akten gelden waaruit de vaderlijke erkenning van beide kinderen blijkt,
- Tevens te horen zeggen voor recht dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de voormelde akten dient over te schrijven in de registers van de burgerlijke stand.

Bij vonnis van de 7^e kamer van de rechtkamer van eerste aanleg te Brussel van 6 februari 2012 werd in het kader van deze procedure het volgende beslist:

“Zegt voor recht dat de geboorteakte dd 11 juni 2010 als rechtsgeldige authentieke akten gelden, waaruit de vaderlijke erkenning door verzoeker S. blijkt;

Zegt bijgevolg voor recht dat de ambtenaar van de burgerlijke stand van Grimbergen voormelde akten als dusdanig dient over te schrijven in de Registers van de Burgerlijke Stand.”

Het openbaar ministerie berustte in dit vonnis.

Sinds 10 mei 2012 zijn beide kinderen ingeschreven op het adres van de heer I. en de heer S.

Op 6 maart 2013 leidde de heer I. onderhavige procedure in.

3. Het openbaar ministerie formuleerde op 26 juli 2013 een ongunstig schriftelijk advies met betrekking tot de binnenlandse adoptie van minderjarige. De rechtkamer haalt hieronder enkele uittreksels aan uit dit advies:

“(...) Uit de omstandigheden blijkt dat verzoeker en zijn man in het buitenland op zoek gingen naar iemand die hun kinderwens in vervulling kon laten gaan. Betrokkenen hebben blijkbaar 15.000 euro betaald voor het draagmoederschap.

Mijn ambt verwerpt deze praktijk van commercieel draagmoederschap ten zeerste en acht deze niet verzoenbaar met de Belgische openbare orde.

(...)

De omstandigheid echter dat het Openbaar Ministerie geen hoger beroep aantekende tegen de beslissing die de afstammingsband tussen de kinderen en S. erkent, belet geenszins dat mijn ambt thans nog steeds de toegepaste praktijk van commercieel draagmoederschap verwerpt, als zijnde in strijd met de openbare orde.

(...)

De toestemming van de wettelijke moeder ontbreekt. Overeenkomstig artikel 348.3 BW moet zij in beginsel haar toestemming geven. De moederlijke afstamming staat immers onbetwistbaar vast.

(...)

Mijn ambt betwijfelt bovendien ten stelligste of de voorgenomen adoptie kan worden geacht gegrond te zijn op wettige redenen. Zij is immers gestoeld op een praktijk van commercieel draagmoederschap, teneinde aan de kinderwens van een koppel tegemoet te komen.

Het blijkt anderzijds evenwel vast te staan dat zowel S. als de kandidaat adoptant het beste voorhebben met de kinderen en dat de kinderen een goede opvoeding genieten. De omstandigheid dat de rechtbank niet zou ingaan op het verzoek om de volle adoptie uit te spreken in hoofde van I., impliceert niet dat de goede band die er blijkbaar bestaat tussen de kinderen en I., aangetast wordt. Het zal enkel voor gevolg hebben dat de afstammingsband tussen de kinderen en I. niet officieel wordt vastgesteld, omdat I. en S. meenden gebruik te kunnen maken van commercieel draagmoederschap teneinde hun beider kinderwens te vervullen.

Besluit: in voornoemde omstandigheden lijkt de vordering niet gegrond."

4. In het tussenvennis van 21 maart 2014 heeft de jeugdrechtbank een maatschappelijk onderzoek bevolen met het oog op de beoordeling van de geschiktheid van de verzoeker om te adopteren.

Het verslag van maatschappelijk onderzoek werd neergelegd op 30 juni 2014. De dienst voor maatschappelijk onderzoek besloot als volgt:

"Ondanks de complexe en langdurige zoektocht om als homokoppel een gezin te mogen vormen hebben zij er alles aan gedaan om hun kinderwens in vervulling te zien gaan. Zij vormen een hecht en stabiel gezin. De kinderen zijn biologisch verwant met de ene en het zou voor hen een meerwaarde zijn ook juridisch verwant te zijn met de partner. Voor het team wegen de protectieve factoren op ten opzichte van de risicofactoren. De kinderen zijn reeds vier jaar in het gezin en er is een grote openheid naar de afkomst van de kinderen.

Het team heeft wel bedenkingen bij het invullen van een kinderwens via draagmoederschap. Zo lang er in België juridisch niets geregeld is blijkt het toch een groot risico om via deze weg een kinderwens te vervullen. Men staat vaak niet ofte weinig stil bij de mogelijke gevolgen."

5. Op 29 oktober 2014 formuleerde het openbaar ministerie een tweede ongunstig schriftelijk advies na neerlegging van het verslag van het bevolen maatschappelijk onderzoek met betrekking tot de binnenlandse adoptie van minderjarige.

De rechtbank citeert dit advies hieronder:

"Mijn ambt handhaaft zijn advies dd 26.7.2013 behalve voor wat betreft de toestemming van de wettelijke moeder die thans op basis van de stukken in het dossier aanwezig schijnt te zijn. Het maatschappelijk onderzoek toont aan dat de feitelijke toestand bijzonder bevredigend kan worden genoemd doch de wijze waarop de verzoeker en zijn partner flagrant de wet hebben trachten te omzeilen; met name door beroep te doen op commercieel draagmoederschap wat strijdig is met de openbare orde, verhindert dat mijn ambt gunstig zou kunnen adviseren voor de gevraagde adoptie.

Besluit: ongunstig advies."

6. Verzoeker verwijst bij de behandeling van de zaak naar zijn eerder genomen conclusies en de toestemming van de draagmoeder tot adoptie, die nu, voor zoveel als nodig, voorligt. Het verzoek wordt gehandhaafd, met die wijziging dat nu gevraagd wordt te zeggen voor recht dat de kinderen voortaan de dubbele naam S.- I. zullen dragen.

II. De bevoegdheid - toepasselijk recht

7. Betrokkenen hebben de Belgische nationaliteit, de kandidaat-adoptant heeft zijn gewone verblijfplaats te België, in het arrondissement Brussel, te Grimbergen en de adoptie vindt plaats in België.

Rekening houdende daarmee:

- zijn de Belgische rechters bevoegd om de adoptie uit te spreken (artikel 66 Wetboek Internationaal Privaatrecht);
- is de rechtsbank van Brussel territoriaal bevoegd (artikel 628,21° Gerechtelijk Wetboek);
- wordt de totstandkoming van de adoptie beheerst door het Belgisch recht (artikel 67 WIPR) en bepaalt dit recht ook de aard van de door de adoptie geschapen band en of de geadopteerd ophoudt lid te zijn van zijn oorspronkelijke familie (artikel 70 WIPR);
- is het Belgisch recht van toepassing op de vereiste toestemmingen (artikel 68 WIPR);
- en wordt de wijze van totstandkoming van de adoptie in België beheerst door het Belgische recht (artikel 69 WIPR).

III. Ten gronde

8. Draagmoederschap is in de huidige stand niet wettelijk geregeld in België.

(Zie in verband daarmee o.a. G. Verschelden, "De (on)mogelijkheid tot volle stiefouderadoptie na laagtechnologisch commercieel draagmoederschap" (noot bij Gent, 30 april 2012), TBBR, 2012/8, p. 374 e.v.; L. Pluym, "Adoptie na internationaal draagmoederschap" (noot onder Jrb. Antwerpen 22 april 2010), T.Fam, 2012/2, p. 45 e.v.; L. Pluym, "De invloed van draagmoederschap op adoptie" (noot onder Gent, 30 april 2012, T. Fam., 2013/6, p. 142 e.v.; L. Pluym, "Sociale werkelijkheid en belang van het kind primeren op internationaalprivaatrechtelijke bescherming van intern verbod op draagmoederschap" (noot bij EHRM, Labassee/ Frankrijk, arrest van 26 juni 2014 en noot bij EHRM, Mennesson/ Frankrijk, arrest van 26 juni 2014), T. IPR 2014/3, p. 183 e.v.).

Zoals al geopperd in voorgaande uitspraken in verband met adoptie na draagmoederschap (zie Jrb. Antwerpen 22 april 2010), merkt de rechtsbank op dat het niet aan haar toekomt om de fundamentele beleidskeuzes te maken in de plaats van de wetgever. De rechtsbank kan louter oordelen over de specifieke feitelijke omstandigheden in deze zaak, op grond van de bestaande interne wetgeving en relevante internationale regelgeving.

Interlandelijke of binnenlandse adoptie?

9. In se zijn noch de regels van binnenlandse adoptie, noch die in verband met interlandelijke adoptie afgestemd op een situatie zoals die zich hier voordoet, namelijk dat men na draagmoederschap in het buitenland, in België door middel van volle adoptie een afstammingsband wil creëren tussen de aldus geboren kinderen en de partner van de genetische/juridische vader van het kind.

Artikel 360-2, 1° BW voorziet dat de bepalingen betreffende de interlandelijke adoptie van toepassing zijn wanneer het kind vanuit de Staat van herkomst naar België werd overgebracht, hetzij na 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.

Artikel 360-1, 5° BW definiert de Staat van herkomst als de Staat waar het kind op het tijdstip van zijn adopteerbaarheid zijn gewone verblijfsplaats heeft.

Verzoeker stelt dat er in deze zaak geen sprake is van overbrenging van de kinderen uit een ander land, vermits de kinderen reeds drie jaar in België verblijven en het dus zonder twijfel gaat over een interne stiefouderadoptie.

10. De rechtbank kan er moeilijk aan voorbijgaan dat deze zaak toch wel internationale aspecten kent. Het gaat hier met andere woorden niet over een "klassieke" binnenlandse (stiefouder)adoptie. Die internationale aspecten brengen evenwel niet automatisch met zich mee dat het hier om een interlandelijke adoptie zou gaan in de zin van de artikelen 360.2 e.v. BW.

De echtgenoten S.-I. hebben bewust gekozen om kinderen geboren te laten worden in het buitenland, Oekraïne, die met één van hen genetisch verwant zijn, en met de bedoeling dat ze dan nadien door de andere in België zouden geadopteerd worden. Hun komst naar België kan echter bezwaarlijk beschouwd worden als (louter) ingegeven door de adoptieplannen. Immers, de kinderen hebben de Belgische nationaliteit en zijn hun biologische en wettelijke vader, de heer S., die de Belgische nationaliteit heeft en zijn woonplaats en gewone verblijfsplaats in België heeft, gevuld naar België en ze verblijven nu ook wettelijk in België. De kinderen zouden door hem hoe dan ook naar België zijn gebracht, ongeacht de adoptieplannen, alleen al omwille van de biologische en juridische verwantschap met de heer S.

De internationale aspecten staan er daarom naar het oordeel van de rechtbank niet aan in de weg dat in deze zaak de bepalingen met betrekking tot een interne (stiefouder)adoptie worden toegepast. Deze bepalingen sluiten inderdaad het beste aan bij de feitelijke gegevens van de zaak.

De rechtbank merkt nog op dat ook het openbaar ministerie de adoptie hier als een binnenlandse adoptie beschouwt, zoals blijkt uit de aanhef van het gegeven schriftelijk advies.

Bijgevolg past de rechtbank hier verder de artikelen 343 - 356.4 BW toe.

De bekwaamheid en geschiktheid van verzoeker

11. Artikel 346-1 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de adoptant of de adoptanten die een kind wensen te adopteren hiertoe bekwaam en geschikt moeten zijn.

Adoptiekwaamheid houdt een juridische beoordeling in van het vervuld zijn van alle wettelijke grondvooraarden voor adoptie. Deze worden omschreven in de artikelen 343 en 345, 1^e lid Burgerlijk Wetboek. Verzoeker voldoet aan deze voorwaarden, in het bijzonder wat de leeftijd betreft.

Hij is dus bekwaam om V. en K. te adopteren.

12. Adoptiegenschiktheid houdt in dat de kandidaat-adoptant beschikt over de voor een adoptie vereiste sociaal-psychologische eigenschappen (zie artikel 346-1, 2^e lid Burgerlijk Wetboek).

Vooraleer over de geschiktheid wordt geoordeeld moet de kandidaat-adoptant de voorbereiding hebben gevuld die door de bevoegde gemeenschap wordt verstrekt. Verzoeker heeft hier het bewijs voorgelegd dat hij de vereiste voorbereiding heeft gevuld.

Conform artikel 346-2 van het Burgerlijk Wetboek wordt de adoptiegeschiktheid door de familierechtbank beoordeeld op grond van een door haar te bevelen maatschappelijk onderzoek. Het maatschappelijk onderzoek is niet verplicht indien de kandidaat-adoptant een kind wenst te adopteren dat met hem of haar of met zijn echtgenoot of met de persoon met wie hij samenwoont, zelfs overleden, tot in de derde graad verwant is of met wie hij of zij reeds het dagelijks leven deelt of met wie hij of zij reeds een sociale en affectieve band heeft.

In het tussenvennis van de jeugdrechtbank te Brussel van 21 maart 2014 heeft de rechtbank verwezen naar de specifieke omstandigheden en voorgeschiedenis van het adoptie-project van betrokkenen. De jeugdrechtbank oordeelde dat in die omstandigheden de uitzondering van artikel 346-2, 3^e lid BW in deze zaak niet kon worden toegepast en dat wel degelijk een maatschappelijk onderzoek moet worden verricht omdat er anders over oordelen een volledige uitholling van de adoptiewetgeving zou betekenen.

13. In het gevoerde maatschappelijk onderzoek is met de betrokkenen besproken hoe ze tot hun keuze voor draagmoederschap in Oekraïne zijn gekomen, welke juridische en praktische moeilijkheden ze nadien ondervonden hebben om de kinderen naar België te kunnen brengen, en welke impact één en ander heeft gehad. Ze vonden het belangrijk om de draagmoeder vooraf persoonlijk te ontmoeten, hoewel het agentschap dat had afgeraad en ze hebben ook na de geboorte nog contacten gehad met haar, om te kunnen antwoorden op vragen van de kinderen waar ze vandaan komen. Ze hebben bewust gekozen voor Slavische voornamen voor de kinderen uit respect voor het land dat hen de kans gaf hun kinderwens te vervullen.

In het maatschappelijk onderzoek wordt verder beschreven hoe de kinderen opgroeien in hun gezin, in een warme sfeer met gepaste aandacht voor de beide kinderen, hoe ze zich praktisch organiseren en welke steun ze krijgen van hun sociaal en familiaal netwerk.

De rechtbank kan zich ten volle aansluiten bij de conclusie van de Dienst maatschappelijk onderzoek, dat de protectieve factoren opwegen tegen de risicofactoren. De rechtbank hecht er bijzonder belang aan dat er bij betrokkenen een grote openheid is naar de afkomst van de kinderen en dat er aan de draagmoeder op gepaste en natuurlijke wijze een plaats wordt gegeven bij het verdere opgroeien van de kinderen.

Bijgevolg beoordeelt de rechtbank verzoeker als geschikt om over te gaan tot de voorgenomen adoptie.

De toestemmingen

14. De heer S. geeft zijn toestemming tot een volle adoptie van de kinderen K. en V. bij zijn persoonlijke verklaring voor deze rechtbank op de zitting van 10 november 2014 in raadkamer, waarvan proces-verbaal is opgesteld (zie artikel 348.8 BW), dit zowel in zijn hoedanigheid van vader van de kinderen (zie artikel 348.3 BW) als in zijn hoedanigheid van echtgenoot van de kandidaat-adoptant (zie artikel 348.2 BW).

Van de kinderen zelf is gezien hun jonge leeftijd nog geen toestemming vereist (artikel 348.1 Burgerlijk Wetboek).

15. Vraag is of er verder ook nog de toestemming van de draagmoeder nodig is.

De draagmoeder van de kinderen is gekend. Haar gegevens zijn opgenomen in de Oekraïense geboorteakte van de kinderén.

Verzoeker stelt dat aangezien de Oekraïense geboorteakteken door de Belgische rechter niet werden erkend an sich, maar enkel werden erkend als authentieke akte waaruit de vaderlijke erkenning door de heer S. van de beide kinderen blijkt, de Oekraïense geboorteakteken volgens de Belgische rechter dus nietig zijn. Het betreft een definitief vonnis. Volgens verzoeker staat gezien de nietigheid van de Oekraïense geboorteakteken, de moederlijke afstamming niet vast, zodat overeenkomstig artikel 348-3, laatste lid BW enkel de heer S. in de adoptie moet toestaanen.

De rechtbank kan die redenering niet volgen. Nergens in de motivering van het vonnis van 6 februari 2012 en in de motivering van het tussenvonnis van 7 november 2011 van de 7e kamer van de rechtbank van 1^e aanleg te Brussel, valt te lezen dat de Oekraïense geboorteakteken van V. en K. in de Belgische rechtsorde als nietig zouden moeten beschouwd worden.

Wel integendeel, zoals blijkt uit volgende overwegingen uit het tussenvonnis van 7 november 2011 (nadat reeds overwogen was dat er zich geen probleem stelt op het vlak van de vormvoorwaarden en de authenticiteit van de geboorteakteken):

"Naar huidig Belgisch recht is het de vrouw die van het kind bevallen is, die geacht wordt de juridische moeder te zijn; Ofschoon overeenkomstig de Oekraïense wetgeving het draagmoederschap geregeld is en wettelijk toegestaan, waardoor niet noodzakelijk de biologische moeder doch ook de wensmoeder als juridische moeder kan worden beschouwd, is er in casu geen tegenstrijdigheid met de Belgische wetgeving of Belgische openbare orde, gezien dame M., die onmiskenbaar de biologische moeder is ook als juridische moeder in de beide geboortecertificaten wordt vermeld. Het feit dat zij is opgetreden als draagmoeder ten voordele verzoeker doet daaraan geen afbreuk."

Voor zoveel als nodig maakt de rechtbank zich die overwegingen eigen. Op grond daarvan concludeert de rechtbank dat er geen beletsel is om de geboorteakte van de kinderen V. en K. in de Belgische rechtsorde te erkennen in de mate dat zij de moederlijke afstamming vaststellen van de kinderen ten aanzien van mevrouw M. (dit laatste is het patroniem), van Oekraïense nationaliteit.

In het schriftelijk advies van 26 juli 2013 beschouwt ook het openbaar ministerie de Oekraïense draagmoeder als wettelijke moeder, wiens toestemming tot de adoptie vereist is.

Aangezien de moederlijke afstamming van de kinderen dus wel degelijk vaststaat, is in principe haar toestemming tot de adoptie vereist.

16. Verzoeker legt thans een nieuw stuk voor in origineel, met een beëdigde vertaling en voorzien van een apostille. Het stuk werd ondertekend in het bijzijn van een notaris te [...] (Oekraïne), die de identiteit en de handelingsbekwaamheid van betrokken heeft gecontroleerd.

In dat stuk verklaart mevrouw M. (opmerking: in het vertaalde document wordt een lichtjes andere schrijfwijze gehanteerd van de voornaam en het patroniem, maar dit is louter te wijten aan het omzetting van de naam in het cyrillisch schrift naar ons alfabet - er bestaat geen twijfel over dat het om dezelfde dame gaat), geboren op [...], wonende te [...]:

"ik, vrijwillig handelend, de Oekraïense taal begrijpend, gezond van geest en helder van geheugen, volledig de betekenis van mijn daden beseffend, verklaar hierbij mijn toestemming te hebben gegeven om mijn kinderen K. geboren op [...] en V. geboren op [...] te laten adopteren door de burger van België, heer I. Stad [...]"

Gezien alle omstandigheden van het geval, bestaat er geen redelijke twijfel over dat de draagmoeder aldus haar toestemming heeft betuigd met de volle adoptie van de kinderen door de heer I.

Er is in het kader van de overeenkomst van draagmoederschap weliswaar een som geld betaald aan de moeder, maar naar het oordeel van de rechbank tast dit in deze zaak het vrije karakter van de gegeven toestemming niet aan. (Zie verder hierna). Er zijn overigens ook geen aanwijzingen dat de toestemming bekomen zou zijn door enige vorm van uitbuiting van een precaire situatie van de draagmoeder, of van enige vorm van dwang.

De rechbank aanvaardt dit stuk bijgevolg als een door de moeder op geldige wijze gegeven toestemming tot de volle adoptie van de betrokken kinderen, die beantwoordt aan de voorwaarden voor zo'n toestemming voorzien in artikel 348.8, 2° BW en 348.4 BW.

Voortgaande op het schriftelijk advies van 19 oktober 2014, aanvaardt ook het openbaar ministerie voormeld stuk als een geldig gegeven toestemming van de moeder.

Alle vereiste toestemmingen zijn hier dan ook vorhanden.

De overige grondvooraarden voor adoptie: wettige redenen - hoger belang van het kind - eerbiediging van de rechten van de kinderen?

17. De rechbank heeft kunnen vaststellen dat verzoeker op een overwogen manier heeft gekozen voor een volle adoptie. K. en V. zijn minderjarige kinderen zodat conform artikel 355 Burgerlijk Wetboek een volle adoptie mogelijk is. De volle adoptie verleent aan de kinderen en zijn afstammelingen een statuut met dezelfde rechten en verplichtingen als ware het kind geboren uit de adoptant. De kinderen houden niet op om te behoren tot de familie van zijn vader, de echtgenoot van de adoptant. Zij oefenen het ouderlijk gezag over de persoon van de geadopteerde samen uit. (Zie artikel 356.1 Burgerlijk Wetboek).

18. Blijft de belangrijke vraag of de adoptie kan geacht worden te steunen op wettige redenen en in het belang van de betrokken kinderen te zijn en de fundamentele rechten die hen toekomen op grond van het internationaal recht te eerbiedigen.

Het openbaar ministerie argumenteert dat dit niet het geval is nu verzoeker en zijn partner flagrant de wet hebben trachten te omzeilen door beroep te doen op commercieel draagmoederschap teneinde aan hun kinderwens te voldoen, praktijk die volgens het openbaar ministerie strijdig is met de openbare orde.

19. Eén van de strekkingen in het debat in rechtspraak en rechtsleer rond de invloed van draagmoederschap op de mogelijkheid tot navolgende uitspraak van adoptie, is dat het oordeel over de adoptie moet worden geveld onafhankelijk van het draagmoederschap.

Het is die stelling die verzoeker hier verdedigt en waarvoor hij ook verwijst naar de beslissing van de jeugdrechtbank Antwerpen, van 22 januari 2010 (stuk 18 stukkenbundel verzoeker). Deze uitspraak werd ondertussen gepubliceerd o.a. in T. Fam. 2012/2, 43, met noot L. Pluym "Adoptie na internationaal draagmoederschap".

In haar noot bij dit vonnis ondersteunt auteur L. Pluym die strekking kernachtig op volgende wijze (T. Fam. 2012/2, p. 49 nr. 9):

"(...) Door de adoptie afhankelijk te maken van de (on)geoorloofdheid van draagmoederschap, voegt men m.i. een voorwaarde toe die de adoptiewetgeving niet bevat. Bovendien leidt dit tot een schending van artikel 2 IVRK, dat bepaalt dat de bij het verdrag aangesloten Staten de rechte in het verdrag moeten eerbiedigen en waarborgen voor ieder kind onder hun rechtsbevoegdheid zonder discriminatie, ongeacht (o.a.) de geboorte en afkomst van het kind. Adoptie na draagmoederschap kan op wettige redenen steunen en in het hoger belang van het kind zijn, want ook in dat geval is het doel om ouders aan een kind te geven. De draagmoeder heeft immers niet de bedoeling om het kind op te voeden en te verzorgen. Daarom is de adoptie niet strijdig met de openbare orde en wordt ze ook niet afgewend van haar doel. Dit belet niet dat steeds nagegaan moet worden of aan de instellingsvoorwaarden van adoptie is voldaan."

20. De rechtbank sluit zich bij die overwegingen aan en maakt ze zich eigen: als in deze zaak aan alle voorwaarden van adoptie is voldaan, en kan besloten worden dat de adoptie in het hogere belang van de kinderen K. en V. is en hun rechten gerespecteerd worden, zou het een ongeoorloofde discriminatie uitmaken op grond van de geboorte, als het feit van het voorafgaand draagmoederschap die adoptie dan toch nog zou beletten. In de huidige stand van de wetgeving wordt adoptie na draagmoederschap niet uitdrukkelijk uitgesloten. Het voorafgaande draagmoederschap brengt dan ook geenszins automatisch met zich mee dat de adoptie niet op wettige redenen zou kunnen steunen. De redenen voor de adoptie in deze zaak worden hierna concreet onderzocht.

21. De juridische moeder van de kinderen heeft geen enkele intentie om de kinderen op te voeden en te verzorgen. De kinderen hebben dan ook slechts één juridische ouder (de heer S.) die zich in de dagdagelijkse praktijk om de kinderen bekommt op een liefdevolle wijze.

Hij heeft een echtgenoot (verzoeker, de heer I.) die zich op dezelfde wijze voor de kinderen inzet en die een affectieve en sociale band met hen heeft opgebouwd. Dat familiale leven kan juridisch beschermd worden door een afstammingsband te creëren via volle adoptie. De beweegredenen voor de adoptie bestaan dus niet enkel in de kinderwens van het koppel, maar ook in de wil om de bestaande affectieve en sociale realiteit juridisch te beschermen. Zonder zo'n adoptie zou het familiale leven tussen verzoeker en de kinderen weliswaar nog in de feiten kunnen beleefd worden, zoals het openbaar ministerie oppert, maar dit zou een precair karakter blijven hebben. De heer I. zou geen ouderlijk gezag kunnen uitoefenen. In geval van echtscheiding of overlijden van de heer S., zou er geen duidelijk garantie zijn dat de kinderen verder verzorgd, opgevoed en onderhouden zouden kunnen worden door de heer I. Dat zou juist wel kunnen gerealiseerd worden door een (volle) (stiefouder)adoptie.

22. Uit de gegevens van deze zaak blijkt dat de betrokkenen niet zozeer de wetgeving rond interlandelijke adoptie hebben willen omzeilen, als wel de praktische moeilijkheden voor homokoppels om hun kinderwens via adoptie vervuld te zien, nu er weinig herkomstlanden zijn die open staan voor gezamenlijke adoptie door een homokoppel en zij niemand kenden in hun omgeving die om volledig altruïstische redenen voor hen wou fungeren als draagmoeder met begeleiding door een Belgisch fertilitetscentrum.

De adoptie is op hier op zich zelf niet strijdig met de openbare orde.

23. De adoptie steunt in die omstandigheden naar het oordeel van de rechbank wel degelijk op wettige redenen en is eveneens in het hogere belang van de kinderen.

24. Of het hier nu ging om zogenaamd laagtechnologische dan wel hoogtechnologisch (waarbij het embryo/kind dat de draagmoeder gedragen heeft, niet genetisch verwant is met de draagmoeder, door gebruikmaking van een donor-eicel) draagmoederschap, kan aan de hand van de stukken die in huidige procedure worden voorgelegd niet met zekerheid worden vastgesteld.

Verzoeker en de heer S. erkennen dat er een som geld is betaald aan de draagmoeder, welke 15.000 euro zou bedragen. Volgens verzoeker en de heer S. kan de betaalde som beschouwd worden als een vergoeding voor de medische kosten, ziekenhuiskosten, zwangerschapskledij, loonverlies en een forfaitaire vergoeding voor de risico's die elke zwangerschap met zich meebrengt.

Er werd dus blijkbaar een vergoeding betaald die hoger zou zijn dan de strikt medische en praktische kosten en uitgaven. Echter, een redelijke compensatie van het loonverlies en van de risico's die een zwangerschap met zich meebrengt, maakt nog niet dat de betrokkenen zouden gehandeld hebben met louter winstoogmerk. De rechbank is van oordeel dat er in deze zaak geen aanwijzingen zijn dat de grens zou overschreden zijn tussen een vergoeding van de kosten en een redelijke vergoeding van het loonverlies en de risico's die een zwangerschap met zich meebrengt enerzijds en anderzijds de verkoop van of handel in kinderen (zoals bedoeld in artikel 351 BW als grond voor herroeping of herziening van de adoptie en in artikel 35 IVRK).

Evenmin zijn er in deze zaak aanwijzingen dat de medewerking van de draagmoeder bekomen zou zijn door uitbuiting van een precaire situatie van betrokkenen of door gebruik van enige uitoefening van dwang.

Daarom kan de adoptie ook geacht worden tot stand te komen met eerbied van de rechten die aan de kinderen K. en V. toekomen op grond van het internationaal recht.

Besluit

25. In deze zaak zijn alle voorwaarden voldaan om de adoptie te kunnen uitspreken. Het verzoek kan dan ook worden ingewilligd.

De naam

26. Verzoeker vraagt te zeggen voor recht dat de kinderen voortaan de dubbele naam S.-I. zullen dragen. De verklaring van verzoeker en zijn echtgenoot daarover werd geakteerd op het P.V. van verhoor inzake adoptie.

Overeenkomstig artikel 356.2, 3^e lid BW, kan in geval van volle adoptie van het kind of van het adoptief kind van een echtgenoot of samenwonen, verklaren deze voor de rechtkamer dat de geadopteerde ofwel de naam van de echtgenoot of samenwonende, ofwel de naam van de adoptant zal dragen, ofwel één die is samengesteld uit hun twee namen, in de door hen gekozen volgorde met niet meer dan één naam voor elk van hen.

Gelet op de verklaring van betrokkenen, zullen de kinderen K. en V. voortaan een familienaam hebben samengesteld uit de twee namen van de echtgenoten, S., gevuld door I.

OM DEZE REDENEN, DE RECHTBANK,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Gehoord het mondeling advies van mevrouw I. Verbeeren, substituut-procureur des Konings ter zitting van 10 november 2014,

Verklaart de vordering van verzoeker zoals geformuleerd in zijn verzoekschrift neergelegd op 6 maart 2013 en gewijzigd wat de naam betreft in de ter zitting aangepaste conclusies, ontvankelijk en gegrond:

Spreekt de volle adoptie uit
van V., van Belgische nationaliteit, geboren te [...] (Oekraïne) op [...],
en van K., van Belgische nationaliteit, geboren te [...] (Oekraïne) op [...]

door de heer I., van Belgische nationaliteit, geboren te [...] op [...], zijnde het kind van zijn echtgenoot, de heer S., met wie hij samenwoont te [...] Grimbergen, [...]

Geeft akte aan verzoeker en zijn echtgenoot partner van hun verklaring dat de kinderen voortaan een samengestelde familienaam zullen hebben, S. gevuld door I.;

Laat de kosten van de procedure ten laste van verzoeker.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de 253^e kamer van de Nederlandstalige Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel, sectie Familierechtbank, op 29 juni 2015

waar aanwezig waren en zitting namen:

Mevrouw K. Van Der Borght: alleenrechtsprekend rechter, familierechter,
Mevrouw A. De Cooman: griffier.

Tribunal de la famille Brabant wallon, jugement du 4 février 2016

Compétence internationale – Divorce – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Litispendance – Article 19 – Article 3 – Résidence habituelle

Internationale bevoegdheid – Echtscheiding – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Aanhangigheid – Artikel 19 – Artikel 3 – Gewone verblijfplaats

En cause de :

Monsieur B.,
né le [...], domicilié à [...] Lennik, [...],

Demandeur,

Comparaissant assisté de son conseil, Maître Sylvie [...]

Et de

Madame V.,
née le [...],
domiciliée en Italie, à Parme, [...]

Défenderesse,

Comparaissant assisté de son conseil, Maître Florence [...].

Eléments de procédure

Le tribunal a examiné les pièces suivantes :

- La citation en divorce et mesures urgentes et provisoires du 21 mai 2015 ;
- Le calendrier amiable d'échange de conclusions du 3 septembre 2015 ;
- Les conclusions déposées le 8 octobre 2015 par Madame V. et son dossier de pièces ;
- Les conclusions déposées le 2 novembre 2015 par Monsieur B. et son dossier de pièces.

Les conseils des parties ont été entendus à l'audience du 21 janvier 2016.

I. Antécédents

Les parties se sont mariées le [...] devant l'Officier de l'Etat-civil d'Ottignies-Louvain-La-Neuve et ont retenu quatre enfants de leur union :

- E. né le [...] 1992 (majeur),
- W. né le [...] 1993 (majeur),
- T. née le [...] 1997 (majeure),
- R. né le [...] 2001.

En décembre 2004, Monsieur B. a été engagé par l'Agence européenne EFSA.

Il a débuté ce contrat le 1er janvier 2005 à Bruxelles pour ensuite être muté en avril 2005 à Parme.

Les parties et leurs enfants se sont installés définitivement en Italie en août 2005.

L'entente entre les parties s'étant dégradée, les parties se sont séparées en 2012 et ont soumis un accord de séparation devant les juridictions de Parme qui l'ont homologué le 11 juin 2012.

Par citation du 21 mai 2015, Monsieur B. introduit la procédure en divorce et demande au tribunal d'organiser les mesures provisoires entre les parties et à l'égard des enfants.

II. Objet des demandes

En termes de citation, Monsieur B. formule les demandes suivantes qui peuvent être résumées comme suit :

- Dire que les juridictions belges compétentes sur pied de l'article 3 du Règlement de Bruxelles II^{bis} ;
- Dire le droit belge applicable étant le droit de la nationalité commune aux deux époux
- Prononcer le divorce sur pied de la désunion irrémédiable, la concluante ayant fait le choix de quitter le domicile conjugal dès lors qu'elle entretenait une relation amoureuse avec une autre femme ;
- Maintenir les résidences séparées ;
- Autorité parentale conjointe ;
- Hébergement alterné égalitaire pour R. ;
- Attribution des allocations familiales ordinaires et extraordinaires au père ;
- Prise en charge des frais ordinaires des enfants E. et W. et 75% de leurs frais extraordinaires ;
- Dire satisfaisante son offre de supporter 75% des frais extraordinaires de T. et R. ;
- Dire satisfaisante son offre de verser 150 € à titre de contribution alimentaire pour R. .
- Dans le cadre du partage des biens, les biens immeubles ont été partagés et Monsieur B. reste redevable à Madame V. d'une somme de 8.002,89€

A ce stade de la procédure, les parties ont demandé au tribunal de statuer uniquement sur sa compétence.

III. Discussion

Monsieur B. a introduit la présente procédure et justifie de la compétence des tribunaux belges au motif que les parties sont toutes deux belges et qu'il y a sa résidence depuis plus de six mois.

Madame V. conteste la compétence des tribunaux belges au motif qu'une procédure a déjà été entamée en Italie et que toutes les attaches des parties se trouvent en Italie.

Elle considère qu'en tout état de cause, il convient de renvoyer la cause devant les juridictions italiennes en application de l'article 15 du Règlement Bruxelles II^{bis} qui prévoit à titre

d'exception, le renvoi à une juridiction d'un autre État membre si cette dernière est mieux placée pour en connaître et ce même si elle est compétente.

Litispendance

En vertu de l'article 19 du Règlement de Bruxelles IIbis, qui dispose que :

« 1. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2. Lorsque des actions relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, ayant le même objet et la même cause, sont introduites auprès de juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

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

Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie. »

Les tribunaux belges doivent se dessaisir en faveur des juridictions italiennes.

La litispendance suppose donc la réunion de trois conditions:

- L'existence d'une instance à l'étranger antérieurement introduite ;
- Une identité de partie, de litige et d'objet ;
- Que le 1er juge soit compétent.

En 2012, les parties ont choisi de se séparer et ont-soumis aux juridictions italiennes un accord de séparation qui a été homologué le 10 juin 2012.

Si certes, le divorce n'est possible en Italie que s'il remplit une des trois hypothèses de divorce immédiat ou si les parties sont séparées depuis plus de trois ans, il n'en reste pas moins qu'actuellement aucune juridiction italienne n'est saisie d'une procédure en divorce.

En effet, la procédure en séparation de corps n'est pas la prémissse d'un divorce.

La conversion de la séparation de corps en divorce en droit italien n'est pas automatique après 3 ans.

Le tribunal considère qu'en homologuant l'accord de séparation de corps le 10 juin 2012, la juridiction italienne a vidé sa saisine.

Il n'y a aucune identité entre les deux procédures, la procédure introduite en 2012 en Italie étant une procédure de « séparation de corps consensuelle des époux ».

Lien de rattachement avec l'Italie

L'article 3 du Règlement Bruxelles IIbis dispose que :

« 1. Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'État membre:

a) sur le territoire duquel se trouve:

- la résidence habituelle des époux, ou
- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou
- la résidence habituelle du défendeur, ou
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son "domicile";

b) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun.

2. Aux fins du présent règlement, le terme "domicile" s'entend au sens des systèmes juridiques du Royaume-Uni et de l'Irlande. »

Monsieur B. justifie la compétence des tribunaux belges au motif que la Belgique est son lieu de résidence habituelle puisqu'il y est domicilié depuis plus de six mois et qu'il s'agit du pays de sa nationalité.

Il convient de définir ce que l'on entend par résidence habituelle.

La « résidence habituelle » est une notion de fait, indépendante de toute démarche volontaire ou intentionnelle dans le chef de la personne, puisqu'il ne faut accomplir aucune formalité d'enregistrement, auprès d'une administration communale par exemple, pour acquérir une « résidence habituelle » au sens du Code de Droit International Privé.

Celle-ci se fixe automatiquement, mécaniquement et, dans le chef de la personne, de manière inconsciente, « *en l'absence de tout enregistrement et indépendamment [même] d'une autorisation de séjourner ou de s'établir* ».

Il y va d'une « concentration des intérêts » : c'est le critère premier, qui s'entend « de données factuelles » « qui traduisent », « le centre de vie de la personne ».

Ce critère premier, précisent les développements de la proposition de loi, est – difficile alchimie – « joint » « à une certaine durée ou à une intention d'établissement stable »².

Le Code l'évoque expressément, et en toutes lettres : « *pour déterminer ce lieu* », précise-t-il, « *il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens* ».

² M. FALLON et J. ERAUW, *La nouvelle loi sur le droit international privé. La loi du 16 juillet 2004*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 80.

Deux critères seconds se combinent ainsi avec le critère premier de la concentration des intérêts: la durée et l'intention.

L'un et l'autre peuvent se cumuler : on peut séjourner durablement à un endroit, avec tout à la fois la conscience et l'intention de le faire à titre d'établissement principal.

Aucune difficulté ne devrait se présenter dans ce cas.

Mais des situations plus complexes peuvent se présenter comme en l'espèce.

L'un des deux critères seconds peut alors suffire et, se combinant avec le critère premier de la concentration des intérêts, emporter avec lui la fixation de la résidence habituelle.

C'est d'un côté la durée, c'est-à-dire le fait, objectif, de l'écoulement du temps, alors même, on le répète, que la personne s'est à ce jour abstenue d'accomplir une démarche volontaire, auprès de l'Administration notamment, tendant à son enregistrement ou à son inscription³.

La durée, précisent les développements de la proposition de loi, ne doit pas nécessairement être indéterminée : « une personne s'établissant dans un pays pour une durée de cinq ans par exemple peut y acquérir une résidence habituelle » : il suffit, pour cela, qu'elle ait fixé en ce pays, qu'elle se sait pourtant destinée à quitter un jour, le « centre de ses intérêts » ou à tout le moins ses « intérêts principaux ».

Il s'agit donc ici, en finalité, moins de durée que de stabilité : il suffit que la résidence soit stable, c'est-à-dire qu'elle comporte, fût-ce pour une durée limitée, une fixation des intérêts de la personne.

L'on trouve de l'autre côté l'intention, c'est-à-dire la volonté de l'intéressé de fixer en un endroit son établissement stable. L'intention pourra, si elle fait défaut, détruire l'effet cristallisant de la durée : une personne fixée en un endroit par obligation scolaire ou professionnelle n'y acquerra pas de résidence habituelle, si elle a conservé ses « intérêts principaux » dans son pays d'origine – si son séjour ne s'accompagne pas, d'une certaine manière, d'une *animus residendi*⁴. Et, tout à la fois, l'intention pourra se substituer à la durée, si celle-ci fait défaut – ou, comme le précisent, à la suite du Code, les développements de la proposition de loi, « [u]ne personne déménageant dans un pays dans l'intention de s'y établir, peut y acquérir une résidence habituelle dès son installation (...) »⁵.

Sans doute, faut-il que cette intention ait reçu déjà quelque concrétisation : il faut que le déménagement se soit passé ; mais il importe peu qu'après ce déménagement, le séjour soit bref, par exemple parce que la personne décède prématurément : l'intention suffira à fixer en ce dernier endroit le lieu de sa « résidence habituelle ».

(Voir en ce sens : J.L. Van Boxstael, Le droit international privé, Rép. Not, Tome XVIII, Livre 0, n° 18 et la doctrine citée)

Madame V. conteste que Monsieur. B. ait sa résidence habituelle en Belgique pour les motifs suivants :

- Il est domicilié à Parme ;
- Il vit et héberge de manière égalitaire les enfants à Parme ;

³ « L'intention », disent les développements de la proposition de loi, « ne joue donc pas un rôle déterminant dans tous les cas alors que, pour le domicile, la formalité d'inscription suppose nécessairement une démarche volontaire de la personne (...) » (*ibidem*, p. 80).

⁴ Ainsi d'*« un étudiant qui, parti à l'étranger pour les besoins de ses études, maintient ses intérêts principaux dans son État d'origine »* (*ibidem*, p. 80). Cet étudiant conserve sa résidence habituelle dans ce dernier État : « des étudiants qui habitent à l'étranger après le mariage pour les besoins de leurs études, n'acquièrent pas une résidence habituelle dans cet État au sens du Code » (*ibidem*, p. 132).

⁵ M. FALLON et J. ERAUW, *op. cit.*, p. 80

- Il a quitté la Belgique en avril 2005 pour s'installer à Parme ayant été engagé par l'Agence européenne EFSA ;
- Madame V. et les enfants ont rejoint Monsieur B. en août 2005, laissant ainsi le temps aux enfants d'achever leur année scolaire en Belgique ;
- Les parties ont acquis un immeuble à Parme et ont vécu ensemble jusqu'en 2012 date à laquelle les parties ont négocié un accord de séparation homologué par les Tribunaux italiens en juin 2012;
- Depuis leur séparation, les parties sont restées à Parme ;
- Madame V. est domiciliée à Parme ;
- Monsieur B. est domicilié à Parme où il reçoit son courrier par recommandé ce qui ne serait pas possible s'il ne vivait pas en Italie ;
- Le certificat de composition du ménage de Monsieur B. daté du 29 mai 2015 soit postérieur la citation introductory d'instance précise que R. et T. sont domiciliés avec lui à Parme ;
- T. et R. sont scolarisés en Italie ;
- T. avait décidé de poursuivre sa scolarité à Naples et pour cela est hébergée dans une famille d'accueil. Cette convention prévoit un dédommagement financier tout en précisant que le montant mensuel versé à cette famille ne comprend pas les frais de voyage pour que T. visite au moins une fois par mois sa famille à Parme.

Monsieur B. considère quant à lui que sa résidence habituelle est bien établie en Belgique pour les motifs suivants :

- Sa résidence en Belgique est réelle et effective ;
- Des contrôles de résidences ont été effectués en Belgique ;
- Il loue un appartement et paie les frais de consommations d'énergie ;
- Il est imposé en Belgique depuis l'année fiscale 2014 ;
- Il a rencontré une compagne en Belgique ;
- Il passe tous ses congés en Belgique ;
- Deux des quatre enfants du couple vivent en Belgique, E. et W. ;
- Des témoignages attestent de ce qu'il vit en Belgique ;
- Il effectue du télétravail.

Cependant, force est de constater que tous les liens de rattachement convergent vers l'Italie.

- Si Monsieur B. est valablement domicilié en Belgique, il était toujours domicilié en Italie au moment de l'introduction de la procédure (pièce 10 - dossier de Madame V.) ;
- Monsieur B. exerce toujours son activité professionnelle en Italie.

Un avenant à son contrat de travail (pièce D-6 - dossier de Monsieur B.) prévoit qu'il est autorisé à pratiquer du télétravail du 15 septembre 2014 au 15 septembre 2015.

Un calendrier mensuel prévoit qu'il est autorisé à pratiquer du télétravail le vendredi de la deuxième semaine du mois ainsi que les lundi et mardi de la seconde semaine du mois.

Outre le fait que le tribunal ignore si cet avenant a été reconduit, le tribunal constate que le télétravail est extrêmement limité.

- Il exerce un hébergement alterné égalitaire pour R.;

- T. âgée de 18 ans est restée domiciliée dans la maison de Parme et l'on peut difficilement imaginer que cette jeune adulte y réside seule sans la présence de son père ;
- En août 2015, il accuse réception d'un courrier recommandé en Italie.

Le tribunal est par conséquent incompétent pour connaître de la demande.

PAR CES MOTIFS :
LE TRIBUNAL DE LA FAMILLE,

Statuant contradictoirement ;

- Se déclare incompétent pour connaître des demandes ;
- Dit que le présent jugement est exécutoire nonobstant tout recours en application de l'article 1398/1 du Code judiciaire.

C. Hoyois, Greffier

S. Janssens, Juge

Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, arrest van 9 augustus 2016

Beslissing tot weigering verblijf van meer dan drie maanden – Artikelen 40bis-40ter Vreemdelingenwet – Artikel 52 Vreemdelingenbesluit – Voorwaarden voor gezinshereniging – Marokkaanse huwelijsakte – Artikel 27 WIPR – De plano erkenning – Schending formele motiveringsplicht – Vernietiging van de beslissing

Décision de refus d'un séjour de plus de trois mois – Articles 40bis et 40ter Loi relative aux étrangers – Article 52 Arrêté royal relatif aux étrangers – Conditions relatives au regroupement familial – Acte de mariage marocain – Article 27 CODIP – Reconnaissance de plano – Violation de l'obligation formelle de motivation – Annulation de la décision

Nr. 172 982

In zake: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging.

De Wnd. Voorzitter Van De IXe kamer,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 21 oktober 2015 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 14 september 2015 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten.

Gezien titel I bis, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 8 april 2016, waarbij de terechting wordt bepaald op 12 mei 2016. Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. Wijnants.

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. Van De Poel, die verschijnt voor de verzoekende partij en van attaché S. Gruszowski, die verschijnt voor de verwerende partij.

Wijst na beraad het volgende arrest:

I. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 14 september 2015 neemt de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden en de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. Deze beslissingen worden thans bestreden en zijn gemotiveerd als volgt:

RECTO

BESLISSING TOT WEIGERING VAN VERBLUF VAN MEER DAN BRIE MAANDEN
MET BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN

"*In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfs- kaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 20.03.2015 werd ingediend door:*

Naam: A(...)

Voornaam: O(...)

Nationaliteit: Marokko

Geboortedatum: (...)

Geboorteplaats: (...)

Identificatienummer in het Rijksregister: (...)

Verblijvende te/verklaart te verblijven te: (...)

om de volgende reden geweigerd

De betrokkenen voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie of van een ander familielid van een burger van de Unie,

Artikel 40bis, §2, 2° van de wet van 15.12.1980 stelt dat als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd: 1° de echtgenoot of de vreemdeling waarmee een geregistreerd partnerschap werd gesloten dat beschouwd wordt als zijnde gelijkwaardig met het huwelijk in België die hem begeleidt of zich bij hem voegt...'.

Betrokkene heeft de verwantschap ten opzichte van de referentiepersoon onvoldoende aangetoond.

Immers, uit de gegevens van het administratieve dossier van betrokkenen blijkt dat huwelijk, afgesloten te Marokko op 21.06.2014, op heden nog niet werd overgeschreven in de registers aangezien er geen sprake is van een in België erkend huwelijk, werd niet voldaan aan de hierboven vermelde voorwaarden.

Betrokkene voldoet dan ook niet aan de vereiste voorwaarden van artikel 40bis van de wet van 15.12.1980 om het verblijfsrecht in België te verkrijgen op basis van gezinshereniging.

Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkenen. Het Al van betrokkenen dient te worden ingetrokken,

Aan betrokkenen wordt het bevel gegeven het grondgebied van het Rijk te verlaten binnen 30 dagen. Wettelijke basis: artikel 7, § 1, 2° van de wet van 15.12.1980: legaal verblijf in België is verstrekken."

II. Onderzoek van het beroep

2.1. In een enig middel werpt de verzoekende partij de schending op van de artikelen 40bis en 40ter van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet) *iuncto* artikel 52 van het Koninklijk Besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: het Vreemdelingenbesluit), artikel 27 van het Wetboek Internationaal Privaatrecht (hierna: WIPR), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en het redelijkheidsbeginsel.

Het middel luidt als volgt:

"9.2 SCHENDING ARTIKEL 27 WIPR - DE PLANO ERKENNING BUITENLANDSE AUTHENTIEKE AKTEN

De erkenning van buitenlandse authentieke akten wordt beheerst door artikel 27 WIPR waarin is bepaald dat een dergelijke akte in België door alle overheden wordt erkend zonder dat een beroep moet worden gedaan op enige procedure indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijke recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21 WIPR.

Aldus kunnen alle Belgische overheden de huwelijksakte van verzoeker erkennen zonder dat er eerst een procedure moet gevoerd worden. Dat is het systeem van 'de plano' erkenning. De vaste rechtspraak in België oordeelde dat de beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand om de erkenning van een buitenlands huwelijk te weigeren geen bindende kracht heeft ten aanzien van rechterlijke instanties, noch van administratieve overheden. Enkel de beslissing van de Rechtbank van

Eerste Aanleg die een buitenlands huwelijk erkent of de erkenning ervan weigert, verplicht alle Belgische overheden aan wie de erkenning later wordt gevraagd om deze beslissing te respecteren. Zie onder meer: Brussel 17 januari 2011, Tijdschrift@ipr.be 2011/1, 77-85. Zo ook omgekeerd.

De vaste rechtspraak in België stelt dat het feit dat een authentieke buitenlandse akte werd erkend door de burgerlijke stand van een gemeente niets verandert aan de bevoegdheid van dienst vreemdelingenzaken om in toepassing van artikel 27 WIPR de geldigheid van een buitenlandse huwelijksakte te beoordelen.

Zie onder meer RVV nr. 111 693 van 10 oktober 2013:

"Gelet op het feit dat bij de aanvraag tot afgifte van de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie een buitenlandse huwelijksakte werd overgemaakt aan het bestuur moet worden gewezen op de toepasbaarheid van artikel 27, § 1, eerste lid van het WIPR. Deze bepaling luidt als volgt: "Een buitenlandse authentieke akte wordt in België door alle overheden erkend zonder dat beroep moet worden gedaan op enige procedure indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijke recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21." Uit deze bepaling volgt dat elke administratieve overheid, bij de uitoefening van haar bevoegdheden, ingevolge artikel 27 van het WIPR - en in het bijzonder gezien de artikelen 18 en 21 waar op grond van artikel 27 op moet worden gelet - de erkenning van een vreemde akte kan weigeren (RvS, 1 april 2009, nr. 192.125; cf. M. TRAEST, commentaar bij artikel 27 in J. ERAUW e.a. (eds.), Het wetboek

Internationaal Privaatrecht becommentarieerd, Antwerpen, Intersentia, 2004, (152) 153-154). Te dezen is verweerde overheid die bevoegd is tot het erkennen van een verblijf van meer dan drie maanden als echtgenoot van een Belgische onderdaan. Hij is derhalve gerechtigd om bij de uitoefening van deze bevoegdheid de doorwerking van de vreemde akte te onderzoeken en desgevallend deze met toepassing van artikel 27, § 1, eerste lid van het WIPR te weigeren wanneer hij meent dat de rechtsgeldigheid van deze buitenlandse akte niet kan worden vastgesteld overeenkomstig het krachtens het WIPR toepasselijke recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21 van het WIPR. Aangezien het genoemde artikel 27, § 1, eerste lid, van het WIPR deze bevoegdheid tot 'de-plano-erkennung' toevertrouwt aan 'alle overheden', staat zelfs de omstandigheid dat de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand deze buitenlandse akte wel zou erkennen, niet in de weg dat verweerde binnen zijn bevoegdheden deze erkenning weigert."

In die zin kan het gebeuren dat twee overheden omtrent eenzelfde akte tot een tegenstrijdige beslissing kunnen komen. In dat geval kan de Rechtbank van Eerste Aanleg de knoop doorhakken door zich uit te spreken over de geldigheid van de akte.

Kortom,

Een eventueel eerdere beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand van Antwerpen in het dossier van verzoeker, zou geen bindende kracht hebben ten aanzien van de dienst vreemdelingenzaken.

Bij zijn aanvraag tot gezinshereniging op 20/03/2015 legde verzoeker zijn buitenlandse huwelijsakte voor aan de Dienst Vreemdelingenzaken van het gemeentebestuur te Antwerpen. Deze werd vervolgens overgemaakt aan dienst vreemdelingenzaken Brussel.

Ongeacht een eventuele eerdere beslissing omtrent de geldigheid van dit huwelijk van een andere overheid, kan Dienst Vreemdelingenzaken het huwelijk van verzoeker erkennen of weigeren te erkennen.

In casu legt verwerende partij onterecht de exclusieve bevoegdheid m.b.t. de erkenning van een buitenlands huwelijk bij de ambtenaar van de burgerlijke stand, en dit in strijd met artikel 27 WIPR. Verwerende partij doet thans met de bestreden beslissing uitschijnen dat de beslissingen van de ambtenaar van burgerlijke stand een bindende waarde hebben. Verzoeker vraagt zich af of vanaf nu in alle dossiers die door dienst Vreemdelingenzaken worden behandeld, de beslissingen van de ambtenaar van de burgerlijke stand tot erkenning van buitenlandse akten zonder meer gevuld en gerespecteerd zullen worden...?

Tot op heden heeft in casu geen enkele overheid in België de buitenlandse huwelijsakte van verzoeker (gemotiveerd) geweigerd te erkennen conform artikel 27WIPR juncto de artikelen 18 en 21 WIPR. Zolang geen enkele overheid expliciet en gemotiveerd de geldigheid van het huwelijk van verzoeker weigert te erkennen, dient te worden aangenomen dat het buitenlands huwelijk van verzoeker geldig is.

9.3 SCHENDING ARTIKEL 40BIS-40TER VW - VOORWAARDEN VOOR GEZINSHERENIGING

Thans houdt verwerende partij voor dat een voorafgaandelijke erkenning van het buitenlands huwelijk door de ambtenaar van de burgerlijke stand een essentiële voorwaarde is voor verzoeker om zijn bewijs van verwantschap te kunnen leveren, voorafgaand aan zijn aanvraag tot gezinshereniging. De voorwaarden voor de aanvraag tot gezinshereniging, ingediend bij het gemeentebestuur, vinden we terug in de artikelen 40bis-40ter VW en 52 VB. Zo stelt artikel 52 VB dat van zodra verzoeker zijn familieband heeft bewezen, het gemeentebestuur verzoeker in het bezit dient te stellen van een bijlage 19ter.

Dit gebeurde ook zo. Na voorlegging van de huwelijsakte en bij gebreke aan een officiële weigering van erkenning van deze akte, werd de aanvraag tot gezinshereniging van verzoeker

aanvaard en een bijlage 19ter werd opgemaakt. Nadien wordt de aanvraag overgemaakt aan Dienst Vreemdelingenzaken Brussel.

Een eerste controle van bewijs van verwantschap wordt aldus uitgevoerd door het gemeentebestuur. In casu achtte het gemeentebestuur de voorgelegde huwelijksakte geldig en maakte op 20/03/2015 de bijlage 19ter op.

Nergens lezen we in artikel 52 VB juncto 44 VB dat een buitenlandse huwelijk, om als bewijs van verwantschap te kunnen gelden, vooreerst ter controle en ter erkenning voorgelegd moet zijn geweest aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Verwerende partij voegt in die zin een voorwaarde toe aan de wet.

Ook de artikelen 40bis-40ter VW verwijzen naar een huwelijk, doch niet naar een door de ambtenaar van de burgerlijke stand erkende huwelijksakte, overgeschreven in de registers.

In casu werd de geldigheid van het buitenlands huwelijk van verzoeker door de ambtenaar van de burgerlijke stand noch erkend, noch geweigerd.

Ook Dienst vreemdelingenzaken heeft het huwelijk nooit geweigerd te erkennen.

Bij gebreke aan een gemotiveerde weigering tot erkenning van het huwelijk van verzoeker, is wel degelijk voldaan aan de voorwaarden vooropgesteld in de artikelen 40bis-40ter VW juncto artikel 52 VB. Zolang geen enkele overheid expliciet en gemotiveerd de geldigheid van het huwelijk van verzoeker weigert te erkennen, dient te worden aangenomen dat het buitenlands huwelijk van verzoeker geldig is. Door te stellen dat het huwelijk van verzoeker op het ogenblik van zijn aanvraag tot gezinsherening moet zijn overgeschreven in het riksregister, voegt verwerende partij een voorwaarde toe aan de wet. Hierbij wordt de formele motiveringsplicht geschonden en geen juridische grondslag vermeld. Verwerende partij is in alle onredelijkheid tot haar beslissing gekomen.

De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij de beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen. "Hoe groter de discretionaire bevoegdheid van het bestuur, hoe strenger de motiveringsplicht wordt opgevat. De omvang van de motiveringsplicht is dus evenredig met de omvang van de discretionaire bevoegdheid waarover de overheid beschikt. Wanneer de toepasselijke regelgeving aan het bestuur de vrijheid laat om al dan niet een beslissing te nemen, of de keuze laat tussen verschillende mogelijke beslissing, is het bestuur verplicht zijn keuze te verantwoorden. Ook bij de invulling van vage normen, zal een uitgebreider motivering noodzakelijk zijn.

De precieze, concrete motieven moeten uitdrukkelijk en nauwkeurig worden vermeld. Een discretionaire bevoegdheid ontslaat de overheid dus geenszins van de verplichting tot formele motivering, wel integendeel. In dat geval dringt de motiveringsplicht zich nog meer op als niet te verwaarlozen waarborg en zelfs de enige waarborg tegen willekeur." (I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, administratieve rechtsbibliotheek - algemene reeks, VII, formele motivering van bestuurshandelingen, Brugge, Die Keure, 1999, 149, nr. 185.)

Indien verwerende partij in limine litis zou stellen dat zij de geldigheid van de huwelijksakte van verzoeker explicet weigeren te erkennen in de bestreden beslissing, benadrukt verzoeker dat er geen enkele motivering werd opgenomen in de bestreden beslissing omtrent de bevindingen en redenen van weigering.

Gelet op het voorgaande, dient de bestreden beslissing vernietigd te worden."

2.2. De verwerende partij heeft geen nota ingediend.

2.3. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op een

"afdoende" wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkenen in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, opdat de betrokkenen met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. (RvS 18 januari 2010, nr. 199.583, Staelens)

De verwerende partij stelt dat niet is voldaan aan de bepalingen van artikel 40bis, §2, 2° van de Vreemdelingenwet omdat de verwantschap ten opzichte van de referentiepersoon onvoldoende werd aangetoond. Hij steunt zich op de vaststelling dat het huwelijk dat werd gesloten in Marokko nog niet werd overgeschreven in de registers, zodat er geen sprake is van een in België erkend huwelijk.

Artikel 40bis, §2, 2° van de Vreemdelingenwet bepaalt dat als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd: 1° de echtgenoot of de vreemdeling waarmee een geregistreerd partnerschap werd gesloten dat beschouwd wordt als zijnde gelijkwaardig met het huwelijk in België die hem begeleidt of zich bij hem voegt.

Verzoeker kan worden gevuld waar hij betoogt dat deze bepaling niet voorschrijft dat het huwelijk waarvan sprake in artikel 40bis, §2, 2°, om rechtsgeldig te zijn moet zijn overgeschreven in de registers. Minstens motiveert de verwerende partij niet op welke bepaling zij zich heeft gesteund om tot deze conclusie te komen.

Gelet op het feit dat bij de aanvraag tot afgifte van de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie die aanleiding heeft gegeven tot de thans bestreden beslissing een buitenlandse huwelijksakte werd overgemaakt aan het bestuur moet worden gewezen op de toepasbaarheid van artikel 27, § 1, eerste lid van het WIPR. Deze bepaling luidt als volgt:

"§ 1. Een buitenlandse authentieke akte wordt in België door alle overheden erkend zonder dat een beroep moet worden gedaan op enige procedure indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijk recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21.

De akte moet voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de Staat waar zij is opgesteld, nodig zijn voor haar echtheid.

Artikel 24 is, voorzover nodig, van toepassing.

Ingeval de overheid weigert de geldigheid van de akte te erkennen, kan beroep worden ingesteld bij de rechbank van eerste aanleg, onverminderd artikel 121, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23. Het beroep wordt ingesteld bij de familierechtbank indien de buitenlandse authentieke akte een bevoegdheid als bedoeld in artikel 572bis van het Gerechtelijk Wetboek betreft.

§ 2. Een buitenlandse authentieke akte die uitvoerbaar is in de Staat waarin zij is opgesteld, wordt in België uitvoerbaar verklaard door de rechbank van eerste aanleg, onverminderd artikel 121, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23 en na onderzoek van de voorwaarden bedoeld in § 1. De vordering tot verklaring van de uitvoerbaarheid van een

buitenlandse authentieke akte wordt ingesteld bij de familierechtbank indien deze akte een bevoegdheid als bedoeld in artikel 572bis van het Gerechtelijk Wetboek betreft.

§ 3. Een gerechtelijke schikking aangegaan voor een buitenlandse rechter, die uitvoerbaar is in de Staat waar zij tot stand is gekomen, kan in België onder dezelfde voorwaarden als een authentieke akte uitvoerbaar verklaard worden."

Alle Belgische overheden kunnen een buitenlandse authentieke akte erkennen zonder dat er eerst een procedure moet gevoerd worden. Dat is het systeem van 'de plano' erkenning. De erkenning kan gebeuren door de ambtenaar van de burgerlijke stand, zonder enige rechterlijke tussenkomst. De ambtenaar van de burgerlijke stand moet de buitenlandse authentieke akte wel aan een controle onderwerpen."

Voorafgaandelijk benadrukt de Raad dat zijn rechtsmacht, overeenkomstig de in de artikelen 144-146 van de Grondwet vervatte bevoegdheidsverdeling tussen de gewone hoven en de rechtbanken enerzijds en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als administratief rechtscollege anderzijds, is uitgesloten indien de wetgever een beroep heeft opengesteld bij de gewone hoven en rechtbanken tegen de beslissing van de administratieve overheid. De Raad benadrukt dan ook dat hij zich niet uitspreekt over de wettigheid van de weigering tot erkenning van de buitenlandse geboorteakte op zich door de gemachtigde, daar hij hieromtrent geen rechtsmacht heeft, gelet op het beroep dat tegen zulke weigering overeenkomstig artikel 27, § 1, vierde lid van het WIPR openstaat bij de familierechtbank.

Dit gegeven neemt echter niet weg dat de Raad conform artikel 39/1, § 1, tweede lid juncto artikel 39/2, § 2 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet) de wettigheid dient te beoordelen van de weigering van verblijf van meer dan drie maanden en aldus kan nagaan of de motivering van de bestreden beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden afdoende is om verzoeker dit verblijf van meer dan drie maanden te weigeren (cf. RvS 18 maart 2009, nr. 191.552).

Uit voormeld artikel 27 blijkt dat deze bepaling doorverwijst naar verschillende andere artikelen van het Wetboek IPR en dat de echtheid van de akte wordt beoordeeld op grond van het recht van de Staat waar zij is opgesteld. De gemachtigde doet hierover echter in het geheel geen uitspraak. Ook blijkt uit voormeld artikel 27 dat de rechtsgeldigheid van de akte wordt vastgesteld overeenkomstig het toepasselijke recht zoals aangeduid door het WIPR maar ook wat dit aspect betreft, dient te worden vastgesteld dat de gemachtigde hierover in het geheel geen uitspraak doet. Er is geen enkele verwijzing naar enige bepaling van het WIPR hoewel dit het wettelijk kader is dat de erkenning of niet-erkennung van buitenlandse akten beheert. Verder blijkt uit de bestreden beslissing zelfs niet aan de hand van welk recht de gemachtigde de rechtsgeldigheid en de echtheid van de akte is nagegaan.

2.4. Met zijn betoog maakt verzoeker dan ook aannemelijk dat de bestreden beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden geen afdoende gemotiveerde beslissing is en dat artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 zodoende zijn geschonden. Deze vaststelling leidt tot de vernietiging van de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden.

2.5. Het gegeven dat de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden dient te worden vernietigd, leidt in voorliggende zaak tot de bijkomende conclusie dat ook het bevel om het grondgebied te verlaten niet rechtsgeldig werd gegeven. De gemachtigde kan in casu immers geen bevel om het grondgebied te verlaten aan verzoeker betekenen zonder eerst

op een correcte en zorgvuldige wijze te hebben nagegaan of zijn aanspraak op een recht op verblijf van meer dan drie maanden al dan niet kan worden ingewilligd.

III. Korte debatten

De verzoekende partij heeft een gegrond middel aangevoerd dat leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Er is grond om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De vordering tot schorsing, als accessorium van het beroep tot nietigverklaring, is zonder voorwerp.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de Staatssecretaris van Asiel en Migratie van 14 september 2015 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechting op negen augustus tweeduizend zestien door

mevr. A. Wijnants,
mevr. C. Van Den Wyngaert,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,
griffier.

Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, arrest van 9 augustus 2016

Beslissing tot weigering verblijf van meer dan drie maanden – Artikelen 40bis-40ter Vreemdelingenwet – Artikel 52 Vreemdelingenbesluit – Voorwaarden voor gezinshereniging – Ghanese geboorteakte – Artikel 27 WIPR – De plano erkennung – Schending formele motiveringsplicht – Vernietiging van de beslissing

Décision de refus d'un séjour de plus de trois mois – Articles 40bis et 40ter Loi relative aux étrangers – Article 52 Arrêté royal relatif aux étrangers – Conditions relatives au regroupement familial – Acte de naissance ghanéen – Article 27 CODIP – Reconnaissance de plano – Violation de l'obligation formelle de motivation – Annulation de la décision

Nr. 172 987

In zake: X

tegen

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging.

De Wnd. Voorzitter Van De IXe Kamer,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Ghanese nationaliteit te zijn, op 16 maart 2016 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten van 28 januari 2016.

Gezien titel I *bis*, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 21 maart 2016 met refertenummer X.

Gezien het administratief dossier. Gezien de synthesememorie.

Gelet op de beschikking van 16 juni 2016, waarbij de terechting wordt bepaald op 7 juli 2016. Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. Wijnants.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. Flamme, die loco advocaat M. Taets verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat E. Matterne, die verschijnt voor de verwerende partij.

Wijst na beraad het volgende arrest:

I. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 28 januari 2016 neemt de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden en de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. Deze beslissingen worden thans bestreden en zijn gemotiveerd als volgt:

"BESLISSING TOT WEIGERING VAN VERBLIJF VAN MEER DAN DRIE MAANDEN MET BEVEL OM HET GRONDGEVID TE VERLATEN

In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 28.07.2015 werd ingediend door:

Naam: A(...)

Voorna(m(en): N(...)

Nationaliteit: Ghana

Geboortedatum: (...)

Geboorteplaats: Accra

Identificatienummer in het Rijksregister: (...)

Verblijvende te/verklaart te verblijven te: (...)

om de volgende reden geweigerd:

De betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie of van een ander familielid van een burger van de Unie.

Betrokkene heeft de bloedverwantschap in neergaande lijn ten opzichte van de referentiepersoon onvoldoende aangetoond.

Betrokkene legt ter staving van de verwantschap met de referentiepersoon een geboorteakte voor waaruit blijkt dat de geboorteakte laattijdig geregistreerd werd. Gelet dat uit de in Ghana opgestelde 'certified copy of entry in register of birth' dd. 10.11.2012 blijkt dat de geboorte van betrokkene werd geregistreerd op 26.04.2012, bijna 20 jaar na de eigenlijke geboorte van betrokkene, en gelet dat dit document werd opgesteld op basis van loutere verklaringen, zodat er geen rekening mee kan worden gehouden bij het op een betrouwbare wijze vaststellen van de afstamming, kan de authenticiteit en de inhoud van de voorgelegde geboorteakte niet worden erkend.

Zodoende wordt de verwantschap met de referentiepersoon onvoldoende bewezen.

Het bewijs van afstamming kan echter worden geleverd door een DNA-test, uitgevoerd in het kader van een bij de FOD Buitenlandse Zaken aangespannen procedure. Indien de resultaten van deze test positief zijn, kunnen deze worden ingeroepen als bewijs van afstamming ter staving van een nieuwe visumaanvraag.

Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

Aangezien aan één van de voorwaarden voorzien in hoger vermeld artikel niet voldaan werd, wordt de verblijfsaanvraag geweigerd. De andere voorwaarden werden echter niet nagekeken. Deze beslissing belet dus de dienst Vreemdelingenzaken niet om bij de indiening van een nieuwe verblijfsaanvraag de andere voorwaarden na te gaan of over te gaan tot een

onderzoek of analyse die zij nodig acht. Aan betrokkenen wordt bevel gegeven het grondgebied van het Rijk te verlaten binnen 30 dagen. Wettelijke basis: artikel 7, §1, 2° van de wet van 15.12.1980: legaal verblijf in België is verstrekken."

II. Over de rechtspleging

2.1. Overeenkomstig artikel 39/81, zevende lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet) doet de Raad uitspraak op basis van de synthesememorie behoudens wat de ontvankelijkheid van het beroep en van de middelen betreft.

2.2. De verwerende partij heeft geen nota ingediend.

III. Onderzoek van het beroep

3.1. De verzoeker voert in een eerste middel de schending aan van artikel 62 van het Wetboek Internationaal Privaatrecht (hierna: WIPR). Hij betoogt dienaangaande wat volgt:

"Art. 62, §1 WIPR bepaalt het volgende:

"De vaststelling en de betwisting van de afstammingsband ten opzichte van een persoon worden beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind of indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling, bij het verrichten van die handeling.

Wanneer het door dit artikel aangewezen rechtsstelsel geen toestemming van het kind eist, worden de vereiste van en de voorwaarden voor diens toestemming evenals de wijze waarop zij wordt uitgedrukt, beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind op het tijdstip van de toestemming zijn gewone verblijfplaats heeft."

Gezien de heer A.M. de Ghanese nationaliteit genoot op het ogenblik van de geboorte van verzoeker, is het Ghanese recht van toepassing.

Zelfs indien dit gegeven zou betwist worden, dan nog staat het vast dat het Ghanese recht van toepassing is gelet op het feit dat de heer M.A. vrijwillig verklaarde dat hij de vader is van verzoeker. Deze verklaring werd aanvaard en gelegaliseerd door de Ghanese autoriteiten (zie stuk 5). Het paterniteitsonderzoek van het Universitair Ziekenhuis bevestigt eveneens de afstammingsband (zie stuk 6).

De Belgische Staat trekt de authenticiteit van dit document in twijfel door stellen dat het gaat om een eenzijdige verklaring, die 20 jaar na de geboorte van verzoeker werd afgelegd. Deze verklaring zou laattijdig zijn, doch wordt niet vermeld welke de termijn is waarbinnen dit zou moeten gebeuren. Het mag duidelijk zijn dat deze argumenten niets afdoen aan de eigenlijke authenticiteit van het document. Er wordt namelijk geen concrete reden voorgelegd waarom het document niet authentiek zou zijn. Het document werd gelegaliseerd door officiële autoriteiten. Het is overigens niet ongebruikelijk in Afrikaanse landen dat de geboorte niet wordt geregistreerd en dat dit slechts gebeurt indien dit noodzakelijk is voor administratieve doeleinden. Daarenboven wordt de inhoud van de verklaring niet betwist."

3.2. In een derde middel voert verzoeker de schending aan van de formele motiveringsplicht ex de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Hij verwijst onder meer naar hetgeen hij onder het eerste middel had uiteengezet en stelt dienaangaande onder meer dat de verwerende partij de authenticiteit van het document in twijfel trekt, maar nalaat na te

motiveren waarom het betrokken document niet authentiek is. De aangehaalde redenen volstaan niet om de bestreden beslissing te dragen, zo stelt hij.

3.3. De verwerende partij heeft, zoals reeds onder punt 2 gesteld, geen nota ingediend.

3.4. Ter zake wordt de gegrondheid van het derde middel onderzocht, waarin de schending wordt aangevoerd van de formele motiveringsplicht. Voor een goed begrip van het middel werd hiervoor echter ook het eerste middel aangehaald.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op een "afdoende" wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkenen in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, opdat de betrokkenen met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. (RvS 18 januari 2010, nr. 199.583, Staelens; RvS 11 december 2015, nr. 233.222).

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de gemachtigde het verblijf weigert omdat de bloedverwantschap met de referentiepersoon onvoldoende is aangetoond door de geboorteakte die werd voorgelegd. De gemachtigde verwijst naar de laattijdige registratie van de geboorteakte en naar het feit dat ze werd opgesteld op basis van loutere verklaringen, zodat de authenticiteit en inhoud ervan niet kan worden erkend.

Voorerst moet wordt vastgesteld dat in de bestreden beslissing geen juridische grondslag wordt aangegeven waarop de gemachtigde zijn conclusie van niet-erkennung van de geboorteakte steunt.

In casu werd een buitenlandse geboorteakte voorgelegd als bewijs van de afstammingsband. De erkenning of niet-erkennung van de buitenlandse geboorteakten diende dan ook te gebeuren volgens de bepalingen van het WIPR.

Artikel 27 van het WIPR bepaalt in het bijzonder:

"§ 1. Een buitenlandse authentieke akte wordt in België door alle overheden erkend zonder dat een beroep moet worden gedaan op enige procedure indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijk recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21.

De akte moet voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de Staat waar zij is opgesteld, nodig zijn voor haar echtheid.

Artikel 24 is, voorzover nodig, van toepassing.

Ingeval de overheid weigert de geldigheid van de akte te erkennen, kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg, onverminderd artikel 121, overeenkomstig de

procedure bedoeld in artikel 23. Het beroep wordt ingesteld bij de familierechtbank indien de buitenlandse authentieke akte een bevoegdheid als bedoeld in artikel 572bis van het Gerechtelijk Wetboek betreft.

§ 2. Een buitenlandse authentieke akte die uitvoerbaar is in de Staat waarin zij is opgesteld, wordt in België uitvoerbaar verklaard door de rechtkerkbank van eerste aanleg, onverminderd artikel 121, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23 en na onderzoek van de voorwaarden bedoeld in § 1. De vordering tot verklaring van de uitvoerbaarheid van een buitenlandse authentieke akte wordt ingesteld bij de familierechtbank indien deze akte een bevoegdheid als bedoeld in artikel 572bis van het Gerechtelijk Wetboek betreft.

§ 3. Een gerechtelijke schikking aangegaan voor een buitenlandse rechter, die uitvoerbaar is in de Staat waar zij tot stand is gekomen, kan in België onder dezelfde voorwaarden als een authentieke akte uitvoerbaar verklaard worden."

Alle Belgische overheden kunnen een buitenlandse authentieke akte erkennen zonder dat er eerst een procedure moet gevoerd worden. Dat is het systeem van 'de plano' erkenning. De erkenning kan gebeuren door de ambtenaar van de burgerlijke stand, zonder enige rechterlijke tussenkomst. De ambtenaar van de burgerlijke stand moet de buitenlandse authentieke akte wel aan een controle onderwerpen."

Verzoeker verwijst naar artikel 62 van het WIPR, dat bepaalt:

"§ 1. De vaststelling en de betwisting van de afstammingsband ten opzichte van een persoon worden beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind of, indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling, bij het verrichten van die handeling.

Wanneer het door dit artikel aangewezen rechtsstelsel geen toestemming van het kind eist, worden de vereiste van en de voorwaarden voor diens toestemming evenals de wijze waarop zij wordt uitgedrukt, beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind op het tijdstip van de toestemming zijn gewone verblijfplaats heeft.

§ 2. Wanneer een afstammingsband volgens het recht toepasselijk uit hoofde van deze wet rechtsgeldig wordt vastgesteld tegenover meerdere personen, bepaalt het recht toepasselijk op de afstamming die van rechtswege uit de wet voortvloeit welk gevolg een erkenning hierop heeft. [1 In geval van conflict tussen meerdere afstammingen die van rechtswege uit de wet voortvloeien of die voortvloeien uit meerdere erkenningen, regelt, tussen de aangewezen rechtsstelsels, het recht van de Staat waarmee het geval de nauwste banden heeft, het conflict.]

Voorafgaandelijk benadrukt de Raad dat zijn rechtsmacht, overeenkomstig de in de artikelen 144-146 van de Grondwet vervatte bevoegdheidsverdeling tussen de gewone hoven en de rechtkerkbanken enerzijds en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als administratief rechtscollege anderzijds, is uitgesloten indien de wetgever een beroep heeft opengesteld bij de gewone hoven en rechtkerkbanken tegen de beslissing van de administratieve overheid. De Raad benadrukt dan ook dat hij zich niet uitspreekt over de wettigheid van de weigering tot erkenning van de buitenlandse geboorteakte op zich door de gemachtigde, daar hij hieromtrent geen rechtsmacht heeft, gelet op het beroep dat tegen zulke weigering overeenkomstig artikel 27, § 1, vierde lid van het WIPR openstaat bij de familierechtbank.

Dit gegeven neemt echter niet weg dat de Raad conform artikel 39/1, § 1, tweede lid juncto artikel 39/2, § 2 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet) de wettigheid dient te beoordelen van de weigering van verblijf van meer

dan drie maanden en aldus kan nagaan of de motivering van de bestreden beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden afdoende is om verzoeker dit verblijf van meer dan drie maanden te weigeren (cf. RvS 18 maart 2009, nr. 191.552).

Uit voormeld artikel 27 blijkt dat deze bepaling doorverwijst naar verschillende andere artikelen van het Wetboek IPR en dat de echtheid van de akte wordt beoordeeld op grond van het recht van de Staat waar zij is opgesteld. Volgens verzoeker is dit het Ghanese recht, de gemachtigde doet hierover echter in het geheel geen uitspraak. Ook blijkt uit voormeld artikel 27 dat de rechtsgeldigheid van de akte wordt vastgesteld overeenkomstig het toepasselijke recht zoals aangeduid door het WIPR - ook dit recht is volgens verzoeker het Ghanese recht, maar ook wat dit aspect betreft, dient te worden vastgesteld dat de gemachtigde hierover in het geheel geen uitspraak doet.

Zoals eerder gesteld, ontbeert de bestreden beslissing een juridische grondslag voor de niet-erkenning van de geboorteakte. Er is geen enkele verwijzing naar enige bepaling van het WIPR hoewel dit het wettelijk kader is dat de erkenning of niet-erkenning van buitenlandse akten beheert. Verder blijkt uit de bestreden beslissing zelfs niet aan de hand van welk recht de gemachtigde de rechtsgeldigheid en de echtheid van de akte is nagegaan.

3.5. Met zijn betoog maakt verzoeker dan ook aannemelijk dat de bestreden beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden geen afdoende gemotiveerde beslissing is en dat artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 zodoende zijn geschonden. Deze vaststelling leidt tot de vernietiging van de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden.

3.6. Het gegeven dat de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden dient te worden vernietigd, leidt in voorliggende zaak tot de bijkomende conclusie dat ook het bevel om het grondgebied te verlaten niet rechtsgeldig werd gegeven. De gemachtigde kan in casu immers geen bevel om het grondgebied te verlaten aan verzoeker betekenen zonder eerst op een correcte en zorgvuldige wijze te hebben nagegaan of zijn aanspraak op een recht op verblijf van meer dan drie maanden al dan niet kan worden ingewilligd.

Ook het bevel om het grondgebied te verlaten wordt derhalve vernietigd.

IV. Kosten

Gelet op het voorgaande past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van de verwerende partij.

Het door de verzoekende partij onverschuldigd gekweten rolrecht ten belope van 186 euro dient te worden terugbetaald

**OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR
VREEMDELINGENBETWISTINGEN:**

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten van 28 januari 2016 wordt vernietigd.

Artikel 2

De kosten van het beroep, begroot op 186 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Artikel 3

Het door de verzoekende partij onverschuldigd gekweten rolrecht ten belope van 186 euro dient te worden terugbetaald.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op negen augustus tweeduizend zestien door:

mevr. A. Wijnants,
mevr. C. Van Den Wyngaert,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,
griffier.

RECHTSLEER/DOCTRINE

Apers, Elsevier (KU Leuven) - De atleet met een internationale carrière en het IPR: hoe sportief is die combinatie? Noot onder Hof van Cassatie van 29 oktober 2015

Noot bij [Hof van Cassatie, arrest van 29 oktober 2015.](#)

Introductie

Het cassatieberoep in deze zaak is een sluitstuk in de pogingen tot schorsing van een arbitrale uitspraak van het Internationaal Sporttribunaal in Zwitserland (hierna: TAS). Het TAS schorste een Belgische atleet in de uitoefening van zijn beroepsactiviteiten na vermeend gebruik van verboden middelen. Zoals de laatste jaren vaker gebeurt, brengt de atleet een zaak voor een nationale rechtbank tegen de overkoepelende sportfederatie. Deze vordering gaat dan ofwel rechtstreeks in tegen een arbitrale uitspraak van het TAS, of poogt volledig buiten het TAS om een zaak aanhangig te maken. Deze evolutie is niet naar de zin van de grote sportfederaties die in hun contracten met sporters arbitrage bij het TAS verplicht stellen. Zo roepen die federaties vaak de onbevoegdheid van de nationale rechtbanken in, of gaan ze in tegen de maatregelen die door nationale rechtbanken worden opgelegd. Deze noot behandelt een cassatieberoep ingesteld door een internationale sportfederatie inzake het verbeuren van een dwangsom in België. Hoewel de sportfederatie ervan uitgaat dat een schorsing, opgelegd door het TAS, direct overal ter wereld geldt, wordt eenzelfde effect van een Belgische uitspraak die deze sanctie schorst, betwist.

Feiten¹ en procesverloop

Op 6 juli 2010 wordt de atleet door het TAS geschorst voor een periode van 2 jaar vanwege vermeend gebruik van verboden middelen. Op 28 mei 2010 is reeds een zaak aanhangig gemaakt voor de rechtbank van eerste aanleg in Brussel, zetelend in kort geding, om opschorting te bekomen van de procedure voor het TAS, vanwege schending van de rechten van verdediging onder artikel 6 van het EVRM. Bij beschikking oordeelde de voorzitter van de rechtbank op basis van het Verdrag van New York² dat hij niet territoriaal bevoegd was, waartegen de atleet in beroep gaat. In de tussenbeslissing van 10 november 2010 schorst het Hof van Beroep te Brussel de opgelegde sanctie van het TAS, in afwachting van verder onderzoek naar de bevoegdheid van de Belgische rechter onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 euro. De atleet zou dus effectief weer moeten kunnen deelnemen aan sportevenementen totdat uitspraak is gedaan in het bodemgeschil.

De sportfederatie is van mening dat dit tussenarrest enkel uitwerking heeft in België en verbiedt de atleet aldus deel te nemen aan onder andere wedstrijden in Nederland en Duitsland. De voorzieningenrechter in Amsterdam³ laat in het midden of die stelling juist is, maar beslist op 6 januari 2011 dat uit de rechtsverhouding tussen de sportfederatie en atleten voortvloeit dat de sportfederatie gehouden is om de opschorting ook buiten België effect te geven en legt een dwangsom op van 50.000 euro voor elke dag dat de atleet niet mag deelnemen aan de wedstrijd in Nederland. In Duitsland wordt de facto deelname aan een

¹ De hier weergegeven feiten komen uit de uitspraken in het archief van de auteur.

² Verdrag tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen (verdrag van New York 1958).

³ Waar de atleet zich tot richtte om alsnog te kunnen deelnemen aan een wedstrijd aldaar, zie ECLI:NL:RBAMS:2011:BP2172, laatst geraadpleegd via www.rechtspraak.nl op 01.12.2016.

wedstrijd wel verboden en daarvoor wordt in België beslag gelegd onder derden ter invordering van de dwangsom opgelegd door het Hof van Beroep van Brussel. De sportfederatie tekent hiertegen verzet aan, hetgeen ongegrond werd verklaard door de rechtbank van eerste aanleg in maart 2012. De sportfederatie gaat hiertegen in beroep en in maart 2014 bevestigt het Hof van Beroep te Brussel de inbreuk op de schorsing van de uitspraak van het TAS. Hierbij stelt het Hof van Beroep dat ‘*als een Belgische rechter een veroordeling uitspreekt die in het buitenland moet worden nagekomen, zoals hier het geval is, dat in geval van niet-nakoming de verbeurte van een dwangsom kan opleveren die in België kan ingevorderd worden*’, en dat “*voor de verbeurte van de opgelegde dwangsom niet vereist is dat er voor de tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling in het buitenland een exequatur bekomen werd*”.

Uitspraak in cassatie

De sportfederatie stelt cassatieberoep in tegen die uitspraak van maart 2014. In cassatie wordt geoordeeld dat een hoofdveroordeling waaraan een dwangsom is gekoppeld en die gedeeltelijk in het buitenland moet worden voldaan – doelend op de wedstrijd in Duitsland – enkel kan worden verbeurd indien de hoofdveroordeling daar uitvoerbaar werd verklaard door middel van een exequaturprocedure. Het Hof van Cassatie gaat hierbij in op artikel 33(1) en 38(1) van Verordening 44/2001 (hierna: Brussel-I)⁴, die inhouden dat rechterlijke beslissingen, ongeacht de rechtsmiddelen die nog openstaan, in een andere Staat erkend worden tenzij er een weigeringsgrond voorhanden is en dat zij ook daadwerkelijk uitvoerbaar zijn nadat zij er uitvoerbaar zijn verklaard. Het Hof van Cassatie is van oordeel dat het Hof van Beroep de bepalingen van de Brussel-I Verordening schaadt door te oordelen dat er geen exequaturprocedure moet worden doorlopen in het buitenland voor het verbeuren van de dwangsom in België. Let wel, deze procedure is onder de nieuwe Brussel-Ibis Verordening erg versoepeld: sterker nog, deze is in principe afgeschaft.⁵ Een schuldeiser kan nu, mits in het bezit van het bijbehorende certificaat, direct met de uitspraak naar de uitvoerende autoriteiten stappen in het land waar om tenuitvoerlegging wordt gevraagd.

Commentaar

Het Hof van Beroep, in het arrest van 7 maart 2014, stelt dat een Belgische uitspraak waar een dwangsom aan gekoppeld is en die ook in het buitenland moet worden nagekomen, kan leiden tot de verbeurte van de dwangsom in België zonder dat hierbij een exequaturprocedure moet worden doorlopen in het buitenland (in dit geval in Duitsland). Het Hof van Beroep gebruikt dan wel de term ‘nagekomen’, maar het lijkt meer te gaan over een feitelijke gebeurtenis die de dwangsom doet verbeuren, dan over een Belgische uitspraak die in Duitsland moet worden uitgevoerd. Dit heeft er misschien toe geleid dat het Hof van Cassatie de richting van de exequaturprocedure is opgegaan, door te stellen dat het doorlopen van een exequaturprocedure wel nodig is, omdat anders een schending optreedt van Brussel-I. Welke instantie heeft gelijk? Het antwoord op deze vraag is niet eenvoudig en er is in rechtsleer en rechtspraak weinig precedent.

Als eerste punt moet opgemerkt worden dat de Belgische rechter inderdaad kan bepalen dat een opgelegde verplichting, in dit geval het opschorsten van de sanctie, niet beperkt blijft tot het nationale grondgebied.⁶ Een eerste vraag die hierbij opgeworpen werd tijdens de eerste

⁴ Verordening 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 L 12/1*, 16 januari 2001.

⁵ Zie artikel 39 van Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB L 351*, 20 december 2012.

⁶ Voorz. Rb. Brussel, 1 maart 2001, *JT* 2001, 25.

procedure, maar helaas uiteindelijk niet meer beantwoord, is of de nationale rechter bevoegd is om een arbitrale uitspraak te herzien.⁷ Dit is al een discussie op zich.⁸ In de contracten tussen de internationale sportfederatie en de atleet wordt die optie uitgesloten: ook stelt artikel 22.3 van de Statuten van het TAS dat de nationale overheden de arbitrage ‘zullen respecteren’.⁹ Er zijn echter auteurs die menen dat de weg naar de gewone rechtbank echter nooit op dergelijke wijze afgesloten kan worden gezien de grondrechten van de atleet.¹⁰

Een tweede punt is of een buitenlandse rechtsorde (in casu Duitsland) gevolg moet, kan, geven aan een gerechtelijke schorsing in rechtsorde A (in casu België) van een arbitrale uitspraak, waaraan een dwangsom is gekoppeld en zo ja, hoe dit dan moet gebeuren. Een van de juridische instrumenten die een kader biedt waarbinnen de gevolgen van een uitspraak op een ander nationaal grondgebied ressorteren, is de erkennings- en tenuitvoerleggingsprocedure in Brussel-I.

Deze Verordening geeft geen definitie van het begrip ‘erkennung’, maar het bijbehorende rapport stelt hierover dat ‘*de erkenning dient ten gevolge te hebben dat de beslissingen het gezag en het effect worden verleend die zij genieten in het land waar zij zijn gewezen*’.¹¹ Het betekent dat de staat waar erkenning wordt verzocht, effect geeft aan de rechten en verplichtingen die opgelegd zijn aan de partijen en deze accepteert. Deze erkenning gebeurt, ingevolge artikel 33 Brussel-I (en artikel 36 onder Brussel-Ibis) automatisch, zonder enige vorm van proces. Dit impliceert voor de onderhavige uitspraak dat Duitsland – maar even zo goed alle andere lidstaten van de Europese Unie – de uitspraak automatisch erkent. Dit uiteraard behoudens de aanwezigheid van weigeringsgronden uit artikel 34 en 35 Brussel-I die de wederpartij kan aandragen bij de rechter.

Wat tenuitvoerlegging betreft biedt Brussel-I een kader waarbinnen de schuldeiser, via de rechter in de aangezochte staat, een verklaring van uitvoerbaarheid kan bekomen. Met deze ‘gelijkstelling’ van een buitenlands vonnis met een binnenlands vonnis kan de schuldeiser dan naar de daadwerkelijk uitvoerende autoriteiten stappen.¹² De scheidslijn tussen wat erkenning is en wat tenuitvoerlegging is en waar dat dan precies dient te gebeuren, is echter niet altijd evident. Is in onderhavig geval een exequaturprocedure in Duitsland vereist voordat de dwangsom verbeurt en geïnd kan worden in België?

De uitspraak van het Hof van Cassatie zelf is slechts 3 pagina’s lang en mist duidelijke en noodzakelijke motivatie. Het enige dat gesteld wordt is dat het verbeuren van een dwangsom in België naar aanleiding van niet-nakoming van een hoofdveroordeling die geen

⁷ Voor arbitrage die in België plaatsvindt, kan hoger beroep in worden gesteld binnen een termijn van een maand vanaf de mededeling van de arbitrale uitspraak maar enkel wanneer in deze optie is voorzien in de arbitrageovereenkomst zelf, zie art. 1716 Gerechtelijk Wetboek.

⁸ Zie bijvoorbeeld ook rechtspraak daterend uit 2010-2011 inzake een Belgische atlete: Rb. van eerste aanleg Brussel, 14 december 2009, nr. 09/1747/C, *onuitg.*; Raad van State 14 juli 2010, no. 206.617, *TBP* 2011, afl. 3, 169; Cass. 31 mei 2011, C.10.0508.N, *APT* 2011, afl. 3, 333, concl. DUBRULLE.

⁹ De consensus binnen de Belgische rechtspraak is dat dergelijke clausules niet onwettig zijn, zie onder andere: Rb. Brussel, 9 oktober 2007, A.R. 04/2459/A, *onuitg.*; Rb. Brussel, 30 juni 1994, A.R. 295/91; Rb. Brussel (kort geding), 28 januari 2003, A.R. 2002/1974/C, *onuitg.*

¹⁰ K. THOR & C. LASTHAUS, ‘Das Pechstein-Urteil des BGH – ein Freibrief für die Sportschiedsgerichtsbarkeit?’ *IPRax* Vol. 5, 2016, 426-431; M. REEB, *The role and functions of the Court of Arbitration for Sport (CAS), The CAS 1984-2004*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2006, 31; L. MISSON, ‘Arbitrage et droits fondamentaux,’ *J.L.M.B.* 2011, 1085-1088 .

¹¹ Rapport door P. JENARD over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB C* 59, 1979, p 43.

¹² K. KERAMEUS, artt. 38-52, in: U. MAGNUS en P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels-I Regulation*, 2^e editie 2012, Sellier, München, p. 745 ev.

exequaturprocedure doorlopen heeft in het buitenland, in strijd is met de bepalingen uit Brussel-I. Hoe dit komt, wordt niet uiteengezet.

Deze visie van het Hof van Cassatie is mijns inziens onjuist.¹³ Er zijn namelijk twee aspecten aan de zaak: het niet mogen deelnemen aan een wedstrijd in Duitsland en het verbeuren van de dwangsom. Voor het effectief aan de start laten komen van de atleet, is erkenning van de uitspraak van de Belgische rechter voldoende en dat gebeurt, zoals hierboven uiteengezet, automatisch. Wat in België nodig is voor het verbeuren van een dwangsom is dat de beslissing die de dwangsom oplegt, uitvoerbaar is en ten tweede dat die beslissing betekend is aan de schuldenaar.¹⁴ Het eerste vereiste zorgt ervoor dat men zou kunnen denken dat een dwangsom in een geschil met een grensoverschrijdend karakter enkel verbeurd kan worden door niet-nakoming in het buitenland, als de hoofdveroordeling daar de exequaturprocedure heeft doorlopen. Met T. Schoors en P. Debaene meen ik echter dat hoofdveroordelingen waar een dwangsom aan vasthangt als zodanig niet in aanmerking komt voor reële executie. Het middel om de schuldenaar te doen bewegen het vonnis na te komen, is juist de dwangsom.¹⁵ Dezelfde auteurs brengen m.i. ook terecht aan dat de functie van de dwangsom teniet wordt gedaan als eerst nog in het buitenland een exequatur verkregen moet worden voordat de dwangsom in België geïnd kan worden.

Stel dat de atleet effectief wordt geweigerd te starten in Duitsland en men aldaar een geldsom zou willen invorderen bij een Duitse partij, zou er wel een tenuitvoerleggingsprocedure doorlopen moeten worden onder de bepalingen van het oude Brussel-I.¹⁶ Die procedure heeft echter enkel betrekking op het door de rechter gelijkstellen van het buitenlands vonnis met een nationaal vonnis en niet met de uiteindelijke gedwongen uitvoering – die wordt overgelaten aan het nationale procesrecht aan nationale autoriteiten.¹⁷ In deze casus is er echter geen nood aan Duitse uitvoerende autoriteiten, aangezien het te betalen bedrag niet uit Duitsland moet komen, maar voortvloeit uit de in België opgelegde dwangsom. Dit wordt des te meer duidelijk indien we deze casus verplaatsen naar het Brussel-Ibis kader, waar de exequaturprocedure is weggevallen: naar welke Duitse uitvoerende autoriteit zou men stappen om de geldsom te innen die is opgelegd door een Belgische rechter en die geïnd zal worden in België? Bij eenzelfde casus onder Brussel-Ibis zal het Hof van Cassatie zich niet meer kunnen beroepen op de procedure onder Brussel-I: een eventuele herziening van het standpunt in de toekomst?

¹³ Er zijn wel auteurs die menen dat een dwangsom in een grensoverschrijdend geschil met een buitenlandse partij niet wordt verbeurd zolang de beslissing in het buitenland geen exequatur heeft doorlopen, zie J. Van COMPRENOLLE & O. MIGNOLET, in G. De LEVAL en J. Van COMPERNOLLE (eds.), *Saisies et astreintes*, Luik, Formation Permanente CUP, 2003, 216 en K. WAGNER, *Dwangsom*, A.P.R., Mechelen, Kluwer, 2003, 203.

¹⁴ Deze vereisten zijn niet als zodanig in de wet opgenomen, maar vloeien voort uit een arrest van het Benelux Gerechtshof uit 1985, Benelux Hof 1985, R.W. 1985-86, 936.

¹⁵ T. SCHOORS & P. DEBAENE, ‘De dwangsom in een grensoverschrijdende context’, *RW* 2005-2006, nr. 26, 2006, 1006 e.v.

¹⁶ K. SWERTS & B. VOLDEM, ‘De dwangsom in grensoverschrijdend verband’, in: B. MAES & J. VAN DONINCK (eds.), *Dwangsom, omdat het moet*, Cahiers Antwerpen-Brussel-Gent, Larcier, 2012, 53-54.

¹⁷ H. STORME, ‘Artikel 22: erkenning en uitvoerbaarverklaring van buitenlandse rechterlijke beslissingen’, in: J. ERAUW e.a. (eds.) *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 122.

Bambust, Isabelle (UGent) – Het collectief herstel en de taal van de oproeping – de Nederlandse Fortis-affaire als voorbeeld

De collectieve afhandeling van schadegevallen is voor mij een echte ver-van-mijn-bed-show. Maar na zondag 13 november 2016 *moest* ik er wel iets over schrijven. Op die dag kwam 's avonds mevrouw M. tot mij met de mededeling dat haar man de volgende oproeping per brief vanuit een Nederlands gerechtsdeurwaarderkantoor had ontvangen naar aanleiding van het collectief herstel in de Fortis-affaire.



gerechtsdeurwaarders

BELGIUM



, 2 november 2016

Dossiernr.

BELGIË

Geachte heer/mevrouw,

Op verzoek van Ageas SA/NV (het voormalige Fortis), Vereniging van Effectenbezitters (VEB), DRS Belgium CVBA (Deminor), Stichting Investor Claims Against Fortis (SICAF), Stichting FortisEffect en Stichting FORsettlement treft u hierbij aan een brief in de Nederlandse taal en een vertaling hiervan in de ta(a)l(en) van het land zoals hierboven vermeld, d.d. 2 november 2016, waarbij u wordt opgeroepen om te verschijnen ter zitting van het Gerechtshof Amsterdam, te houden op vrijdag, 24 maart 2017 om 10.00 uur in het Paleis van Justitie aan het IJdok 20 te Amsterdam (Nederland), op welke zitting zal worden behandeld het verzoek tot verbindendverklaring van een door verzoeksters gesloten overeenkomst (de Settlement Agreement), waarbij nader is bepaald welke vergoeding de in de overeenkomst genoemde aandeelhouders kunnen ontvangen.

Deze oproeping is een uitnodiging om op gemelde zitting te verschijnen. Indien u niet verschijnt, zal dit geen afbreuk doen aan uw recht op compensatie of het uitbrengen van een opt-out verklaring.

Ingevolge artikel 277 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering juncto artikel 8 lid 1 van de Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekenis en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken ("de betekenis en de kennisgeving van stukken") en tot intrekking van Verordening (EG) 1348/2000 van de Raad wijzen wij u erop dat u kunt weigeren dit stuk in ontvangst te nemen indien het niet gesteld is in of vergezeld gaat van een vertaling, ofwel in een taal die u begrijpt ofwel in de officiële taal c.q. één van de officiële talen van de plaats van betekenis of kennisgeving.

Indien u dat recht wenst uit te oefenen, moet u onmiddellijk bij de kennisgeving van dit stuk en rechtstreeks ten aanzien van de persoon die deze kennisgeving verricht de ontvangst ervan weigeren of moet u het stuk, alsmee het op de achterzijde van deze brief geprinte formulier (inge vuld), binnen een week terugzendende aan GGN Mastering Credit N.V., Postbus 3, 2501 CA te Den Haag, onder vermelding van dossiernummer L1425278 en hierbij verklaren dat u de ontvangst ervan weigert.

Hoogachtend,

Gerechtsdeurwaarder

Zoals uit de oproeping blijkt, betreft het hier een procedure tot verbindendverklaring van een overeenkomst strekkende tot collectieve schadeafwikkeling.¹ Ik wil in deze korte bijdrage graag nagaan welke taalbescherming men bij deze oproeping bezigt (punt 1). Daarna maak ik een korte vergelijking met de Belgische situatie (punt 2). Ik sluit af met een kritische noot (punt 3).

1. De Nederlandse oproeping en de taalbescherming

Artikel 1013 lid 5 van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering stelt dat “[d]e oproeping van de aan de verzoekers bekende personen (...) geschiedt bij gewone brief, tenzij de rechter anders bepaalt. Bovendien geschiedt de oproeping door aankondiging daarvan in één of meer door de rechter aan te wijzen nieuwsbladen (...). Indien er personen zijn ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, die geen woonplaats of verblijf in Nederland hebben *en een voor Nederland bindende internationale of Unie-regeling niet een wijze van oproeping voorschrijft*, gelast de rechter oproeping op een door hem bepaalde wijze van deze personen, zonodig in één of meer andere talen dan de Nederlandse taal.” (eigen cursivering).²

Met betrekking tot de voorliggende oproeping vanuit Nederland naar België, is er wel degelijk een Unie-regeling, en dit onder de vorm van de Beteekeningsverordening. Die Europese verordening wordt – zoals uit de oproeping zelf blijkt – ook toegepast. Toch zijn er in dat licht enkele taalbijzonderheden.

Allereerst verkreeg de echtgenoot van M. de brief in drie talen, met name in de drie Belgische landstalen, zijnde Nederlands, Frans en Duits. De brief zegt zelf dat de ontvanger een brief aantreft “in de Nederlandse taal en een vertaling hiervan in de ta(a)l(en) van het land zoals hierboven vermeld”. Dit terwijl artikel 8 Beteekeningsverordening voorschrijft dat de ontvanger het document kan weigeren “indien het niet is gesteld in of niet vergezeld gaat van een vertaling in een van de volgende talen: a) een taal die degene voor wie het stuk bestemd is, begrijpt, of b) *de officiële taal van de aangezochte lidstaat of, indien er verscheidene officiële talen in de aangezochte lidstaat zijn, de officiële taal of een van de officiële talen van de plaats waar de betekening of kennisgeving moet worden verricht.*” (eigen cursivering). In de Fortis-zaak doet men dus meer, en past men een gelijktijdige taalbescherming van de drie Belgische landstalen toe terwijl die landstalen normalerwijs alleen maar in een eigen taalgebied worden toegepast. Daarmee worden aan de oorspronkelijke Nederlands taal (die overeenkomt met de officiële taal van het Nederlandstalige Belgische grondgebied waar de betekening plaatsgrijpt) twee andere talen toegevoegd, het Frans en het Duits, waarmee de kans op het begrijpen van de boodschap een beetje verhoogt. Men vertrekt dus van de oorspronkelijke taal die (hier toevallig) overeenkomt met de officiële taal van de plaats van betekening, en voegt daar die twee andere (lands)talen aan toe. Eigenaardig is wel dat niet uitdrukkelijk gezegd wordt welke die andere talen zijn, en ook niet hoeveel het er zijn. Voor het overige wordt op de Nederlandse, de Franse, en de Duitse brieven ook niet met zoveel woorden vermeld dat het respectievelijk om de Nederlandstalige, Franstalige en Duitstalige versies gaat. Zo’n *cavalier seul* initiatief om de oorspronkelijke brief naar meerdere talen te vertalen die geen officiële taal van de betekeningsplaats zijn en ook niet met 100% zekerheid talen die de ontvanger beter begrijpt dan de officiële taal van de betekeningsplaats, kan echter

¹ Daarbij wordt Titel 14 van het Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toegepast: “Van rechtspleging in zaken betreffende de verbindendverklaring van overeenkomsten strekkende tot collectieve schadeafwikkeling”. Daarnaast kent het Nederlandse recht sinds kort ook een procedure in zaken betreffende een collectieve actie en collectieve schadeafwikkeling – zie de nieuwe Titel 14A in het Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De taalbescherming is in beide titels gelijkaardig.

² Er is een gelijkaardige bepaling in artikel 1017 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waar het gaat over de mededeling van de beschikking tot verbindendverklaring.

ook tot een zekere ondoorzichtigheid leiden. Die ondoorzichtige handelwijze kreeg trouwens al een leven in de FAQ-rubriek van de speciaal gecreëerde webpagina <http://forsettlement.com>. Daar staat de vraag “Waarom ontvang ik deze oproeping in verschillende talen?” Het antwoord op die webpagina is: “Volgens de Europese verordeningen over de betekenis en kennisgeving van stukken moeten documenten worden verstrekt in bepaalde, en soms meerdere, talen, afhankelijk van het land van betekenis of kennisgeving. Als het document niet vertaald is naar een taal die u begrijpt ofwel de officiële taal van de plaats van betekenis of kennisgeving, heeft u conform Verordening (EC) Nr. 1392/2007 [sic] het recht om het document te weigeren. Als u om deze reden de kennisgeving wilt weigeren, moet u het document weigeren op het moment dat het u wordt aangeboden of binnen één week na ontvangst het bijgeleverde formulier genaamd “Annex II” invullen en terugsturen naar het adres dat op het formulier vermeld staat.” Het antwoord stelt dus dat er volgens de Europese Betekeningsverordening soms in meerdere talen zou moeten vertaald worden. Dat begrijp ik niet, want artikel 8 Betekeningsverordening stelt de hypothese van verscheidene officiële talen immers zelf voorop. In dat geval is het voldoende dat met één van de officiële talen van de plaats van betekenis wordt rekening gehouden.

Ten tweede wordt ook aan de ontvanger van de brief zijn recht om de ontvangst van het stuk te weigeren meegedeeld. Dit gebeurde in de Fortis-zaak enkel in het Nederlands, het Frans en het Duits, dus in de drie talen waarin de brief bij de ontvanger toekwam.

BIJLAGE II

MEDEDELING AAN DE GEADRESSEERDE INZAKE ZIJN RECHT OM DE ONTVANGST VAN EEN STUK TE WEIGEREN

(Artikel 8, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekenis en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken⁽¹⁾)

NL:

De betekenis en kennisgeving van het bijgevoegde stuk is geschied overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad inzake de betekenis en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken. U kunt weigeren het stuk in ontvangst te nemen indien het niet gesteld is in of vergezeld gaat van een vertaling, ofwel in een taal die u begrijpt ofwel in de officiële taal/een van de officiële talen van de plaats van betekenis of kennisgeving. Indien u dat recht wenst uit te oefenen, moet u onmiddellijk bij de betekenis en kennisgeving van het stuk en rechtstreeks ten aanzien van de persoon die de betekenis en kennisgeving verricht de ontvangst ervan weigeren of moet u het stuk binnen een week terugzendend naar het onderstaande adres en verklaren dat u de ontvangst ervan weigert.

ADRES:

1. Naam:

2. Adres:

2.1. Straat + nummer/postbus:

2.2. Postcode + plaats:

2.3. Land:

The Netherlands

3. Telefoon:

4. Fax(*):

5. E-mail(*):

VERKLARING VAN DE GEADRESSEERDE:

Ik weiger de ontvangst van het hieraan gehechte stuk, omdat dit niet gesteld is in of vergezeld gaat van een vertaling, ofwel in een taal die ik begrijp ofwel in de officiële taal/een van de officiële talen van de plaats van betekenis of kennisgeving.

Ik begrijp de volgende taal (talen):

Bulgaars	<input type="checkbox"/>	Litouws	<input type="checkbox"/>
Spaans	<input type="checkbox"/>	Hongaars	<input type="checkbox"/>
Tsjechisch	<input type="checkbox"/>	Maltees	<input type="checkbox"/>
Duits	<input type="checkbox"/>	Nederlands	<input type="checkbox"/>
Ests	<input type="checkbox"/>	Pools	<input type="checkbox"/>
Grieks	<input type="checkbox"/>	Portugees	<input type="checkbox"/>
Engels	<input type="checkbox"/>	Roemeens	<input type="checkbox"/>
Frans	<input type="checkbox"/>	Slowaaks	<input type="checkbox"/>
Iers	<input type="checkbox"/>	Sloveens	<input type="checkbox"/>
Kroatisch	<input type="checkbox"/>	Fins	<input type="checkbox"/>
Italiaans	<input type="checkbox"/>	Zweeds	<input type="checkbox"/>
Lets	<input type="checkbox"/>		
Overige	<input type="checkbox"/>	gelieve te preciseren:	_____
Gedaan te:			

Datum:

/ /

Ondertekening en/of stempel:

(1) PB L 324 van 10.12.2007, blz. 79.

(*) Facultatief.

Bij zo'n grensoverschrijdende zending per post overeenkomstig de Betekeningsverordening stelt artikel 277 lid 1 Nederlandse Burgerlijke Rechtsvordering inderdaad onder punt d. dat de informatie met het oog op een eventuele taalweigering enkel in de in artikel 8, eerste lid, van de verordening bedoelde talen, moet worden meegedeeld. Volgens mij is dit een verkeerde benadering. Eigenlijk moet het hele taalinformatieformulier worden bijgevoegd, dus in de 24



officiële Europese talen. Een eeuwig probleem blijft inderdaad de taal waarin een taalrecht aan de begunstigde van dat taalrecht moet worden aangekondigd. Onder de Betekeningsverordening is het informatieformulier voor de bestemmeling opgesteld in alle officiële talen van de EU. Alle taalversies bevinden zich in één afgebakend formulier. Artikel 8.1 Betekeningsverordening geeft weer dat de kennisgeving van het weigeringsrecht door dit modelformulier moet gebeuren. De vraag rijst of het volledige formulier met alle taalversies moet bijgevoegd worden. Mijn standpunt is dat alleen mits een integrale bijvoeging het formulier zijn maximale slagkracht niet mist. Inderdaad, bij de niet-vertaling van bijvoorbeeld een Duitstalig te betekenen stuk in Frankrijk, is het belangrijk dat de Roemeenstalige bestemmeling de bijgevoegde informatie ook in het Roemeens tot zich kan nemen. De Betekeningsverordening wordt ook toegepast naar aanleiding van de uitwerking van andere procedurele Europese verordeningen, zoals de Europese betalingsbevelprocedure. Welnu, ter gelegenheid van zo'n betalingsbevelprocedure beslist de Belgische Vrederechter van Bree volgens mij terecht dat de bestemmeling in kennis moet gesteld worden van het modelformulier waarin hij in alle Europese officiële talen zijn weigeringsrecht kan lezen.³

In casu is de kans op een terechte weigering evenwel gering, zoniet onbestaand, omdat de ontvanger ook een exemplaar van de brief in het Nederlands, dus in de officiële taal van de betekeningsplaats, heeft ontvangen. Het standaardformulier vormt op dat vlak een soort van Europese misleidende taalpubliciteit. Inderdaad, het formulier doet de bestemmeling over zijn taalbescherming geloven dat de "taal die de bestemmeling begrijpt" in rekening zal worden gebracht, terwijl artikel 8 Betekeningsverordening onverbiddelijk op de officiële taal van de plaats van betekening gefocust blijft.

Een erg goede zaak in de Nederlandse wetgeving is wel dat men uitgaat van het principe dat de in de zaak bekende personen per brief worden opgeroepen. Eenmaal de persoon bekend is, neemt men dus de moeite om hem rechtstreeks te bereiken. Waar nodig, steekt men een grens over om de ontvanger te treffen, en daardoor komen er desgevallend bepaalde taalbeschermdende regels op de voorgrond. Wel wat jammer vind ik dat er in de oproeping niet wordt verwezen naar de speciaal aangemaakte webpagina <http://forsettlement.com>.

2. De Belgische oproeping en de taalbescherming

Artikel XVII.43 § 3 van het Belgische Wetboek van Economisch Recht kondigt aan dat de oproeping plaatsvindt door de bekendmaking van de ontvankelijkheidsbeslissing in het Belgisch Staatsblad en op de webpagina van de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie.⁴ Alhoewel die bepaling ook zegt dat de Koning nadere regels kan bepalen omtrent de inhoud en de vorm van de bedoelde bekendmaking, is dit bij mijn weten nog niet gebeurd. Ook kan de rechter in voorkomend geval tot aanvullende maatregelen tot bekendmaking van de ontvankelijkheidsbeslissing beslissen, wanneer hij oordeelt dat de wettelijke maatregelen niet volstaan (zie artikel XVII.43 § 2 9° van datzelfde wetboek).

Met deze loutere bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, blijft de oproeping dus een interne aangelegenheid. Daardoor krijgt een taalbescherming zoals bijvoorbeeld voorzien in de Betekeningsverordening geen uitwerking. Bovendien stel ik mij de vraag of zo'n fictieve oproeping voor bekende personen die zich gewoonlijk in het buitenland bevinden wel rechtmäßig is. In het licht van het arrest Alder⁵ meen ik van niet. Na het arrest Alder wordt de regel immers dat de Betekeningsverordening toepassing moet vinden van zodra de bestemmeling een bekend adres in een andere lidstaat heeft.

³ Vred. Bree 4 november 2010, *Limb. Rechtsl.* 2011, nr. 4, 396-401.

⁴ Er is een gelijkaardige bepaling voor de bekendmaking van de beslissing ten gronde – zie art. XVII.55 van het Wetboek van economisch recht.

⁵ HvJEU 19 december 2012, C-325/11, Krystyna Alder, Ewald Alder/ Sabina Orlowska, Czeslaw Orlowski.

Vandaag is er sinds de inwerkingtreding van de Belgische regeling welgeteld één ontvankelijkheidsbeslissing van 4 april 2016 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd, en dit in de zaak Test Aankoop tegen Thomas Cook⁶. In die beslissing wordt de griffie verzocht om de beslissing mee te delen aan de diensten van het Belgisch Staatsblad die de integrale bekendmaking binnen de tien dagen moeten verzekeren. De griffie moet eveneens een kopie ervan toezenden aan de FOD Economie, K.M.O. Middenstand en Energie die ze integraal bekendmaakt op zijn website. Verder wordt bepaald dat zowel Test Aankoop als Thomas Cook het beschikkend gedeelte van het vonnis moeten publiceren op hun respectieve websites en dit in de drie landstalen (Nederlands, Frans, Duits). Ik vind dit wel erg merkwaardige oproepingsmodaliteiten, nu het schadegeval gaat over een vertraagde vlucht Tenerife-Brussel waar de potentiële benadeelden enkel de 183 passagiers van deze unieke vlucht HQ1509 zijn. Het is schrijnend dat niet meer moeite wordt gedaan om de betrokken bekende personen te bereiken. En nogmaals, met deze fictieve oproeping valt ook het grensoverschrijdend taalbeschermingsmodel weg. Het zou wel erg naïef zijn om in elk geval te denken dat onze drie landstalen op dat vlak een volwaardige taalbeschermende redding zouden kunnen bieden. Er wordt sowieso ook geen enkele taalverweermogelijkheid aangeboden.

3. Een Europese interventie? En een wrange nasmaak

Zijn er over dit alles instructies van de Europese Unie? Er is enkel een Europese aanbeveling. Die Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten⁷ zegt niets over de manier waarop de schadelijders kunnen opgeroepen worden. Er is ook geen aandacht voor de taalbeschermingsproblematiek. Ik houd het persoonlijk niet voor mogelijk dat voor een item als het collectief herstel elke Europese lidstaat alleen in zijn eigen hoekje blijft verder ploegen. *Ad nauseam* wordt telkens herhaald dat de “mogelijkheid om claims samen te voegen en collectief een vordering in te stellen, een beter middel [kan] zijn om zich tot de rechter te wenden”⁸, maar ondertussen knibbelt de collectieve afhandeling aan de (taal)rechten van de slachtoffers. Dit is naar mijn gevoel ook een typisch fenomeen bij transitionele justitie.⁹ Eigenlijk is zo’n collectief herstel ook een vorm van transitionele justitie, maar dan op burgerlijk vlak: Men heeft de (oprechte?) intentie om het goede te doen, maar uiteindelijk worden de betrokken personen minder dan een kruimel in een soort van procedureel massa-gebeuren.

⁶ BS 28 juni 2016, 39309-39314.

⁷ Publicatieblad, 26 juli 2013, L 201/60, 60-65.

⁸ Zie overweging 9 van de Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten.

⁹ *Transitional justice* is een jonge discipline die het geheel van maatregelen bij omvangrijke en belangrijke misdaden van internationaal recht tot voorwerp heeft. Die maatregelen kunnen erg verscheiden zijn. Het kan gaan om waarheidscommissies, strafprocessen, traditionele verzoeningsrituelen, officiële verontschuldigingen, financiële compensatie aan slachtoffers, monumenten, herdenkingen, ...

Qerimi, Donikë (UGent) – International sales of software and their jurisdictional implications: focus on the exchange between the third state and the EU

I. Introduction

Academic inquiry today relies vastly on software. We research, write and read, assisted by technology; many use a specialized programs to fit the research needs, produce and store data, or simply use computers to write down their findings. Regrettably, supply of software as a transaction, albeit omnipresent, has not received much attention in the doctrine. This stands true also for international sales of software. As such, the area of law that governs the international supply of software is underdeveloped and the parties are unaware of it¹. From a legal perspective, the typical transaction involving software consists of a seller, a buyer and a product. The blame may be attributed to software's 'unique characteristics [since] it is not truly analogous to any conventional chattel with which the law is familiar'² or to the fact that "it has no readily discernible legal identity"³ despite being such a "ubiquitous commodity"⁴ of the modern times. It has been stated that, as a 'unique phenomenon', software will not get the appropriate legal treatment through application of analogy or use of other existing legal concepts, but that rather "either our legal taxonomy, or the criteria we use in relation to it, needs to be revised"⁵.

Software is defined as "a set of instructions designed to guide the operation of a computer to achieve a desired result"⁶ or "intelligence communicated to the computer by a human programmer, in an attempt to make the machine perform certain desired functions"⁷. Software gives instructions to computers on how to store and process information, all thanks to the process of software engineering which involves "a number of stages that progress from requirements gathering and design, through to the creation of source code and object code, and finally testing"⁸. In the words of Justice Baker "by itself hardware can do nothing. The really important part of the system is the software. Programs are the instructions or commands that tell the hardware what to do."⁹

The ever-increased global interconnectivity as well as the practice of 'offshoring' have made software sales mainly international in character. It is "the international sourcing of IT and

¹ Frank Diedrich, "Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG," *Pace International Law Review* 8, no. 2 (1996): 304.

² Sarah Green and Djakhongir Saidov, "Software as Goods," *Journal of Business Law*, 2007: 161.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Alia Susann Zohur, "Acknowledging Information Technology under the Civil Code: Why Software Transactions Should Not Be Treated as Sales," *Loyola Law Review* 50 (2004): 465, citing Reymond T. Nimmer "The Law of Computer Technology" (2002): 888.

⁷ *Ibid.*, citing Robert Goldscheider, in Eckstrom's Licensing In Foreign & Domestic Operations The Forms And Substance Of Licensing, 2004, no 1: para. 17.

⁸ Roksana Moore, "Standardisation: A Tool for Addressing Market Failure within the Software Industry," *Computer Law and Security Review* 29, no. 4 (2013): 413.

⁹ Mr Justice Scott Baker, The High Court Of Justice, Queen's Bench Division, cited in St. Albans City and District Council vs International Computers Limited, (1996) 4 All ER 481, 15 Tr L 444, (1996) EWCA Civ 1296, 95 LGR 592, (1997) FSR 251 (1996).

ICT-enabled business support services [which] has arisen in response to the need to cut costs and fill skills[...]"¹⁰ This enables companies to increase their competitiveness through "cuts in labour and capital investment costs and the exploitation of economies of scale."¹¹

In the IT offshoring and outsourcing market, the countries of Western Balkans are the 'rising star'. Many of these countries have a well-organized Information and Communication Technology (ICT) sector, with specialized chambers of commerce¹². Macedonia's total ICT market value in 2013 amounted to approximately EUR 450 million, with 1446 companies active at the end of that year, which generated around EUR 20 million out of software alone¹³. Serbia's IT services sector has generated EUR 113.5 million in 2012, whereas EUR 55.6 were generated from the software sector alone¹⁴. According to World Bank, the outsourcing sector is a strong exporter and predominant IT sector in Serbia, with 104 companies being outsourcing ones and employing about 20.4% of the total IT workforce in the country¹⁵. In Kosovo "the most celebrated subsets of outsourcing are certainly Information Technology Outsourcing [which focuses on] contracting third-party companies to provide IT-related tasks such as software development and management, testing, and data centre operations activities."¹⁶ It is for this 'rising star' status that the Western Balkans will be used as the typical third state domicile of the companies with which European Union (EU) Member State domiciliaries will typically contract software engineering and/or sale.

Furthermore, the problems associated with supply of software have been spotted by the Western Balkans countries as well. Lack of specialization, limited turnover and legal infrastructure are just some of the known challenges¹⁷. As EU membership aspiring countries, the exchange of goods and services between these two units (Western Balkans and the EU) will grow. The data shows¹⁸ that international supply of software from these countries is on the rise and with it, undoubtedly, so will the disputes arising from them. In a typical scenario, the object of these disputes would be a contract for the supply of software between a company established in the Western Balkans, as a seller, and an EU Member State domiciled company as a buyer. One of the primary issues to be addressed will be the jurisdiction of the courts over the dispute. Until the final accession of the Balkan countries to the EU, the applicability of the Brussels *Ibis* Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels I)¹⁹ to disputes that involve domiciliary from these countries will remain patchy and, hence, debatable. Part of this debate is at the core of the paper at hand.

¹⁰ Desiree van Welsum and Graham Vickery, "Potential Offshoring of ICT-Intensive Occupations," in *Enhancing the Performance of the Services Sector*, ed. OECD (OECD, 2005): 180.

¹¹ *Ibid.*

¹² See eg. MASIT, the Macedonian ICT Chamber of Commerce at <http://macedonia-outsource.com/page/ict>

¹³ See <http://macedonia-outsource.com/page/ict> for more data.

¹⁴ Milovan Matijević and Milan Šolaja, "ICT in Serbia at a Glance," 2013: 17, available at: http://www.daad.rs/imperia/md/content/informationszentren/belgrad/23012013_ict_in_serbia_at_a_glance_2013.pdf.

¹⁵ The World Bank, "Republic of Serbia Serbia Competitiveness Policy Note Rebalancing Serbia's Economy: Improving Competitiveness, Strengthening the Private Sector, and Creating Jobs," 2014: 24.

¹⁶ Dritëro Jakupi, "The Overlooked Potential of the Expanding Service Sector: Providing Accounting Services from Kosovo to Companies Located in Foreign Countries" (Prishtina, Kosovo, 2015): 8, available at: http://www.indep.info/documents/71238_INDEP_The_overlooked_potential_of_the_expanding_service_sector_Providing_accounting_services_from_Kosovo_to_companies_located_in_foreign_countries.pdf.

¹⁷ Matijević and Šolaja, "ICT in Serbia at a Glance": 16.

¹⁸ See *supra* footnotes 14 and 15.

¹⁹ Regulation (EU) No 1215/2012 of The European Parliament and of the Council, 12 December 2012. This amended, *bis* or "recast", version of the Regulation is in force since January 2015.

When it comes to jurisdiction, Brussels *Ibis* provides a plethora of choices to plaintiffs. Article 4 provides the rule of general jurisdiction: persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State. This form of “dispute-blind jurisdiction”²⁰ allows all plaintiffs, no matter their domicile, to sue the other party at the place of their domicile. However, the Regulation also allows for persons domiciled in a Member State, to be sued in another Member State under certain conditions. This type of jurisdiction – special jurisdiction “is based on the existence of a particular close connecting factor between the dispute and the courts other than those of the State of defendant's domicile which justifies the attribution of jurisdiction to those courts for reasons relating to the sound administration of justice and the efficacious conduct of the proceedings”²¹. Special jurisdiction, under Brussels *Ibis* is envisaged by Article 7; Paragraph (1)(a) provides the generic rule that special jurisdiction in a contract pertains to the court where “the place of performance of the obligation in question” is located. Paragraph (b), in its two sub-indsents, provides a specific breakdown of where the place of performance is for contracts on sale of goods and contracts for sale of services. In the case of the sale of goods, the place of performance is the place where the goods were delivered or should have been delivered; and in the case of the provision of services, that is place where the services were provided or should have been provided. These connecting factors, as the CJEU has reiterated, were inserted to serve the purpose of uniformity and predictability for same types of contracts²². Finally, in case of contracts that are not sales of goods or sale of services, paragraph (c) reverts jurisdiction determination back to (a) as the generic rule. In sum, “in view of the hierarchy which Article 7 (1)(c) establishes between Article [7](1)(a) and (b), the rule of jurisdiction laid down in Article 7 (1)(a) is intended to apply only in the alternative and if the rules of jurisdiction in Article 7 (1)(b) do not apply.”²³

In the case of supply of software, the trouble with determining the jurisdiction per the criteria of Article 7 begins with the lack of clarity whether such a contract is seen as a contract for the sale of goods or provision of services. Indeed, the doctrine has identified four key types of contracts in which software is usually supplied: as an ancillary obligation; as a sale of goods; as a service and as a license²⁴. The supply of software in all these various forms causes confusion as to the nature of the contract and, deriving from it, the particular applicable portion of Article 7. As such, the question of characterisation of software as a good or a service is one of the first steps that the paper examines. Having provided this insight, the paper then moves to answer the question of finding the place of performance within (b). The particularity of online transfer of software, its impact in the resulting place of performance and consequently impact the special jurisdiction of an EU Member State court, will be treated with special attention. Most importantly, in cracking the puzzle of finding the place of performance, the article addresses the peculiarity of the inapplicability of (b) in cases when the place of performance under it results to be in a third state. This will show the complexity or, to put it coarsely, the unfeasibility of applying (b) to software supply in contracts involving a third-state party.

²⁰ Mary Twitchell, The Myth of General Jurisdiction, 101 *Harvard Law Review* 610, 633 (1988): 613.

²¹ *Shevill vs. Presse Alliance, S.A.*, 1995 E.C.R. I-415, Case C-68/93, para. 19.

²² Case C-386/05, Color Drack GmbH v Lexx International Vertriebs GmbH, 3727-40 (2007); Peter Rehder v Air Baltic Corporation, Case C-204/08, ECLI:EU:C:2009:439 (2009); Case C-381/08, Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl, ECLI:EU:C:2010:90 (2010).

²³ Granarolo SpA v Ambrosi Emmi France SA, Case C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559 (2016).

²⁴ Michel Raymond, “Jurisdiction under Article 7 No.1 of the Recast Brussels I Regulation: The Case of Contracts for the Supply of Software,” *Yearbook of Private International Law XVI* (2015).

At this exact point, the debate about the jurisdictional criteria of Brussels *Ibis* in software sales *metamorphoses* into a debate about the applicable law to the matter. That is due to the high likelihood of applicability if indent (a) of Article 7 which mandates a Private International Law analysis for solving the puzzle of (a). That metamorphosis then leads to the discussion of how that particular applicable law, which in this case is likely to be the United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG) classifies software in its view. Only through the answer to that question do we get to solve the overarching puzzle that is: will an EU Member State court have special jurisdiction under to adjudicate a dispute of claims deriving from a contract on international supply of software in cases involving a third-state party.

II. Applicability of Article 7 (1) in cases of international supply of software from a third-state party seller

Given that the paper focuses on international sales of software between EU companies and a third-state company, it is paramount to firstly examine the *overall* applicability of Brussels *Ibis* to third state parties.

Brussels *Ibis* only comes into play where the *defendant* is domiciled in the EU²⁵. The plaintiff's domicile has no bearing in its applicability²⁶. Hence, the analysis contained in this paper would be irrelevant in cases when a member state company would sue a third-state company. They ought to rely on their national rules or in the rules of the defendant's home forum to do so. That is, of course, unless there is grounds for exclusive jurisdiction in any of the Member States. However, if a third state company, e.g. domiciled some place in the company from the Western Balkans, which is most likely the seller of the goods and services, chooses to litigate the matter against its European counterpart, the Member State Courts will have to apply Brussels *Ibis* to see whether it has jurisdiction over the matter. To save resources and time, it is always advisable to third-state parties to have an agreement on jurisdiction²⁷. In absence of such an agreement, another exclusive jurisdiction basis, and assuming the reluctance to sue in defendant's domicile, the plaintiff is left with Article 7 and, as it will be shown below, its confusingly complicated scheme.

In an attempt to summarize the former wording of what is now Article 7, it should be noted that the origin stems from the former Article 5(1) of the Brussels Convention which had only envisioned special jurisdiction for the court where the obligation in question was performed²⁸. This limited wording and the case law that followed it lead to major criticism given the uncertainty of interpretation of the "place of performance of the obligation in question"²⁹. The EU responded to this criticism by adding sub-indent (b) in the 2001 Regulation to help define "place of performance" for contracts of sales of contracts and provision of services. Although

²⁵ Except cases of exclusive jurisdiction as envisaged by Article 24, including here claims on infringement on intellectual property rights (paragraph 4), and prorogation of jurisdiction per Article 25.

²⁶ Thalia Kruger, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States* (Oxford University Press, 2008).

²⁷ See Jonas Steinle and Evan Vasiliades, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements under the Brussels I Regulation: Reconsidering the Principle of Party Autonomy," *Journal of Private International Law* 6, no. 3 (2010): 565–87.

²⁸ The interpretations provided by the CJEU to cases inasmuch as Brussels I 2001 Regulation replaced the Convention, and also the Recast replaced the later, are still valid whenever those provisions are regarded as equivalent. See Zuid-Chemie BV v Philippo's Mineralenfabriek NV/SA, Case C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475 (2009).

²⁹ See Astrid Stadler, "From Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European Law of Civil Procedure," *Common Market Law Review* 42 (2005): 1637–61.

this change was generally welcomed and provided further clarity, determination of the place of performance still calls for a challenging analysis. The analysis of this particular criteria is of utmost importance and simultaneously peculiar to contracts for supply of software and in particular ones where the supplier-seller is domiciled in a third state.

A. Determining the “place of performance” under Brussels Ibis

As the CJEU has continuously reiterated³⁰, the analysis on determining the place of performance within Article 7(1) should begin with seeing whether the contract in question falls within any of the sub-indents of (b)³¹. In case of the international supply of software, this is starting point of the controversy; answering the question of whether these contracts are classified as either sales of goods or services.

The two key cases that began the long process of clarification of “place of performance” under the (then Convention) Regulation were *De Bloos*³² and *Tessili*³³. Since then, there have been several other cases in which the CJEU has built up on the precedent created by these cases, while applying their rationale to various other situations but by keeping their principles constant. In *De Bloos* the court had to explain what the “obligation in question” was and held that that obligation is “that which corresponds to the contractual right on which the plaintiff’s action is based”³⁴. Even after this case, the Court has made a “systematic refusal of the characteristic obligation”³⁵ theory when applying (a). In *Tessili*, the ECJ held that “[the] ‘place of performance of the obligation in question’ within the meaning of article 5 (1) [...] is to be determined in accordance with the law which governs the obligation in question according to the rules of conflict of laws of the court before which the matter is brought”³⁶. Despite harsh criticism from that the *Tessili* opinion received due to the lack of predictability of the result for the parties³⁷, the CJEU upheld the same position in the *Concorde* case³⁸ and, most recently, in *Corman Collins*³⁹. *De Bloos*, however, was partially abandoned by the CJEU itself in its first case dealing with a complex contract – involving multiple obligations in multiple places of performance. In the *Shenavai*⁴⁰ case, “the Court acknowledged that strict adherence to the *De Bloos* rule would create an undesirable result: it would force the claimant to bring proceedings in relation to each obligation in the courts for the place of performance of that obligation”⁴¹. This judgement, however, concerned a contract of employment and the Court was very strongminded about this reasoning applying only in such limited cases. The key precedent of this case is, thus, that in cases where one *principal* obligation can be

³⁰ Granarolo SpA v Ambrosi Emmi France SA, Case C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559 (2016).

³¹ Most recently reiterated in *Granarolo v. Ambrossi*, supra note 30.

³² A. De Bloos, SPRL v. Société en commandite par actions Bouyer, 1976 E.C.R. 1497, Case 14-76 (1976).

³³ Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG. 1976 E.C.R 1473, Case 12-76 (1976).

³⁴ A. De Bloos, SPRL v. Société en commandite par actions Bouyer, 1976 E.C.R. 1497, Case 14-76 (1976): para. 13.

³⁵ Hélène van Lith, *International Jurisdiction and Commercial Litigation* (T.M.C. Asser Press, 2009): 98-99.

Van Lith explains that the Court has made an exception to this refusal in the *Ivenel* case where it allowed the characteristic obligation as a specific connecting factor for employment contracts.

³⁶ Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG. 1976 E.C.R 1473, Case 12-76 (1976): paras. 10-15.

³⁷ See Opinion of Mr. Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 16 March 1999 in GIE Groupe Concorde and Others v The Master of the vessel "Suhadiwiaro Panjan" and Others, for an in-depth analysis of this criticism.

³⁸ GIE Groupe Concorde and Others v. The Master of the vessel Suhadiwiaro Panjan and Others, 1999 E.C.R. 6307, Case C-440/97 (1999).

³⁹ Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA, Case C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860 (2013).

⁴⁰ Hassan Shenavai v. Klaus Kreischer, 1987 E.C.R. 239, Case 266/85 (1987).

⁴¹ Uglješa Grušić, “Jurisdiction in Complex Contracts under the Brussels I Regulation,” *Journal of Private International Law* 7, no. 2 (2011): 323-24.



identified then the Court of a Member State may assert jurisdiction over that claim and the subsidiary claims as well. The same precedent does not apply for cases where there's an equal mixture of obligations, though, as the Court decided in *Leathertex*⁴².

Notwithstanding the overall importance of *Tessili* and *DeBloos*, with the new structure of Article 5 in the Brussels Regulation (now Article 7 or Brussels *Ibis*), which envisages specific criteria to determine the place of performance of the obligation for sales and services, both *De Bloos* and *Tessili* decisions are now partially moot. Their precedent, however, still remains important for all cases that do not fall within (b) and especially, as it will be shown later on, for third state parties.

1. Place of performance for sales of goods and provision of services: the autonomous interpretation

Insertion of (b) in the 2001 Regulation marked the birth of the autonomous interpretation of the place of performance of the obligation in questions for contracts for the sale of goods, as the Regulation's attempt at "reinforce[ing] the objectives of unifying the rules of jurisdiction and ensuring predictability"⁴³. The battle on applying (b) to a jurisdictional analysis becomes one that is only won through classification. Only once the contract that gave rise to the dispute is classified as one for the sale of goods or provision of services, does one get to step two- determining the place of delivery as the place of performance here.

The CJEU has advised that the concepts used by the Regulation must be interpreted independently, by reference principally to the general scheme and objectives of the regulation⁴⁴. It explained that the requirement for "autonomous interpretation", independent of the national laws "does not imply a completely new, revolutionary method, but rather a supranational synthesis combining single methods that form a new canon of interpretation"⁴⁵. In the light of this, scholars have continuously suggested that the term "sale of goods" as well as "sale of services" should both be interpreted widely⁴⁶.

Although in numerous instances the CJEU had to answer whether a particular contract was one that classified as a sale of goods or services, the issue of software as a nature has not been tested in front of the Court yet. In attempting to answer the question of whether software supply contracts would fall within (b) one, thus, has to refer to the Court's previous efforts in defining "goods" or "services".

In the question of characterization of sale of goods, the Court's most noted remark and one which gives the clearest guidance was made in *Car Trim* case. In this case, the Court noted that these contracts are "governed by certain provisions of European Union law and international law which can affect the interpretation to be given to the concepts of 'sale of goods' and 'provision of services'"⁴⁷. Following up on that, the Court looked at many instruments, including the CISG, for guidelines on interpreting what a sale of goods would be. It is important to note, though, that the Court in this case point to this instrument only as a persuasive authority. In support of such a view, Mankowski suggests that the understanding

⁴² *Leathertex Divisione Sintetici SpA v Bodetex BVBA*, 1999 E.C.R. 6747, Case C-420/97 (1999). See infra pg. 9 for more on the results of this case.

⁴³ *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA*, Case C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860 (2013): para. 32.

⁴⁴ Česká spořitelna, a.s. v Gerald Feichter, Case C-419/11, ECLI:EU:C:2013:165 (2013): para. 25.

⁴⁵ Diedrich, "Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG.": 312.

⁴⁶ Ulrich Magnus, Peter Mankowski, and Richard Fentiman, *Brussels I Regulation* (Sellier, 2007).

⁴⁷ Case C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl*, ECLI:EU:C:2010:90 (2010): para. 34.

of “goods” under (b) “should follow the path cut by the respective definition in the CISG as far as possible”⁴⁸, albeit only as a persuasive authority.

Despite not having given a definition for goods in this case or in any other that followed, *Car Trim*’s most important precedent is that through it, the Court has let us know where it will point at to be persuaded if in doubt about what constitutes a sale of goods.

Fortunately, the CJEU has been way more generous in defining ‘services’. A provision of service, in the Court’s opinion is carrying out of a particular activity in exchange for remuneration⁴⁹. It also recently added that that activity that criterion requires the performance of positive acts and not mere omissions⁵⁰. In *Falco* case, the Court carefully considered the possibility to extend the scope of inclusion 5 (1)(b), given that the Commission had put forward a requirement that the scope of its application be broadly delimited in relation to Article 5(1)(a)⁵¹. However, the Court rejected this call, by claiming that it would “would amount to circumventing the intention of the Community legislature in that respect and would have a negative impact on the effectiveness of Article 5(1)(c) and (a)”⁵². Seeing as the Commission itself was the legislator in question, these arguments have been called ‘audacious’ and ‘doubtful’⁵³, but the fact that the Court seems to not have ‘taken its own admonition [from this case] seriously and generally adopts a broad understanding of the terms ‘sale of goods’ and ‘provision of services’’⁵⁴ is a sigh of relief. This view is further supported in the doctrine⁵⁵.

As shown above, the first challenge in application of (b) to supply of software – the challenge of classification – is already an uneasy task due to the CJEU’s unsatisfactorily similar case law. However, the mission of classification becomes an even harder one bearing in mind that contracts for the supply of software are often a combination of a sale of a good and a provision of a service.

i. *The complexity of complex contracts: combination of the supply of software with other services*

The fact that most sales of software call for its engineering as a first step has raised another essential question: at what point can a contract for the supply of software seize to be a contract for a sale of goods and becomes a contract for provision of services? For Brussels *Ibis*, this distinction is paramount since it determines which sub-indent of 7(1)(b) shows the jurisdiction trail. Equally important, this answer also determines the overall applicability of the substantive law such as, e.g. the CISG. Thus for, such a challenge has to be analysed from the perspectives of both instruments, starting with Brussels *Ibis*.

A deep substantial debate has taken place over the issue of complex contracts and their placement within Article 7(1). The wording of (c) stipulates that if a contract does not fall within the sub-indents of (b) then (a) will be applicable. Given the combination of both goods

⁴⁸ Ulrich Magnus, Peter Mankowski, and Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *Brussels I Regulation*, 2nd ed. (Munich: Sellier, 2012): 149.

⁴⁹ Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA, Case C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860 (2013): para. 37.

⁵⁰ Granarolo SpA v Ambrosi Emmi France SA, Case C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559 (2016): para. 38.

⁵¹ Case C-533/07, Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch vs. Gisela Weller-Lindhorst, ECLI:EU:C:2009:257 (2009): para 41.

⁵² *Ibid.*, para. 43.

⁵³ Mathias Lehman in Andrew Dickinson and Eva Lein, eds., *The Brussels I Regulation Recast* (Oxford University Press, 2015): 147.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ See Peter Mankowski, *Brussels Ibis Regulation*, ed. Ulrich Magnus and Peter Mankowski (Köln: Otto Schmidt, 2016): 198-205.



or services, complex contracts seem to not fall *entirely* in either one of the sub-indents of (b). Is this, then, enough to consider them unfit for application of (b) and have (a) applied to them?

Mankowski is of the opinion that "complex contracts, the elements of which are the sale of goods and the provision of services, at a roughly equivalent level, should *not* be transferred to the realm to (a) but kept within the confines of (b)"⁵⁶. Although the Working Group that elaborated 7(1) actually had a different view⁵⁷, he holds that placing complex contracts under 7(1)(a) would not make any sense since that logic would entail that goods and services sold separately would both fall within (b) but if combined in the same contract then they would fall in a different indent- 7(1)(a)⁵⁸. It is, indeed paradoxical at the first glance and if one supposes that the services and the goods will be delivered at the same place.

The Court did give some guidelines in dealing with complex contracts, albeit vague ones. In *Color Drack*⁵⁹ and later on in *Rehder*⁶⁰, *Wood Floor*⁶¹, *Krejci Lager*⁶² and *Corman Collins*⁶³ the Court mentioned elements that should be taken into account, such as seeing what is the characteristic part of the contract and also mentioned that it should be judged based on 'economic criteria' but did not provide further explanations and what would such criteria entail.

Furthermore, what about a case when the goods and the services are delivered in separate places, and both the service and the good are equal in the contract? Which court has jurisdiction in such a case? The partial answer to this scenario is found in the CJEU's *Leathertex*⁶⁴ opinion. Although it is not a case of mixture between a service and a sale of goods, *Leathertex*'s challenge was to decide, in a case of multiple obligations *fairly equal* to one-another, can one court assert jurisdiction to resolve all the matters? The Belgian court had asserted jurisdiction over the entire dispute since the two obligations in question were very closely connected to one another. The CJEU overruled these decisions and reminded that the *Shenvai* precedent does not apply to other than employment cases⁶⁵.

*"When a dispute relates to a number of obligations of equal rank arising from the same contract, the court before which the matter is brought [...] does not therefore have jurisdiction to hear the whole of an action founded on two obligations of equal rank arising from the same contract when, according to the conflict rules of the State where that court is situated, one of those obligations is to be performed in that State and the other in another Contracting State."*⁶⁶

Although it is regretful that this precedent will result in different courts ruling different aspects of the same dispute, the Court reminded that the plaintiff always has the option to

⁵⁶ Ulrich Magnus, Peter Mankowski, and Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *Brussels I Regulation*, 2nd ed. (Munich: Sellier, 2012): 147.

⁵⁷ Peter Arnt Nielsen, *Behind and Beyond Brussels I: An Insider's View. 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe* (College of Europe, 2005): 245.

⁵⁸ Magnus, Mankowski, and Caravaca, *Brussels I Regulation*. 147.

⁵⁹ Color Drack GmbH v Lexx International Vertriebs GmbH, Case C-386/05, 3727–40 (2007).

⁶⁰ Peter Rehder v Air Baltic Corporation, Case C-204/08, ECLI:EU:C:2009:439 (2009).

⁶¹ Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v Silva Trade SA, Case C-19/09 (2010).

⁶² Krejci Lager & Umschlagbetriebs GmbH v Olbrich Transport und Logistik GmbH, Case C-469/12 (2013).

⁶³ Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA, Case C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860 (2013).

⁶⁴ Leathertex Divisione Sintetici SpA v Bodetex BVBA, 1999 E.C.R. 6747, Case C-420/97 (1999).

⁶⁵ *Ibid.*: para. 39-41.

⁶⁶ *Ibid.*

have the entire claim heard by the court in the place where defendant is domiciled, based on general jurisdiction⁶⁷.

Recalling that the CJEU had defined service as “carry[ing] out a particular activity in return for remuneration”⁶⁸, it has recently further clarified that the criterion of remuneration “cannot be understood in the strict sense of the payment of a sum of money. Such a restriction is neither required by the very general wording of the second indent of Article 5(1)(b) of the Brussels I Regulation nor consistent with the objectives of proximity and uniformity pursued by that provision”⁶⁹ In that sense, perhaps even the process of engineering the software can be considered a service. However, is the process of production enough to tilt the characterisation of the entire contract? Mankowski, considers that production has no bearing to whether the contract is to be considered as a sales contract or not: “How the seller obtains the goods and comes into a position to transfer property in them, has no relevance if not the process of producing (as opposed to its resulting outcome) as such is the topic the parties are mainly interested in. A sales contract with a subsequent agreement on modifying the goods still is a sales contract.”⁷⁰ However he does consider software *development* to be a special case, and files it with the category of services⁷¹.

The process of engineering the software is most often not the only questionable part, though. The designed and sold software may have bugs or errors which will inevitably need the programmer’s care. “It is for this reason that software quality assurance (SQA) is important in order to ensure that software functions as intended and has been thoroughly tested. Failure to perform adequate SQA places at risk the software’s ability to fulfil its intended function, raising the likelihood of the software failing altogether with potential for widespread and significant damage.”⁷² For instance, in a case where the party has sold the software to the buyer but the software result in bugs and errors that require fixing or maintenance from the seller, is ‘bug-fixing’ a question of guaranteeing the conformity of the good or is it a special service, detached from the sale of the product itself?

In a generalized sense, the CJEU has given guidance on how to extricate these two categories:

“It is necessary to note that the supplier’s responsibility can also be a factor to consider for the purposes of classifying the characteristic obligation of the contract at issue. If the seller is responsible for the quality of the goods – the result of its activity – and their compliance with the contract, that responsibility will tip the balance in favour of a classification as a ‘contract for the sale of goods’. On the other hand, if the seller is responsible only for correct implementation in accordance with the purchaser’s instructions, that fact indicates rather that the contract should be classified as a ‘provision of services’⁷³. ” With this assortment of puzzles that the question of characterisation entails, the probability of application of (b) to international supply of software is already shaky.

⁶⁷ *Ibid.*: para 42.

⁶⁸ Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch vs. Gisela Weller-Lindhorst, Case C-533/07, ECLI:EU:C:2009:257 (2009): para 29.

⁶⁹ Granarolo SpA v Ambrosi Emmi France SA, Case C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559 (2016), para. 40, referring to Cormann-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, paragraph 39.

⁷⁰ Magnus, Mankowski, and Caravaca, *Brussels I Regulation* : 147, citing a case of the Tribunale di Padova RDIPP 2011,468,473.

⁷¹ *Ibid.*: 154, citing a case from OLG Munchen, CR 2010, 156,157.

⁷² Moore, “Standardisation: A Tool for Addressing Market Failure within the Software Industry.”: 414.

⁷³ Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl, Case C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90 (2010). para. 42.

ii. Online delivery of software in the eyes of 7(1)(b)

Before one enters into the second step of analysis in applying (b) to international supply of software, one should be reminded of yet another particular complexity of these contracts that might impact placement of software within (b).

The CJEU defined delivery of goods as the "physical transfer to the purchaser"⁷⁴ and the place of delivery as "the place where the goods were physically transferred or should have been physically transferred to the purchaser at their final destination"⁷⁵. In the light of this, it is fairly comprehensible to place the sale of software through a tangible and movable medium- such as a CD or USB, within this definition and ultimately find the place of performance. The trouble here begins with delivery through something intangible or unidentifiable, such as online deliveries - when the other party downloads the purchased software into their computers. As such, this presents the third problem, after the issue of characterization and complex contracts.

Determining the place of delivery in such cases of online purchase or download has not resulted in an easy job. Although this particular problem is not treated much in the doctrine, there seems to be a preference that the place of delivery in cases of supply of software online is the place where the software was installed or should have been installed⁷⁶. Fawcet, Harris and Bridge explain that regardless of whether the contract is considered as one for a sale of goods or provision of services, downloading or installation is the relevant moment- the place where software was or should have been installed is the place of delivery⁷⁷.

iii. The ultimate challenge of (b): place of delivery in a third state

As shown above, the challenge in applying (b) to contracts for international supply of software is a hard one even at the very first step- characterisation of these contracts as ones for sale of goods or provision of services. Solving that Rubik's cube is uncertain. Regardless of that result, supply of software from a third state party, such as one from the Western Balkans, faces an additional challenge that impairs the applicability of (b) to their contracts.

In the hypothetical cases dealt with in this paper, the supplier of software would be from a Western Balkan country and hence, there high likelihood that the place of delivery would result to be in a non-EU Member state territory. The Explanatory Memorandum of the European Commission, on its explanation of Article 5, identical to Article 7 today, provided that "where the effect of the autonomous definition is to designate a court in a non-member court, rule (a) will apply rather than rule (b). Jurisdiction will lie with the court designated by the rules of private international law of the State seized as the court for the place of performance of the obligation in question"⁷⁸. Although Van Lith recognizes that *in theory* the CJEU could go against this interpretation⁷⁹, most authors predict that interpretation in accordance with the Memorandum is likely⁸⁰. This means that the national courts in any of the

⁷⁴ Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl, Case C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90 (2010): para. 44.

⁷⁵ *Ibid.*: para. 60.

⁷⁶ James J Fawcett, Jonathan Harris, and Michael G Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2005): 526-528.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM/99/0348 final - CNS 99/0154, Official Journal C 376 E , 28/12/1999 P. 0001 – 0017: 14.

⁷⁹ Hélène van Lith, *International Jurisdiction and Commercial Litigation* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009).

⁸⁰ See e.g. Mankowski, *Brussels Ibis Regulation*: 255 and Kruger, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States*.

Member States will have to go through yet another layer of analysis before making sure that there is absolutely no other possibility for them to assert jurisdiction and to have to let the case go. If the courts follow (b) and it results in a place of delivery in a third state, the courts should not exclude Article 7 completely but they should ‘give it another try’ and apply (a) in the hopes of that then leading to a place in the Member State. Therefore, they have to go through an extra layer of attempts to keep jurisdiction within the EU before relinquishing it. As Kruger rightfully criticizes “the drafters of Brussels I troubled themselves to bend the rule in such a way that performance should be located inside rather than outside the EU”⁸¹.

Therefore, be it for reasons of inability to classify contract for the supply of software as either sale of goods or provision of services, or for the reason that there is great likelihood that the place of delivery results in a place of delivery in a third – non-EU state- the chances of the EU courts applying (b) to these cases are slim. Simultaneously, the probability of relying on part (a) of Article 7 is much higher. Therefore, although the *Tessili* and *DeBloos* logic was declared partly moot after the insertion of (b), their precedent is very much alive and important for cases that are the subject of this paper- when a contract involves a third state party, particularly when the ‘performance of the obligation’ is to be made in a third state.

2. Reference to the applicable law: interpretation *lex causae*

As shown above, the path that an EU Member State court will have to follow is this: primarily, analyse the “place of performance” under (b) and see if that place is a place within an EU Member State. If it is, then continue applying the article for further directions. If not, then the Court, in accordance with (a), should conduct a Private International Law analysis of its own to determine where the place of performance is.

The CJEU made a clear stance in using *lex causae* - substantive law applicable under the private international law analysis to clarify the place of performance of each contract, for cases that do not fall within (b)⁸². Hence, wherever the place of performance lies remains a question of the national law, since “European conflicts law has no grip on the qualification of contracts and their ‘place of performance’ by national courts”⁸³ Many have criticised the court’s reliance in *lex causae* for such an important determination. Graziano and Michael, as some of the most vocal critics of this logic, list eight remarkable reasons why this mode of interpretation is not favourable⁸⁴. Some of the strongest arguments that are particularly important to the analysis of this paper, are that reliance on *lex causae* makes it necessary for the court to determine the substantive law applicable to the contract in question and that this may be even more complex if one of the parties is domiciled in a CISG party state; and that, secondly, the courts in examining their jurisdiction are bound to already identify the place of performance under the substantive contract law, in order for it to know whether it has jurisdiction⁸⁵. In this case, they note, if the applicable law is a uniform sales law, such as the

⁸¹ Kruger, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States*.

⁸² Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG. 1976 E.C.R 1473, Case 12-76 (1976); GIE Groupe Concorde and Others v. The Master of the vessel Suhadiwärno Panjan and Others, 1999 E.C.R. 6307, Case C-440/97 (1999); Hassan Shenavai v. Klaus Kreischer, 1987 E.C.R. 239, Case 266/85 (1987); Custom Made Commercial v. Stawa, 1994 E.C.R. 2913, Case C-288/92 (1992).

⁸³ Geert van Calster, *European Private International Law*, II (Bloomsbury, 2016): 372.

⁸⁴ Kadner Graziano and Thomas Michael, “Jurisdiction under Article 7 no.1 of the Recast Brussels I Regulation: Disconnecting the Procedural Place of Performance from Its Counterpart in Substantive Law. An Analysis of the Case Law of the ECJ and Proposals de Lege Lata and de Lege Ferenda,” *Yearbook of Private International Law* XVI (2015): 167–217.

⁸⁵ *Ibid.*, 179–80.

case in *Custom Made*⁸⁶, then the result comes easier. However, they contrast, "if the contract is [...] to be assessed by a foreign substantive law, such as Finnish, Polish, Portuguese or Estonian law, it may – according to information provided by practitioners – take more than two years for a court to determine the relevant place of performance under the applicable foreign law."⁸⁷ The same concern is shared in this paper, with reference to the cases involving the supply of software from Western Balkans domiciled companies in which European courts might have to resort the national law of any of these countries or, in a best case scenario, resort to uniform rules such as the CISG⁸⁸.

It should be noted, though, that reference to applicable law such as the CISG, when using (a) differs from reference to CISG as elaborated above, in using it to assist in characterization of 'sale of goods'. Unlike in *Car Trim*⁸⁹, where the CISG was used as a persuasive authority to help define the notion of goods, reference to this instrument through the path of (a) becomes that of an obligatory nature. In general, the lack of definition of the place of delivery in (a), exacerbated by the fact that its meaning cannot be inferred by the history or the wording of the article⁹⁰, lead to lack confusion that later needed caretaking by courts. To this end, the District Court of Padova in Italy has resorted to CISG to determine the place of delivery in a contract involving Italian and English parties⁹¹. This went against a previous Italian case that had criticized the possibility of leaning on to the CISG for such an "inter-conventional interpretation"⁹², since "an international procedural law instrument of European origin, such as the Brussels I Regulation cannot be interpreted in the light of a substantive law instrument of 'extra-European' origin such as the CISG"⁹³. A similar logic has been followed by the Austrian Supreme Court⁹⁴. However, the logic of the Padovan decision has been praised not only because CISG, as a substantive law, does not interfere with Brussels I, as a procedural one, but also because both of these two instruments are required to be interpreted autonomously as well⁹⁵.

Notably, the CJEU itself has pointed to the CISG in hopes of finding answers that cannot be provided by the Brussels I. In *Custom Made* case, the Court held that "[the *Tessili*] interpretation must also be accepted in the case where the conflicts rules of the court seized refer to the application to contractual relations of a "uniform law""⁹⁶. In that case, the Court

⁸⁶ *Custom Made Commercial v. Stawa*, 1994 E.C.R. 2913, Case C-288/92 (1992). For more on this case see below, pg. 14.

⁸⁷ Graziano and Michael, "Jurisdiction under Article 7 no.1 of the Recast Brussels I Regulation: Disconnecting the Procedural Place of Performance from Its Counterpart in Substantive Law. An Analysis of the Case Law of the ECJ and Proposals de Lege Lata and de Lege Ferenda," 180.

⁸⁸ The CISG is applicable, within its scope, in all countries of the Western Balkans. The Former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) had acceded to the Convention, to which, after the breakup of the SFRY, all emerging states have succeeded. Albania, the non-former member of the SFRY, has also acceded to the Convention. The application of CISG in Kosovo, whose independence is not yet fully recognized internationally, is debatable: see the Doctoral thesis of Vjosa Osmani "Treaty application in Kosovo through rules of succession: the example of CISG", concluding that the CISG is applicable in Kosovo.

⁸⁹ Case C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl*, ECLI:EU:C:2010:90 (2010).

⁹⁰ Anastasia Vezyrtzi, "Jurisdiction and International Sales under the Brussels I Regulation: Does Forum Shopping Come to an End?," *The Columbia Journal of European Law Online* 15 (2009): 84.

⁹¹ Italy 10 January 2006 District Court Padova (*Merry-go-rounds case*), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060110i3.html>.

⁹² Franco Ferrari, "Remarks on the Autonomous Interpretation of the Brussels I Regulation," *International Business Law Journal* 1 (2007): 90, citing Jürgen Basedow, "Konventionen und ihre Auslegung, in 50 Jahre Bundesgerichtshof- Festgabe aus der Wissenschaft" (Tübingen, 2000): 786.

⁹³ *Ibid.*: 90, citing Tribunale di Rovereto, 28 August 2004, Aquafili Textile Yarns s.p.a. v. Updeals Ltd.: 132.

⁹⁴ Oberster Gerichtshof [OGH] [Supreme Court] Dec. 14, 2004, 1 Ob 94/04m (Austria).

⁹⁵ Franco Ferrari, "Remarks on the Autonomous Interpretation of the Brussels I Regulation," : 90.

⁹⁶ *Custom Made Commercial v. Stawa*, 1994 E.C.R. 2913, Case C-288/92 (1992): para. 27.

had to apply the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS), the predecessor of the CISG, in order to determine the place of performance of the obligation to pay the price⁹⁷. The CJEU has, therefore, laid the ground for the Member State courts to refer to the CISG when applying the PIL analysis required by (a). However, in the case of international supply of software, yet another question begs to answer: can the CISG *materially* to these cases? More concretely, is software a good under the CISG and what are the key conditions for it?

B. Applicability of CISG to contracts for the supply of software

The debate over the scope of application of the CISG to contracts for supply of software is multi-folded. It has been said that this uncertainty is unsurprising given that neither the working groups nor the members of the diplomatic conference in Vienna were properly aware of the challenges posed by software transactions⁹⁸.

The first portion of the debate focuses on the scepticism shown towards the use of the term 'sale' for such contracts. While attempting to crack this dilemma, Diedrich uses the term '*transfer* of software'⁹⁹ and explains that most international software 'sales' "consist of the transfer of a ready-to-install computer program (either standard or bespoke software) in exchange for a sum of money"¹⁰⁰. Perhaps most appropriately, Reymond uses 'supply of software' to denote these contracts¹⁰¹. Given the nature of the exchange- product versus money- and supported by an extensive analysis provided by comparative law, Diedrich is of the opinion that this '*transfer*' of software may well be characterized as a sale¹⁰². In making this qualification, the doctrine has also made a differentiation between the "canned"¹⁰³ software and the ones that require custom making. More precisely, the ability of some software to be bought "over the counter", has 'entitled' some authors¹⁰⁴ to classify them as sales. However, the same author noted that since the user merely buys the license to use the product but nonetheless the ownership is not transferred, in his opinion, the purchase of such "canned" software is not to be considered as "sales"¹⁰⁵. This line of argument has brought to light another element which software might have a problem with- the issue of the ownership of the product or proprietary rights over it. This is why "mere licencing agreements", given either for a limited period of time, and where the software can be revoked by the producer (e.g. in cases of insolvency) are not to be considered 'sales'¹⁰⁶. In the same view, once the software is transferred in all respects except for the copyright and restrictions on the use by

⁹⁷ *Ibid.* For more on the obligation to pay, see below pg. 19.

⁹⁸ Martin Hostinský, "The Notion of Goods under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (MASARYK UNIVERSITY FACULTY OF LAW, 2014).

⁹⁹ Diedrich, "Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG."

¹⁰⁰ *Ibid.*: 304.

¹⁰¹ Michel Raymond, "Jurisdiction under Article 7 No.1 of the Recast Brussels I Regulation: The Case of Contracts for the Supply of Software," *Yearbook of Private International Law XVI* (2015): 219.

¹⁰² Diedrich, "Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG": 304.

¹⁰³ See Zohur, "Acknowledging Information Technology under the Civil Code: Why Software Transactions Should Not Be Treated as Sales.": 467.

¹⁰⁴ Lorin Brennan, "Why Article 2 Cannot Apply to Software Transactions," *Duquesne Law Review* 30 (2000): 460-61.

¹⁰⁵ Zohur, "Acknowledging Information Technology under the Civil Code: Why Software Transactions Should Not Be Treated as Sales, " : 467- 468.

¹⁰⁶ Peter Schlechtriem and Ingeborg H. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2005): 29.



third parties, such a transaction is considered a sale, since it's "his or hers forever"¹⁰⁷. Some have used the goods' element of ownership to distinguish between them and services: "Service transactions, therefore, cannot be regarded as sales because, as a service in itself cannot be owned and possessed, there can be no transfer of property rights over it. Whilst it can be argued that a party has a legal right to claim performance of a service under the contract, such a right would be contractual rather than proprietary in nature."¹⁰⁸ This issue, however, seems not bother the Brussels *Ibis* scholars who have opined that the phrase "sale of goods" should "at least be interpreted regardless of whether a transfer of property is automatically executed or not"¹⁰⁹.

The core of the debate has been focused in the dilemma of whether software is a "good". In general, the main criteria that have been discussed by the academia in determining whether software is a good per the purposes of the CISG have been the tangibility and movability of the software on one hand and, on the other hand, the custom made versus the default nature of it¹¹⁰.

For some systems, as Green and Saidov explain, tangibility - having a physical form or being capable of being perceived by the senses – is a crucial element of considering something as a good¹¹¹. This is particularly important for countries with a common law perspective, but not only for them. In the famous *St. Albans* case, the English Court of Appeals had to answer the question "is software a good?" in determining whether they can use the 1982 Sale of Goods Act, to adjudicate upon the issue of fitness and quality of the software sold¹¹². The judges made a clear distinction between the occasions when the software would be transferred in a CD and given to the other party, and the occasion in which the software is transmitted in any other form- in this case through an employee of the computer company going to the premises of the buyer and installing the software. In their opinion, there is no doubt that transfer of software through a tangible medium, such as a CD, was a sale of a good, but the absence of this criteria declassifies it from this title¹¹³. In the line of common law perspectives, Honnold and Fletchner advise the parties when dealing with such a "borderline area" that it is "prudent to state in the contract whether the Convention applies"¹¹⁴. Lookofsky calls for a more generous interpretation of the term "goods" and argues that "there is good reason to understand the CISG notion as broadly as possible, so as to cover all moveable -- and not just 'corporeal' – things"¹¹⁵.

Hence, it is rather clear that the sale of pre-made software, put in a tangible form- be it a CD or any other more modern mediums (e.g. a USB stick) satisfies the doctrine's requirements for a contract for the sale of software to be considered a contract for the sale of goods and have the CISG apply to it. However, this discussion disregards the key question of whether software, *in itself*, is considered a good or not. More importantly, focus on the medium of software's recording leaves open the more quintessential question of the 'transfer' of software electronically, which can be assumed to be the more modern and convenient form.

¹⁰⁷ *Ibid.*; The same view is also supported by two of the leading authors on the CISG from a common law perspective John Honnold and Harry M. Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, ed. Harry M. Flechtner (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009).

¹⁰⁸ Green and Saidov, "Software as Goods.": 168-69.

¹⁰⁹ Magnus, Mankowski, and Caravaca, *Brussels I Regulation*: 144, citing Beraudo, Clunet 128 (2001).

¹¹⁰ See Hostinský, "The Notion of Goods under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" for a brilliant synthesis of each of these elements.

¹¹¹ Green and Saidov, "Software as Goods."

¹¹² *St. Albans City and District Council vs International Computers Limited*, (1996) 4 All ER 481, 15 Tr L 444, (1996) EWCA Civ 1296, 95 LGR 592, (1997) FSR 251 (1996).

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Honnold and Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*: 61.

¹¹⁵ Joseph Lookofsky, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods," ed. Roger Blanpain, *International Encyclopaedia of Laws* (Kluwer Law International, 2000): 37.

Furthermore, this also fails to provide an answer to the question of the mixture of the sale of software with the services of engineering it for the buyer and maintaining it after the sale. The German doctrine stresses the importance of the software being recorded on a medium so as to satisfy the ‘movability’ concept¹¹⁶. Hence, for Schlechtriem, neither tangibility nor movability is a problem when it comes to the online transfer of software since in such cases, the key element is the ability of it to be recorded¹¹⁷. There is academic authority to support that even software transferred online constitutes “goods” for the purposes of the CISG¹¹⁸. Yet, recognition as a ‘sale of goods’ is not the main problem of online software sales. Many¹¹⁹ have argued that the lack of tangibility in online sales of software may bring problems with the implementation of one of the key obligations of the seller, according to the CISG, which is the obligation to “deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods” as envisaged by Article 30. Mowbray bases this argument on the fact that the seller who transfers the software electronically merely licences the seller to use it but does not transfer the property rights,¹²⁰ and hence the Article 30 obligations may be considered to not be met. This leads back to the debate over the ownership of the software, which has been discussed above. Despite acknowledging that parts of CISG, like provisions on the allocation of risk or preserving goods, are more ‘tailored’ towards tangible goods, Schlechtriem advocates that online sales of software should be covered by the CISG since “the core provisions on the rights and remedies can be applied, if necessary with appropriate accommodation in the light of [Article 7(1)]”¹²¹. This view is supported and advocated here as well.

When the mixture of service and goods is concerned in the eyes of the CISG, the courts and the doctrine use a different ‘scale’ to judge such situations. Article 3 stipulates that “(1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production. (2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.”

In a case that involved the sale of hardware and software in the same contract, the Appellate Court in Ghent held that the transaction in which the software was sold was not a sale of a good since the software in question had been designed and customized for the particular intents of the buyer¹²³. Although the seller in that case argued that they had sold a pre-existing software that needed some “fine-tuning” to match the requests of the seller, the court took into account the specificities of the software that were negotiated by the parties, the fact that the

¹¹⁶ Peter Schlechtriem, "Uniform Sales Law -- The Experience with Uniform Sales Law in the Federal Republic of Germany", *Särtryck Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet* 3, no. 1 (1992): 7-8.

¹¹⁷ Schlechtriem and Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*: 29-30.

¹¹⁸ Faye Fangfei Wang, “Obstacles and Solutions to Internet Jurisdiction a Comparative Analysis of the EU and US Laws,” *Journal of International Commercial Law and Technology* 3, no. 4 (2008): 236, citing James J Fawcett, Jonathan Harris, and Michael G Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2005).

¹¹⁹ See e.g. Jacqueline Mowbray, “The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to E-Commerce Transactions: The Implications for Asia,” *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, no. 7 (2003): 121–50.

¹²⁰ *Ibid.*: 122.

¹²¹ CISG Article 7(1)“In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.”

¹²² Schlechtriem and Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*: 30.

¹²³ Belgium 24 November 2004 Appellate Court Ghent (S.r.l. Orintix v. NV Fabela Ninove) (n.d.), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041124b1.html>.

software's multiple bugs demanded constant attention from the seller, decided that this was a provision of service and not a sale of good¹²⁴. Subsequently, the Court, as directed by CISG Article 3(1) refused to apply the CISG. The Ghent Appellate decision is alone, though. Many have provided that software "made-to-order for an identified customer, [...] is executed over a period of time [and] hence such contracts are for services" ¹²⁵. Several other cases in Germany had also created a precedent that the sale of custom-made software is not a contract for the sale of goods but rather a provision of service¹²⁶. A U.S. Court has ascertained that creation of software 'from scratch'¹²⁷ was considered a service and that it should be differentiated between it and the kind of software that is packaged or canned which had been considered a good in many previous court cases¹²⁸. The monetary value of the services versus the product is not determinant of the 'preponderance' of services over the product¹²⁹.

Nonetheless, the issue of customisation of software is not fully settled. Lookofsky, while recognizing the weight of various authorities¹³⁰ that argue that custom made software should be kept outside the scope of CISG, refuses this concept by arguing that "that the CISG expressly equates contracts for the supply of goods to be manufactured or produced with contracts for the sale of finished goods, and since the relationship between the value of the physical elements embodied in the particular good (e.g., the floppy disk which carries the program) and the value of the technology or information needed to manufacture or process the good seems irrelevant."¹³¹

An impression of the likelihood of application of the CISG in these complex contracts can also be seen in a Swiss decision whereby the court considered CISG to be applicable in a case that did not involve software but production, labelling, positioning, service and removal of three inflatable triumphal archs. The court there stated that the substantial subject matter of the contract was the production of the goods and hence applied the CISG¹³².

i. *Online delivery of software in the eyes of CISG*

The foregone analysis of Brussels I as well as the CISG was due to serve one purpose: to explain the maze of determining the jurisdiction based on the place of performance of the obligation in question. As established above, for CISG to apply this transaction would have to be considered a sale of goods and hence, reverting the question of jurisdiction back to Article 7(1)(a), the relevant place would be that of the delivery of the goods.

In a typical case of sale of goods, courts would look to Article 31 of the CISG and find the answer there: the place of delivery is the place where the goods were handed over to the first carrier for transmission to the buyer (para. 1), the place where the goods were put at the buyer's disposal (para.2) and so on¹³³. Similar to the reflection on this issue using the

¹²⁴ *Ibid*: para. 3.

¹²⁵ Sandeep Kayastha, "Defining Service and Non-Service Exchanges," *Service Science* 3, no. 4 (2011): 322.

¹²⁶ OLG Köln, 16 October 1992 (Germany); OLG Köln, 26 August 1994 (Germany); and LG München, 8 February 1995 (Germany).

¹²⁷ Pearl Investments, LLC v. Standard I/O, Inc., 257 F. Supp. 2d 326 - Dist. Court, D. Maine (2003): 353.

¹²⁸ *Ibid.*, citing Micro Data Base Sys., Inc. v. Dharma Sys., Inc., 148 F.3d 649, 654-55 (7th Cir.1998); Advent Sys. Ltd. v. Unisys Corp., 925 F.2d 670, 675-76 (3rd Cir.1991); RRX Indus., Inc. v. Lab-Con, Inc., 772 F.2d 543, 546-47 (9th Cir.1985).

¹²⁹ Belgium 24 November 2004 Appellate Court Ghent (S.r.l. Orintix v. NV Fabela Ninove) (n.d.), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041124b1.html>.

¹³⁰ Referring to Diedrich, "Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG."

¹³¹ Lookofsky, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods": 37.

¹³² Switzerland 5 November 2002 Commercial Court of the Canton of Aargau (*Inflatable triumphal arch case*).

¹³³ See <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-31.html> for an overall digest of case law and scholarly works on Article 31.

definition of delivery in *Car Trim*¹³⁴, this place is easily identifiable in case of delivery of software through a tangible and movable medium.

However, the same challenge- that of an online transfer of software- persists within the CISG as well. Unfortunately, the CISG does not provide an answer to finding the place of performance in online delivery of goods¹³⁵. Fawcet, Harris and Bridge, propose that the judges “invent” new rules and choose between the following four possible places: first, the place where the information was dispatched; second, the place where information was received by the recipient; third, the place where the service provider has some specified personal connection (place of business or domicile); and fourth, the place where the recipient has some specified personal connection (place of business or domicile)¹³⁶. Similarly, Wang has suggested that “the place of performance should be the place of the recipient’s place of business or his domicile. [and] where a software development contract having several milestones is transferred individually in different countries to the buyer, the principal place of the recipient’s business should be the place of performance”¹³⁷. It is reiterated here that the need for clarification of ‘place of delivery’ online is imminent. The paper also supports the consideration of elements enlisted by Fawcet, Harris and Bridge above.

ii. *Place of performance of the obligation to pay*

Another special consideration within CISG is given to the question of determining the place of performance of the obligation to pay the price. The CJEU has used this instrument's predecessor in *Custom Made*¹³⁸ to address this exact same question. However, in that case, both parties of the dispute were domiciled within the EU. Would a third-state seller chance the result in this jurisdictional riddle?

As it was analysed in former parts of section II, if the dispute arises from the seller’s failure to deliver, whom the paper presumes to be from a third state, their European counterparts will not be able rely on Article 7 of Brussels Ibis for finding jurisdiction since the seller would not be “a defendant domiciled in a member state”. In contrast, if the seller delivers the product but the dispute arises from the buyer’s breach of obligations, then the analysis of the place of performance of the obligation in question comes into play.

In such a scenario, one of the most frequent actions that would give rise to the dispute would be the buyer’s failure to pay the purchase price. Bearing in mind the uncertainty of application of 7(1)(b), one would have to resort to (a) within which the ‘obligation in question’ would be the obligation to pay. Having undergone the analysis of Private International Law as required by (a) to determine the applicable substantive law and, assuming that the applicable law is CISG, the courts and the parties would find that answer in Article 57. The said Article stipulates that “(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other particular place, he must pay it to the seller: (a) At the seller’s place of business; or (b) If the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where the handing over takes place.”

In theory, there is a chance that this said place, pursuant to Article 57(1)(b) could be a place within the EU had the parties handed the software physically and if they had agreed that the payment would be made there and then. However, given today’s world of business, the likelihood of such arrangements is lower due to existence of means of online payments. On

¹³⁴ See supra pg. 10.

¹³⁵ Fawcett, Harris, and Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*: 528.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Faye Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

¹³⁸ *Custom Made Commercial v. Stawa*, 1994 E.C.R. 2913, Case C-288/92 (1992).

the other hand, in the hypothetical cases used in this paper, an EU Member State Court applying Article 57 (1)(a) to determine the place of the obligation to pay would likely conclude that the price should have been paid in the seller's place of business- i.e. somewhere in the Western Balkans¹³⁹.

With the seller's place of business being outside the EU, a court within the union in accordance with Article 7(1)(a) an EU Member State court would have to declare itself as lacking special jurisdiction under Brussels *Ibis*.

III. Conclusion

When it comes to jurisdictional implications, contracts for supply of software are not like any other contract. The intricacy of these contracts begins with questioning the very nature of the transactions in which software is 'supplied' or 'transferred': are they sales of goods, provision of services, both, or neither? As it was shown, an answer picking any of these options may send the parties to different courts.

The importance of the analysis of application of Article 7(1) in general to contracts for the supply of software from a third-state party towards an EU domiciled one, is that depending on the result of this analysis, the applicability of this Article itself is in question. Through an in-depth discussion on the issue of characterisation of software, the paper has shown that the transaction in which software as a product is exchanged against a certain value of money is generally considered to be a sales transaction. In that line, both the ECJ and the doctrine suggests a more liberal interpretation of the term 'goods' which, along with it, favours the inclusion of software in the category of 'goods'. Notwithstanding this, it was noted here that regardless of whether software accomplishes the characterisation as sales of goods or provision of services, if the analysis of the place of performance under (b) identifies a third state as the place of performance, then reliance on Article 7 (1) (b) for jurisdiction is impossible. Conclusively, one would have to resort, almost automatically, to 7(1)(a) for the PIL analysis to hopefully give it a different result - a different place of performance of the obligation in question. If this analysis would again point to a place in a third state, *only then* do the courts get to relinquish its special jurisdiction. Thus, paradoxically, the courts will have to apply Article 7(1) to see whether they can, indeed, apply Article 7(1).

To this end, the paper has also proven the fundamental connection between substantive rules and procedural ones by showing how the substantive rules can first, *guide* EU Member State as a persuasive authority in characterizing sales of software as a 'sale of goods' or 'provision of services' within the confines of (b); and secondly, *determine* on their own, as the applicable substantive law, the rights and obligations of the parties, including the place of performance. To fulfil this second mission, the substantive rules are ought to be fitting, bespoken, to the nature of the transaction. In cases of international sale of goods, the CISG as the likely substantive applicable rules, will apply only if the transaction in question is a 'sale of good'. The paper has examined the fitness of software sales within the notion of 'sale' and 'goods' separately for the purposes of the CISG. Case law and scholarship have generally agreed that standard, pre-made, or 'canned' software stored in a recordable medium falls within this notion. The same is not valid for cases when software is 'custom-made' and requires special and continuous tailoring from the seller. The key points criteria that were used by the doctrine to assess this were tangibility, movability and proprietary matters involved with the sale of software. The general impression about the belonging of software

¹³⁹ See Claude Witz, "The Place of Performance of the Obligation to Pay the Price Art. 57 CISG," *Journal of Law and Commerce* 25 (2006): 325–34 for an in-depth analysis on the obligation to pay.

within ‘goods’ is even harder to draw in cases of online transfer of software, where scholars have had differing opinions. Based on the aforementioned criteria, some cases of software sales were considered resembling more to ‘provision of services’ than sale of goods.

By shedding light to the path that is followed by the CJEU in determining the place of performance, and following it, the paper has demonstrated how an EU Member State court adjudicating a case when a third-state party is involved would be more likely have to resort to 7(1)(a) instead of (b). Should the courts decide to rely on CISG as a likely applicable law, there is still a high probability that the place of performance of the obligation in question, whichever it may be, may result to be a place in a third state. For the second time, applicability of Article 7(1) to a case is trumped for reasons of the place of performance being in a third state. Decisively, for a seller domiciled in a third state, this means that, unless there’s a claim that falls within the articles on exclusive jurisdiction, the only possible forum to bring a suit will be based on Article 4- defendant’s domicile.

Wautelet, Patrick (Université de Liège) – Acquisition de la nationalité belge et participation au marché de l'emploi : quelle place pour l'appréciation par le juge?

Note sous Tribunal de première instance Liège (div. Verviers), jugement du 18 août 2016

Voici une décision bien audacieuse : statuant sur le recours exercé par un ressortissant étranger contre le refus opposé par le parquet à sa déclaration visant à obtenir la nationalité belge, conformément à l'article 12bis du Code qui régit cette matière¹, le tribunal estime que l'intéressé répondait aux exigences légales. Pour justifier son refus, le ministère public avançait que l'intéressé n'avait pas démontré avoir travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années en qualité de travailleur salarié. Or la démonstration d'une occupation professionnelle de cette nature permet, à côté d'autres alternatives qui ne pouvaient sans doute pas être envisagées en l'espèce², de démontrer l'intégration sociale qui constitue, à côté de la connaissance linguistique et de la participation économique, l'une des exigences permettant à l'étranger ayant séjourné de manière légale pendant cinq ans sur le territoire du Royaume, de prétendre à l'acquisition de la nationalité belge.

Le tribunal n'a pas été convaincu la vision du ministère public : examinant en détail les différents documents soumis par l'intéressé, le tribunal a constaté que le parcours de l'intéressé révélait certes une interruption de quelques mois dans son parcours professionnel, mais que cette "discontinuité" n'affectait pas le "caractère ininterrompu" de l'occupation professionnelle³.

L'espèce qui a retenu l'attention du tribunal illustre la rigueur à laquelle le Code révisé par le législateur de 2012 astreint les autorités chargées de se prononcer sur les déclarations d'acquisition : au-delà des principes généraux et de la référence non exprimée expressément au concept d'intégration, le système mis en place par le législateur impose aux autorités de procéder à un décompte minutieux d'un ensemble de faits, à l'aide des documents fournis par l'intéressé. S'agissant de l'occupation professionnelle de ce dernier, les autorités doivent avoir égard notamment aux comptes individuels, aux fiches de salaire et à la preuve de paiement des cotisations sociales. Cet exercice, qui peut paraître fastidieux, est essentiel dans la mesure où le texte retient des conditions très précises : dès lors que l'intégration sociale est en jeu, l'intéressé doit démontré avoir travaillé "de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années". S'il s'agit de démontrer la participation économique, la preuve doit être rapportée que l'étranger a travaillé "pendant au moins 468 journées de travail" au

¹Ainsi qu'à l'article 15 du Code de la nationalité belge, dont on sait qu'il détaille la procédure à suivre pour l'étranger qui souhaite devenir citoyen belge. C'est cette disposition qui invite le ministère public à donner son avis sur l'acquisition.

²Selon l'article 12, l'intégration sociale peut être démontrée en produisant un diplôme attestant du suivi d'un enseignement du niveau secondaire supérieur, d'une attestation prouvant que l'intéressé a suivi une formation professionnelle d'au moins 400 h ou enfin qu'il a suivi un cours d'intégration.

³Au passage l'on remarquera que si dans un premier temps, la procédure a été relativement rapide puisque le ministère public a pu s'opposer à la déclaration moins de trois mois après que celle-ci ait été effectuée, la suite de la procédure a été moins rapide : il a fallu en effet attendre près de deux ans pour que le tribunal statue une première fois sur le recours formé par l'intéressé contre la décision de refus du ministère public. *In fine*, ce sont plus de deux ans qui se sont écoulés entre la déclaration et la décision définitive du tribunal, sans qu'il soit possible de déterminer la cause de ce retard. On peut d'ailleurs se demander si cette circonstance n'a pas joué en faveur de l'intéressé.

cours d'une période de référence de cinq ans. Ces exigences peuvent donner lieu à une appréciation stricte : l'étranger qui entend démontrer sa participation économique ne pourra le faire s'il manque une ou deux journées pour atteindre le minimum de 468 jours exigés par la loi.

Et c'est précisément cette application de la lettre de la loi que le tribunal rejette pour préférer une interprétation fondée sur un principe que le tribunal croit pouvoir déduire de la tolérance que le Code permet à l'égard du séjour de l'intéressé en Belgique. Mettant fin à des longues hésitations dans la jurisprudence, le législateur de 2012 a en effet précisé qu'une certaine tolérance était de mise à l'égard du séjour de l'étranger : selon l'article 7, § 3 un séjour demeure ininterrompu lorsque l'intéressé s'est absenté du territoire pendant un période de six mois maximum⁴. Etendant cette solution à la question de l'activité professionnelle exercée par le candidat à la nationalité belge, le tribunal estime qu'il est permis de considérer qu'une interruption momentanée de l'activité professionnelle ne prive pas l'intéressé de la possibilité de devenir belge.

Cette décision n'est pas dénuée d'une certaine logique : la réforme de 2012 avait notamment comme objectif de résERVER l'acquisition de la nationalité belge par déclaration aux étrangers ayant fait preuve d'une volonté de développer de liens avec la Belgique. Le législateur a retenu plusieurs vecteurs exprimant ces liens : à côté de la maîtrise, *a minima*, d'une des langues nationales, l'exercice d'une occupation professionnelle a reçu une place de choix dans le système mis en place par le législateur. Elle permet en effet de démontrer tant l'intégration sociale que la participation économique. Pour satisfaire à cette dernière exigence, il est suffisant que l'étranger ait travaillé au moins 468 jours au cours de la période de cinq ans précédant la déclaration⁵. Les données fournies en l'espèce par l'intéressé permettaient de conclure qu'il répondait à cette exigence. Ce n'était pas le cas pour l'intégration sociale : à défaut pour l'intéressé de disposer d'un diplôme d'enseignement secondaire supérieur, d'avoir suivi une formation professionnelle ou un cours d'intégration, il était en effet exigé qu'il démontre avoir travaillé au cours des cinq dernières années.

Avec ces conditions, ce qui est en jeu est la démonstration par l'intéressé d'une volonté de mettre à profit sa force de travail pour subvenir à ses besoins et, le cas échéant, à ceux de ses proches. A l'aune de cet objectif, parfaitement légitime, la circonstance qu'un étranger candidat à la nationalité belge ait travaillé 36, 48 ou 60 mois au cours des cinq dernières années, est quelque peu indifférente. Dès lors que l'étranger démontre avoir travaillé pendant une période relativement longue, on peut en effet accepter qu'il a fait preuve de cette volonté d'intégration tant prisée par le législateur. La durée et le caractère ininterrompu de l'activité professionnelle de l'intéressé sont d'autant plus relatives lorsque l'on prend en compte l'état du marché de l'emploi, singulièrement pour le segment de la population qui a le plus grand intérêt à obtenir la nationalité belge. Précarité, succession de contrats à durée déterminée, importance du statut d'intérimaire et chômage économique sont des données incontournables de ce segment⁶. Il est dès lors plus difficile pour de nombreuses personnes ne possédant pas la

⁴Voy. sur ce point les explications de B. RENAULD, "Le Code de la nationalité, version 2013", *Rev. dr. étr.*, 2012, (553), 555-556.

⁵L'exigence est formulée autrement lorsque l'intéressé a exercé une occupation en qualité d'indépendant. Dans ce cas, il est exigé qu'il se soit acquitté des cotisations trimestrielles pendant aux moins six trimestres au cours de la même période de référence.

⁶Selon Eurostat, le marché de l'emploi belge comporte 34% de travailleurs occupés dans les liens d'un statut à durée déterminée. Ce chiffre est en constante évolution depuis 2004 où le taux de travailleurs à durée déterminée était de 29 %. Selon les données du Conseil supérieur de l'emploi, les ressortissants d'Etats non membres de l'Union européenne sont plus susceptibles d'être engagés sous un statut plus précaire (travail à temps partiel

nationalité belge de satisfaire à l'exigence d'une activité professionnelle ininterrompue pendant cinq ans.

Dans cette mesure, la tolérance pronée par la décision annotée se comprend bien : l'on peut y voir l'application d'un bon sens commun cherchant à concilier les exigences fondamentales posées par le législateur avec une réalité multiple et parfois cahotique. Cette démarche semble d'autant plus raisonnable que la condition posée par le législateur, selon laquelle l'étranger candidat à la nationalité belge, peut démontrer son intégration sociale par le biais d'une activité professionnelle ininterrompue sur une période de cinq ans, a été introduite tardivement dans le texte, pour répondre à une critique du Conseil d'Etat⁷. Il ne semble pas que le caractère ininterrompu de l'occupation professionnelle ait fait l'objet d'une quelconque discussion. On peut dès lors se demander si le législateur a bien appréhendé toutes les conséquences de la formule retenue et spécialement du caractère ininterrompu de l'activité professionnelle.

Pour autant, l'on hésitera à cautionner la démarche dans laquelle le tribunal s'engage. C'est que le texte de la loi est parfaitement clair. Selon l'article 12bis, § 1, 2°, littera e, la participation par l'étranger au marché du travail peut révéler des coupures, voire même des périodes d'inactivité lorsqu'est en jeu la participation économique, puisque n'est exigée au final que la démonstration d'une activité s'étendant sur une quinzaine de mois, calculé sur une période de cinq ans. Ce n'est pas le cas lorsque cette même activité sur le marché du travail est utilisée comme vecteur permettant de démontrer l'intégration sociale : selon l'article 12bis, § 1, 2°, littera d *in fine*, l'intéressé doit en effet avoir travaillé "de manière ininterrompue" au cours des cinq dernières années.

Cette différence nette est sans doute de nature à susciter des questions : pourquoi ne pas avoir prévu à la marge un mécanisme permettant de tenir compte des aléas du marché du travail dans des situations dans lesquelles le parcours de l'étranger permet de considérer qu'il répond à l'exigence de base? Certes, un tel mécanisme introduirait un pouvoir d'appréciation de nature à engendrer dans un premier temps une mesure d'imprévisibilité et, dans un second temps, une inégalité potentielle entre les étrangers selon l'appréciation que le juge aurait pu faire de la clause de sauvegarde. Il reste que l'on aurait pu formuler une telle réserve de manière à exclure toute incertitude, en prenant appui sur l'exemple fourni par l'article 7bis, § 3 du Code.

En l'absence d'une réserve expresse dans le texte de la loi, la liberté que s'autorise le juge dans la décision commentée fait naître une incertitude plus grande encore. Le tribunal a estimé au vu des faits de la cause qu'il pouvait ne pas être tenu compte d'une période d'interruption de la carrière du ressortissant étranger parce que celle-ci ne dépassait pas neuf mois. Comment devra-t-on réagir dans d'autres hypothèses, lorsque l'on constate par exemple une interruption de dix, voire de douze mois? La création d'une nuance prétorienne à l'exigence d'une activité professionnelle ininterrompue appelle bien entendu l'intervention d'autres juges pour affiner les limites du concept. Le risque est grand de susciter des

et/ou contrat temporaire) : en 2013, près de 53% de ce segment de la population tombait dans cette catégorie, contre 32% pour les belges et 30% pour les ressortissants européens (Conseil supérieur de l'emploi, *Rapport 2014*, p. 36).

⁷Ce dernier faisait remarquer que les modes de preuve initialement retenus pour démontrer l'intégration sociale pourraient avantager certains candidats dans la mesure où seuls certains d'entre eux pourraient suivre le cours d'intégration (Amendement n° 151 de Mme van Cauter et consorts, *Doc. Parl.*, Chambre, 53-476/13, p. 25).

appréciations divergentes, voire de réservé un traitement plus favorable à certaines personnes selon des critères inexprimés.

La tentation des juridictions de s'émanciper des exigences strictes posées par le législateur de 2012 s'observe d'ailleurs dans d'autres contextes. On a ainsi vu un tribunal de première instance passer outre l'opposition du ministère public qui avançait que l'intéressé n'avait pas démontré à suffisance son intégration sociale, en prenant appui sur le fait que le candidat à la nationalité belge avait obtenu à l'étranger plusieurs diplômes sanctionnant des études de niveau supérieur, qu'il exerçait une activité professionnelle depuis quelques années et qu'il avait réalisé un investissement immobilier en Belgique, le tribunal a estimé que l'intéressé méritait d'obtenir la nationalité belge alors même que les éléments qu'il mettait en exergue n'étaient pas visés par l'article 12⁸. Cette liberté prise avec le texte est certainement le témoignage d'une grande humanité et d'un bon sens commun. Elle met néanmoins à mal le fragile édifice construit par le législateur.

In fine, la solution réside non pas dans l'imagination des juges, encore que celle-ci soit une denrée précieuse qu'il faut cultiver. Le système mis en place par le législateur de 2012 repose sur un équilibre fragile. Les différentes exigences qui permettent de concrétiser les vecteurs de l'intégration doivent être maniées avec prudence. Car si l'on peut être tenté dans une hypothèse d'adopter une interprétation généreuse d'un élément compte tenu de circonstances particulières, il faudra aussi accepter le raisonnement en sens inverse, qui conduirait à refuser l'octroi de la nationalité belge à un étranger qui pourtant satisfait aux exigences légales, ceci également au vu de circonstances exceptionnelles. Il ne faut pas grande imagination pour envisager de telles situations.

C'est bien plutôt au législateur qu'il appartient de s'emparer de la question. Le modèle qu'il a mis en place est innovateur et semble constituer une solution intéressante pour résoudre l'énigme de l'intégration. Ce modèle mérite néanmoins d'être évalué. La façon dont il a été mis en oeuvre, par le biais d'un système documentaire, interpelle en effet à bien des égards. Au-delà du cas d'espèce commenté dans cette note, d'autres situations ne manquent en effet pas d'étonner. Ainsi, l'on s'interroge dans la pratique sur la possibilité de faire valoir des périodes de travail couvertes par un contrat dit 'article 60' au titre des 468 journées de travail requises pour démontrer la participation économique exigée par l'article 12bis⁹. Une évaluation d'ensemble de l'édifice législatif s'impose, qui permettra d'identifier les forces et les faiblesses de la réforme de 2012. Il reste à espérer qu'elle aura lieu sans trop tarder.

⁸Civ. Brabant Wallon (Nivelles), 7ème ch., 6 juin 2014, en cause *A. Kassimi c. Procureur du roi*, RR 13/722/B, inédit.

⁹Art. 60, § 7 de la loi organique des CPAS du 8 juillet 1976.

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation

1. Actualisering van het statuut van de ereconsul

Koninklijk besluit van 21 september 2016 houdende het statuut van de ereconsul.

Dit koninklijk besluit is op 6 oktober 2016 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Actualisation du statut du consul honoraire

Arrêté royal du 21 septembre 2016 portant le statut du consul honoraire.

Cet arrêté royal a été publié le 6 octobre 2016 au Moniteur belge.

2. Afgifte noodreisdocumenten

Ministerieel besluit van 27 oktober 2016 tot wijziging van het ministerieel besluit van 13 april 2016 tot aanduiding van de ereconsulaire posten bevoegd om noodreisdocumenten af te geven.

Dit ministerieel besluit is op 10 november 2016 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad

Délivrance des titres de voyage provisoires

Arrêté ministériel du 27 octobre 2016 modifiant l'arrêté ministériel du 13 avril 2016 désignant les postes consulaires honoraires habilités à délivrer des titres de voyage provisoires.

Cet arrêté ministériel a été publié le 10 novembre 2016 au Moniteur belge.

Boekbespreking / Critique littéraire

Den Haese, Sarah (UGent) – Tien jaar toepassing van het Marokkaans Familiewetboek in Marokko en Europa

Naar aanleiding van het tienjarig bestaan van het Marokkaans Familiewetboek in 2014, sloegen diverse academici uit verschillende landen onder leiding van professor Marie-Claire Foblets de handen in elkaar voor een kritische analyse van de toepassing van het Marokkaans familierecht in de praktijk. Op 2 december 2016 werden de resultaten van het onderzoek voorgesteld aan het publiek in de vorm van een studiedag. Deze studiedag kon op een grote belangstelling rekenen. Zowel advocaten, ambtenaren, magistraten, academici en zelfs studenten uit binnen- en buitenland vonden hun weg naar deze boeiende uiteenzetting.

De toenemende mobiliteit van mensen zorgt ervoor dat het Marokkaans Familiewetboek ook buiten Marokko aan belang wint. In heel wat landen blijft de nationaliteit een belangrijke aanknopingsfactor in familiale aangelegenheden die een grensoverschrijdend karakter hebben. Denk bijvoorbeeld aan de erkenning van een in België geboren kind door een Marokkaanse man voor een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand, de voltrekking van een huwelijk in België tussen een Belgische vrouw en een Marokkaanse man, een vordering tot echtscheiding voor de Belgische rechter van een in Marokko gesloten huwelijk, etc. Wanneer de Belgische verwijzingsregels hierom verzoeken, moeten ambtenaren en magistraten het Marokkaans recht toepassen. Uiteraard dienen zij het Marokkaans recht correct toe te passen. Hier wringt in de praktijk vaak het schoentje. Artikel 15 WIPR verwacht van magistraten dat ze het Marokkaans recht ambtshalve toepassen volgens de in Marokko gevolgde interpretatie. Dit betekent dat naast de wettelijke bepalingen ook rekening moet worden gehouden met rechtspraak en rechtsleer uit Marokko. Het vinden van relevante Marokkaanse rechtspraak en rechtsleer is echter geen sinecure. Het onderzoeksproject geleid door professor Marie-Claire Foblets wou hieraan tegemoet komen door de toepassing van het Marokkaans Familiewetboek grondig te bestuderen. Zowel de toepassing van het Marokkaans Familiewetboek in Marokko als het gebruik ervan in vijf Europese lidstaten werd onderzocht. Wat de toepassing in Europa betreft, werd gekozen voor Frankrijk, Spanje, België, Nederland en Italië. In elk land werd een rapporteur aangesteld, belast met het verzamelen van relevante rechtspraak en rechtsleer. Deze informatie werd uiteindelijk gebundeld in vijf landenrapporten. In deze landenrapporten staan twee thema's centraal: huwelijk en echtscheiding (inclusief verstotingen) en afstamming (inclusief de *kafala*). De rapporteurs uit de vijf betrokken landen proberen in hun rapport een antwoord te geven op een aantal prangende vragen. Wie kan volgens het Marokkaans recht huwen? Welke vorm- en grondvoorraarden moeten worden gerespecteerd? Kan een huwelijk dat in Marokko werd afgesloten in Europa worden erkend? Wat indien één van de echtgenoten het huwelijk wenst te beëindigen? Hoe wordt in Europa omgegaan met verstotingen uit Marokko? Op welke manier kan de afstammingsband tussen een vader en een kind worden vastgelegd? Wie kan het vaderschap bewijzen en op welke manier moet dit gebeuren? Hoe wordt in Europa omgegaan met de *kafala*? Etc.

De bevindingen van de verschillende rapporteurs werden gebundeld in het boek “*Le Code Marocain de la famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d’application*”. Het boek, opgebouwd uit drie delen, beoogt de lezer grondig te informeren over de juridische problemen

waarmee Marokkaanse onderdanen, die in het buitenland verblijven (MRE¹), worden geconfronteerd en de oplossingen die het Marokkaans Familiewetboek kan bieden.

Het eerste deel omvat een bijdrage van professor Marie-Claire Foblets en een artikel geschreven door professor Mohamed Loukili. In de bijdrage van Foblets maakt de lezer kennis met de ontstaansgeschiedenis van het Marokkaans Familiewetboek, worden de belangrijkste veranderingen ten aanzien van de vrouw en kinderen toegelicht en wordt dieper ingegaan op de betekenis van het wetboek voor MRE. Loukili geeft een beknopt maar helder overzicht van de belangrijkste rechtspraak uit Marokko voor de periode 2004-2012: de huwelijkschlussing, het bewijs en de gevolgen van het huwelijk, de ontbinding van het huwelijk en de afstamming (waaronder het gezagsrecht en de alimentatieverplichting) komen aan bod.

In het tweede deel volgt een uitvoerige bespreking van de toepassing van het Marokkaans Familiewetboek in vijf Europese landen. Professor Françoise Monéger geeft tekst en uitleg over de toepassing van het Marokkaans Familiewetboek in Frankrijk. Professor Ana Quiñones Escámez bespreekt de betekenis van het wetboek in de Spaanse rechtsorde. Professor Jinske Verhellen en mevrouw Hélène Englert behandelen de toepassing van het Marokkaans familierecht in België. Dr. Leila Jordan-Cotran analyseert de toepassing van het wetboek in Nederland. Professor Roberta Aluffi, tot slot, laat de lezer kennismaken met de rol van het wetboek in Italië.

In het derde deel van het boek bestudeert dr. Abdoukasem El Ziani het tienjarig bestaan van het Marokkaans Familiewetboek vanuit sociologisch oogpunt. Dankzij de medewerking van het Marokkaans consulaat in Antwerpen, Lille en Rotterdam is dr. El Ziani erin geslaagd om de impact van het Marokkaans Familiewetboek op het leven van MRE in kaart te brengen. Dit sociologisch gedeelte vormt een grote meerwaarde voor het boek.

Tot slot, het collectief werk omvat ook bijzonder interessante bijlagen. De lezer kan er tabellen vinden met de rechtspraak uit de verschillende landen en de weergave van de interviews die werden afgenumomen in Marokko.

De studiedag die het Max Planck Instituut (Halle), de UGent en de UCL op 2 december 2016 organiseerden, was een belangrijke eerste stap in het sensibiliseren van mensen die in hun professionele leven geconfronteerd worden met het Marokkaans familierecht. Onze diverse samenleving dwingt ons oog te hebben voor buitenlands recht en inspanningen te leveren om dit recht te leren kennen. Door buitenlands recht correct toe te passen, voelen mensen zich niet alleen gerespecteerd (de principes uit het Marokkaans recht zijn voor heel wat Marokkanen bepalend voor hun identiteit), maar kunnen ook hinkende rechtsverhoudingen zoveel als mogelijk worden vermeden. Wat het Marokkaans familierecht betreft, is het boek “*Le Code Marocain de la famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d’application*” een absolute *must have*. Nooit eerder werd de inhoud van het Marokkaans familierecht met medewerking van nationale en internationale rechtsgeleerden zo uitvoerig en nauwgezet onderzocht. Het boek verschafft eenieder, die geconfronteerd wordt met het Marokkaans familierecht, nuttige tools om een beslissing te nemen die rekening houdt met de letter van de wet, de rechtspraak en rechtsleer en de sociale realiteit waarin het Marokkaans familierecht opereert.

Het boek “*Le Code Marocain de la famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d’application*” wordt uitgegeven bij la Charte/die Keure.

¹ Marocains Résidant à l’Étranger