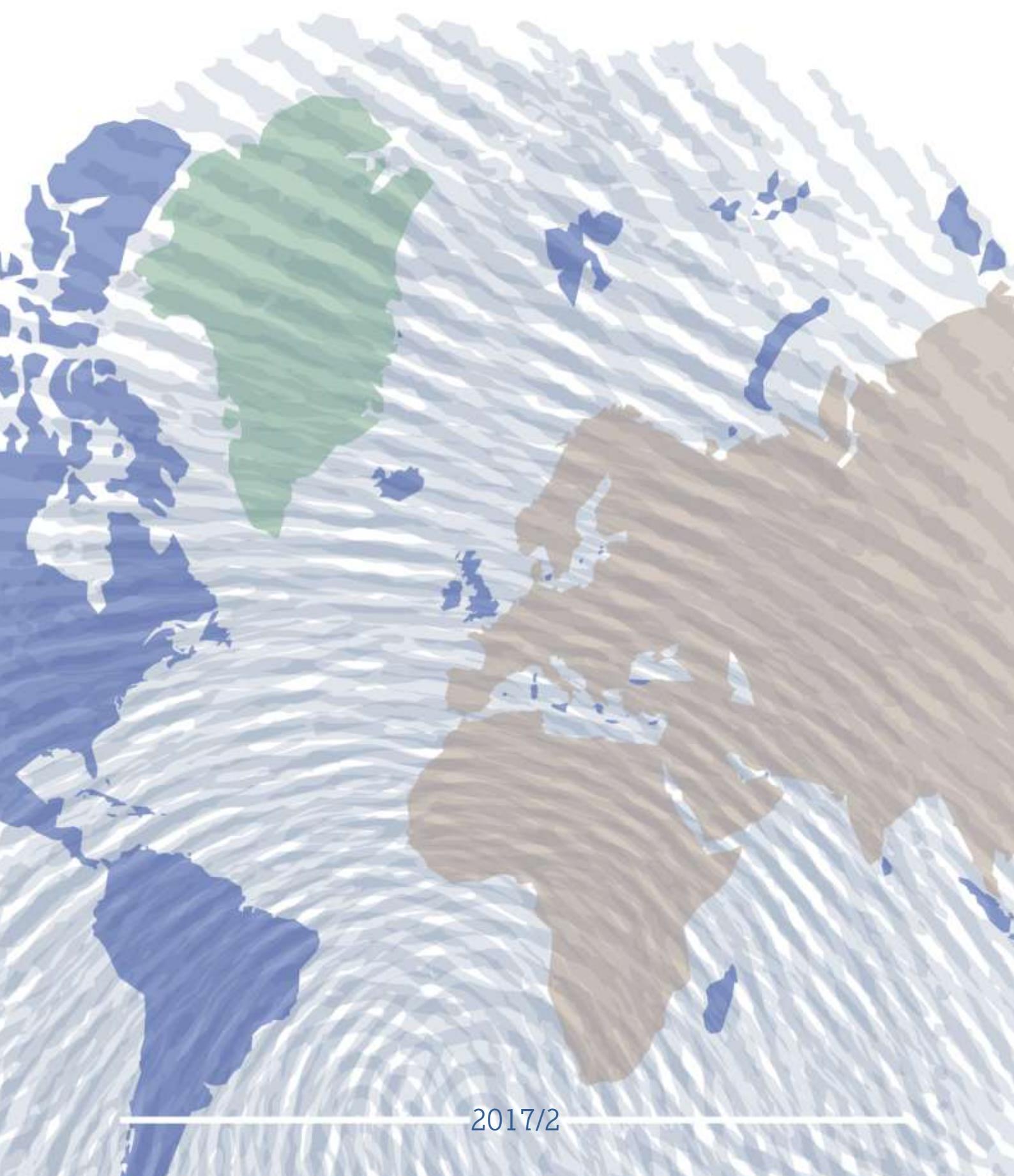


[Revue@dipr.be](mailto:Revue@dipr.be)

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

[Tijdschrift@ipr.be](mailto:Tijdschrift@ipr.be)

TIJDSCHRIFT VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT



2017/2

**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 Wautelaet (ULiège)

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

Sarah Den Haese – Laura Deschuyteneer – Elise Vanderlinde – Jinske Verhellen

**Uw bijdragen**

Bijdragen voor het tijdschrift kunnen via e-mail worden toegezonden op het adres: [tijdschrift@ipr.be](mailto:tijdschrift@ipr.be). Het tijdschrift werkt met een double-blind 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](mailto:revue@dipr.be). La revue fonctionne selon le système de double-blind peer review. La publication est soumise à l'accord du comité de rédaction.

**Citeerwijze**

Tijdschrift@ipr.be 2017/2

**Mode de citation**

Revue@dipr.be 2017/2

**ISSN 2030-4072**

## INHOUD/CONTENU

### RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Hof van Justitie, zaak C-436/16, Georgios Leventis, Nikolaos Vafeias tegen Malcon Navigation Co. Ltd., Brave Bulk Transport Ltd., arrest van 28 juni 2017

Hof van Justitie, zaak C-249/16, Saale Kareda tegen Stefan Benkö, arrest van 15 juni 2017

Hof van Justitie, zaak C-111/17 PPU, OL tegen PQ, arrest van 8 juni 2017

Hof van Justitie, zaak C-54/16, Vinyls Italia SpA, tegen Mediterranea di Navigazione SpA, arrest van 8 juni 2017

Hof van Justitie, zaak C-541/15, Mircea Florian Freitag, arrest van 8 juni 2017

Hof van Justitie, zaak C-617/15, Hummel Holding A/S tegen Nike Inc., Nike Retail BV, arrest van 18 mei 2017

Hof van Justitie, zaak C-29/16, HanseYachts AG tegen Port D'Hiver Yachting SARL, Société Maritime Côte D'Azur, Compagnie Generali IARD SA, arrest van 4 mei 2017

Grondwettelijk Hof, arrest van 27 april 2017

Hof van Cassatie, arrest van 12 mei 2017

Hof van Cassatie, arrest van 4 april 2017

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 18 januari 2017

Hof van beroep Gent, arrest van 11 mei 2017

Hof van beroep Gent, arrest van 25 april 2017

Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 25 november 2010

Correctionele rechtbank Antwerpen (afd. Antwerpen), vonnis van 24 mei 2016

Familierechtbank West-Vlaanderen (afd. Brugge), vonnis van 13 januari 2017

Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 7 mars 2017

### RECHTSLEER/DOCTRINE

Corneloup, Sabine; Heiderhoff, Bettina; Honorati, Costanza; Jault-Seseke, Fabienne; Kruger, Thalia; Rupp, Caroline; van Loon, Hans and Verhellen, Jinske – Children On The Move: A Private International Law Perspective

Corneloup, Sabine; Heiderhoff, Bettina; Honorati, Costanza; Jault-Seseke, Fabienne; Kruger, Thalia; Rupp, Caroline; van Loon, Hans; Verhellen, Jinske – Private International Law In A Context Of Increasing International Mobility: Challenges and Potential

### ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

# INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

<b>RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE .....</b>	<b>6</b>
Hof van Justitie, zaak C-436/16, Georgios Leventis, Nikolaos Vafeias tegen Malcon Navigation Co. Ltd., Brave Bulk Transport Ltd., arrest van 28 juni 2017.....	6
Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 23 – Forumkeuzebeding – Forumkeuzebeding in een overeenkomst tussen twee vennootschappen – Schadevordering – Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vertegenwoordigers van een van die vennootschappen voor strafbare feiten – Inroepbaarheid van dat beding door die vertegenwoordigers ..	6
Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Règlement 44/2001 (Brussel I) – Article 23 – Clause attributive de juridiction – Clause de prorogation de compétence figurant dans un contrat conclu entre deux sociétés – Action indemnitaire – Responsabilité solidaire des représentants d'une de ces sociétés pour des faits délictueux – Invocabilité de cette clause par lesdits représentants.....	6
Hof van Justitie, zaak C-249/16, Saale Kareda tegen Stefan Benkő, arrest van 15 juni 2017 .....	7
Prejudiciële verwijzing – Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken – Verordening 1215/2012 (Brussel <i>Ibis</i> ) – Artikel 7, punt 1 – Begrippen ‘verbintenissen uit overeenkomst’ en ‘overeenkomst tot levering van diensten’ – Regresvordering tussen hoofdelijke medeschuldenaren van een kredietovereenkomst – Bepaling van de plaats van uitvoering van de kredietovereenkomst .....	7
Renvoi préjudiciel – Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Règlement 1215/2012 (Bruxelles <i>Ibis</i> ) – Article 7, point 1 – Notions de “matière contractuelle” et de “contrat de fourniture de services” – Action récursoire entre les codébiteurs solidaires d'un contrat de crédit – Détermination du lieu d'exécution du contrat de crédit .....	7
Hof van Justitie, zaak C-111/17 PPU, OL tegen PQ, arrest van 8 juni 2017 .....	8
Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale kinderontvoering – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Verordening 2201/2003 (Brussel <i>IIbis</i> ) – Artikel 11 – Verzoek tot terugkeer – Begrip ‘gewone verblijfplaats’ van zuigeling – Kind geboren, volgens de wil van zijn ouders, in een andere lidstaat dan die van hun gewone verblijfplaats – Ononderbroken verblijf van kind tijdens eerste maanden van zijn leven in lidstaat van geboorte – Beslissing van de moeder om niet terug te keren naar lidstaat waar de gewone verblijfplaats van het koppel zich bevond.....	8
Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Enlèvement international d'enfants – Convention de La Haye du 1980 (Enlèvement enfants) – Règlement 2201/2003 (Bruxelles <i>IIbis</i> ) – Article 11 – Demande de retour – Notion de “résidence habituelle” d'un nourrisson – Enfant né, conformément à la volonté de ses parents, dans un État membre autre que celui de leur résidence habituelle – Séjour continu de l'enfant pendant les premiers mois de sa vie dans son État membre de naissance – Décision de la mère de ne pas retourner dans l'État membre où se trouvait la résidence habituelle du couple .....	8
Hof van Justitie, zaak C-54/16, Vinyls Italia SpA, tegen Mediterranea di Navigazione SpA, arrest van 8 juni 2017	
Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Insolventieprocedures – Verordening 1346/2000 (Insolventie) – Artikelen 4 en 13 – Voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen – Omstandigheden waarin de betrokken rechtshandeling kan worden bestreden – Handeling onderworpen aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure is geopend – Handeling die niet op grond van dat recht kan worden bestreden – Verordening 593/2008 (Rome I) – Artikel 3, lid 3 – Door partijen gekozen recht – Alle aanknopingspunten van de betrokken situatie bevinden zich in de lidstaat waar de procedure is geopend – Invloed .....	9
Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Procédures d'insolvabilité – Règlement 1346/2000 (Insolvabilité) – Articles 4 et 13 – Actes préjudiciables à la masse des créanciers – Conditions	

dans lesquelles l'acte en cause peut être attaqué – Acte soumis à la loi d'un autre État membre que l'État d'ouverture – Acte inattaquable sur le fondement de cette loi – Règlement 593/2008 (Rome I) – Article 3, paragraphe 3 – Loi choisie par les parties – Localisation de l'ensemble des éléments de la situation concernée dans l'État d'ouverture – Incidence .....	9
Hof van Justitie, zaak C-541/15, Mircea Florian Freitag, arrest van 8 juni 2017 .....	10
Prejudiciële verwijzing – Burgerschap van de Unie – Artikel 21 VWEU – Vrijheid om in de lidstaten te reizen en te verblijven – Onderdaan die zowel de nationaliteit van de lidstaat van zijn verblijf bezit als die van de lidstaat van zijn geboorte – Wijziging van de familienaam in de lidstaat van geboorte die niet heeft plaatsgevonden tijdens een gewoon verblijf in die lidstaat – Naam die overeenkomt met de geboortenaam – Verzoek tot inschrijving van die naam in het register van de burgerlijke stand van de lidstaat van verblijf – Afwijzing van dat verzoek – Grond: Naam die niet tijdens een gewoon verblijf is verworven – Bestaan in het nationale recht van andere procedures ter verkrijging van die naam .....	10
Renvoi préjudiciel – Citoyenneté de l'Union – Article 21 TFUE – Liberté de circuler et de séjournier dans les États membres – Ressortissant ayant à la fois la nationalité de l'État membre de sa résidence et de l'État membre de sa naissance – Changement de nom patronymique dans l'État membre de naissance en dehors d'un séjour habituel – Nom correspondant au nom de naissance – Demande d'inscription de ce nom au registre de l'état civil de l'État membre de résidence – Rejet de cette demande – Motif : Non-acquisition du nom au cours d'un séjour habituel – Existence d'autres procédures en droit national pour obtenir la reconnaissance du même nom .....	10
Hof van Justitie, zaak C-617/15, Hummel Holding A/S tegen Nike Inc., Nike Retail BV, arrest van 18 mei 2017 .	11
Prejudiciële verwijzing – Intellectuele eigendom – Verordening 207/2009 – Uniemark – Artikel 97, lid 1 – Internationale bevoegdheid – Rechtsvordering wegens inbreuk op een merk tegen een vennootschap die in een derde land is gevestigd – Kleindochter die is gevestigd op het grondgebied van de lidstaat van de aangezochte rechter – Begrip vestiging .....	11
Renvoi préjudiciel – Propriété intellectuelle – Règlement 207/2009 – Marque de l'Union européenne – Article 97, paragraphe 1 – Compétence internationale – Action en contrefaçon dirigée contre une société établie dans un État tiers – Sous-filiale établie sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie – Notion d'établissement .....	11
Hof van Justitie, zaak C-29/16, HanseYachts AG tegen Port D'Hiver Yachting SARL, Société Maritime Côte D'Azur, Compagnie Generali IARD SA, arrest van 4 mei 2017 .....	12
Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 27 – Aanhangigheid – Gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht – Artikel 30, punt 1 – Begrip ‘stuk dat het geding inleidt’ of ‘gelijkwaardig stuk’ – Verzoek om een deskundigenonderzoek teneinde voorafgaand aan enig proces het bewijs van feiten waarop een later beroep in rechte kan worden gegrond, te bewaren of vast te stellen .....	12
Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 27 – Litispendance – Juridiction saisie en premier lieu – Article 30, point 1 – Notion d’acte introductif d’instance” ou d’acte équivalent” – Requête aux fins d’expertise judiciaire pour conserver ou établir, avant tout procès, la preuve de faits susceptibles de fonder une action en justice subséquente.....	12
Grondwettelijk Hof, arrest van 27 april 2017 .....	13
Uitvoerbaarheid – Gerechtelijk recht – Artikel 1412quinquies Ger. W. – Bewarend beslag en middelen tot tenuitvoerlegging – Goederen die niet in beslag kunnen worden genomen – Eigendommen van een buitenlandse mogendheid die zich bevinden op het grondgebied van het Koninkrijk – Onmogelijkheid van beslag – Uitzonderingen – Voorwaarden – Verordening 1215/2012 (Brussel <i>Ibis</i> ) – Interpretatie volgens gewoonrechtelijke regels van internationaal recht .....	13
Caractère exécutoire – Droit judiciaire – Article 1412quinquies C. Jud. – Saisies conservatoires et voies d'exécution – Biens qui ne peuvent être saisis – Biens appartenant à une puissance étrangère qui se trouvent sur le territoire du Royaume – Insaisissabilité – Exceptions – Conditions – Règlement 1215/2012 (Bruxelles <i>Ibis</i> ) – Interprétation selon les règles du droit coutumier international .....	13
Hof van Cassatie, arrest van 12 mei 2017 .....	14

Internationale bevoegdheid – Hoger beroep – Een beslissing inzake bevoegdheid – Artikel 1050, tweede lid Ger.W. – Beslissing over betwisting internationale rechtsmacht .....	14
Compétence internationale – Appel – Décision sur la compétence – Article 1050, al. 2 C. Jud. – Décision portant sur un déclinatoire de compétence internationale .....	14
Hof van Cassatie, arrest van 4 april 2017 .....	16
Vordering in België tot het bekomen van een schadevergoeding – Dader in andere lidstaat van de EU persoonlijk failliet verklaard – Toepasselijk recht – Artikel 4 Verordening 1346/2000 (Insolvantie) – Artikel 1382 BW .....	16
Action en Belgique en vue d'obtenir des dommages et intérêts – Auteur du dommage faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un autre Etat membre – Droit applicable – Article 4 Règlement 1346/2000 (Insolvabilité) – Article 1382 C. civ. ....	16
Hof van beroep Antwerpen, arrest van 18 januari 2017 .....	23
Afstammung – Schijnerkenning – Verbliffsrechtelijk voordeel Surinaamse moeder – Vordering tot nietigverklaring erkenning ingesteld door OM – Artikel 138bis, § 1 Ger.W. – Bezit van staat – Biologische realiteit – Bedoeling om kind op te voeden – Verlies Belgische nationaliteit .....	23
Filiation – Reconnaissance de complaisance – Avantage en terme de séjour pour la mère originaire du Suriname – Action en annulation de la reconnaissance introduite par le parquet – Article 138bis, § 1 C. Jud. – Possession d'état – Réalité biologique – Intention d'éduquer l'enfant – Perte de la nationalité belge ..	23
Hof van beroep Gent, arrest van 11 mei 2017 .....	31
Gerechtelijke vereffening-verdeling nalatenschap – Uitonverdeeldheidstreding –Nalatenschap opgevallen in Griekenland – Internationale bevoegdheid – Artikel 77, 2° WIPR – Belgische rechtbanken bevoegd voor in België gelegen onroerende goederen – Toepasselijk recht – Artikel 78, § 2, eerste lid WIPR – Recht van de Staat waar het onroerend goed gelegen is – Artikel 80, § 1, 7° en 10° WIPR – Uitzonderingsclausule – Artikel 19, § 1 WIPR.....	31
Liquidation-partage judiciaire d'une succession – Action en sortie d'indivision – Succession ouverte en Grèce – Compétence internationale – Article 77, 2° CODIP – Compétence des juridictions belges limitées aux biens immeubles situés en Belgique – Droit applicable – Article 78 § 2, al. 1 CODIP – Droit de l'Etat du lieu de situation des biens immeubles – Article 80 § 1, 7° et 10° CODIP – Clause d'exception – Article 19 § 1 CODIP.....	31
Hof van beroep Gent, arrest van 25 april 2017 .....	37
Tenuitvoerlegging – Rechterlijke beslissing uit Congo – Exequatur – Geen in kracht van gewijsde getreden buitenlands vonnis – Beroep tegen uitvoerbaarverklaring – Derdenverzet – Artikel 22 WIPR – Artikel 23, § 5 WIPR – Uitvoerende maatregelen – Uitvoerend beslag op onroerend goed .....	37
Exécution – Décision judiciaire émanant de RD Congo – Exequatur – Décision étrangère pas passée en force de chose jugée – Appel contre la décision accordant la déclaration de force exécutoire – Tierce opposition – Article 22 CODIP – Article 23, § 5 CODIP – Mesures d'exécution – Saisie d'un bien immobilier.....	37
Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 25 november 2010 .....	46
Erkenning – Echtscheiding – Verstoting – Artikel 25 WIPR – Artikel 57 WIPR – Artikel 24, 2° WIPR – Betekening aan niet verschenen partij – Bilaterale overeenkomst betreffende wederzijds rechtshulp in burgerlijke zaken en in handelszaken tussen België en Algerije – Bewijs van overhandiging – Schending rechten van verdediging .....	46
Reconnaissance – Divorce – Répudiation – Article 25 CODIP – Article 57 CODIP – Article 24, 2° CODIP – Signification à une partie défaillante – Convention bilatérale relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale entre la Belgique et l'Algérie – Preuve de délivrance – Violation des droits de la défense .....	46
Correctionele rechtbank Antwerpen (afd. Antwerpen), vonnis van 24 mei 2016 .....	53
Schijnhuwelijksakte – Strafprocedure – Valsheid in geschrifte – Fraude – Geen erkenning buitenlandse huwelijksakte – Artikel 146bis BW – Artikel 79quater Vreemdelingenwet.....	53

Mariage simulé – Procédure pénale – Faux en écriture – Fraude – Pas de reconnaissance de l'acte étranger de mariage – Article 146bis C.civ. – Article 79quater loi sur le séjour des étrangers .....	53
Familierechtbank West-Vlaanderen (afd. Brugge), vonnis van 13 januari 2017.....	59
Nationaliteit – Artikel 5 WBN – Ontbreken van geboorteakte – Irak – Akte van bekendheid ter vervanging van akte van geboorte – Onmogelijkheid om zich een geboorteakte of gelijkwaardig document te verschaffen – Getuigen niet dienstig – (Eenzijdige) beëdigde verklaring ter vervanging van akte van bekendheid – Geloofwaardige beweringen van verzoekers .....	59
Nationalité – Article 5 CNB – Absence d'acte de naissance – Iraq – Acte de notoriété à défaut d'acte de naissance – Impossibilité de se procurer un acte de naissance ou un document équivalent – Témoins non pertinents – Déclaration unilatérale sous serment visant à pallier l'absence d'acte de notoriété – Déclarations crédibles de demandeurs .....	59
Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 7 mars 2017.....	64
Reconnaissance d'un mariage marocain en Belgique – Article 27 CODIP – Test conflictuel – Conditions de fond du mariage – Article 46 CODIP – Mariage simulé – Article 146bis C. civ. – Conditions de forme du mariage – Article 47 CODIP .....	64
Erkenning van een Marokkaans huwelijk in België – Artikel 27 WIPR – Conflictenrechtelijke controle – Grondvoorwaarden – Artikel 46 WIPR – Schijnhuwelijk – Artikel 146bis BW – Vormvoorwaarden – Artikel 47 WIPR .....	64
<b>RECHTSLEER/DOCTRINE.....</b>	<b>69</b>
Corneloup, Sabine; Heiderhoff, Bettina; Honorati, Costanza; Jault-Seseke, Fabienne; Kruger, Thalia; Rupp, Caroline; van Loon, Hans and Verhellen, Jinske – Children On The Move: A Private International Law Perspective .....	69
Corneloup, Sabine; Heiderhoff, Bettina; Honorati, Costanza; Jault-Seseke, Fabienne; Kruger, Thalia; Rupp, Caroline; van Loon, Hans; Verhellen, Jinske – Private International Law In A Context Of Increasing International Mobility: Challenges and Potential .....	113
<b>ACTUALITEIT/ACTUALITÉ.....</b>	<b>153</b>

## **RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE**

### **Hof van Justitie, zaak C-436/16, Georgios Leventis, Nikolaos Vafeias tegen Malcon Navigation Co. Ltd., Brave Bulk Transport Ltd., arrest van 28 juni 2017**

*Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 23 – Forumkeuzebeding – Forumkeuzebeding in een overeenkomst tussen twee vennootschappen – Schadevordering – Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vertegenwoordigers van een van die vennootschappen voor strafbare feiten – Inroepbaarheid van dat beding door die vertegenwoordigers*

*Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Règlement 44/2001 (Brussel I) – Article 23 – Clause attributive de juridiction – Clause de prorogation de compétence figurant dans un contrat conclu entre deux sociétés – Action indemnitaire – Responsabilité solidaire des représentants d'une de ces sociétés pour des faits délictueux – Invocabilité de cette clause par lesdits représentants*

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

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

## **Hof van Justitie, zaak C-249/16, Saale Kareda tegen Stefan Benkö, arrest van 15 juni 2017**

*Prejudiciële verwijzing – Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken – Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis) – Artikel 7, punt 1 – Begrippen ‘verbintenis uit overeenkomst’ en ‘overeenkomst tot levering van diensten’ – Regresvordering tussen hoofdelijke medeschuldenaren van een kredietovereenkomst – Bepaling van de plaats van uitvoering van de kredietovereenkomst*

*Renvoi préjudiciel – Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis) – Article 7, point 1 – Notions de “matière contractuelle” et de “contrat de fourniture de services” – Action récursoire entre les codébiteurs solidaires d'un contrat de crédit – Détermination du lieu d'exécution du contrat de crédit*

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

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

## **Hof van Justitie, zaak C-111/17 PPU, OL tegen PQ, arrest van 8 juni 2017**

*Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale kinderontvoering – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 11 – Verzoek tot terugkeer – Begrip ‘gewone verblijfplaats’ van zuigeling – Kind geboren, volgens de wil van zijn ouders, in een andere lidstaat dan die van hun gewone verblijfplaats – Ononderbroken verblijf van kind tijdens eerste maanden van zijn leven in lidstaat van geboorte – Beslissing van de moeder om niet terug te keren naar lidstaat waar de gewone verblijfplaats van het koppel zich bevond*

*Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Enlèvement international d’enfants – Convention de La Haye du 1980 (Enlèvement enfants) – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 11 – Demande de retour – Notion de “résidence habituelle” d’un nourrisson – Enfant né, conformément à la volonté de ses parents, dans un État membre autre que celui de leur résidence habituelle – Séjour continu de l’enfant pendant les premiers mois de sa vie dans son État membre de naissance – Décision de la mère de ne pas retourner dans l’État membre où se trouvait la résidence habituelle du couple*

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

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

## **Hof van Justitie, zaak C-54/16, Vinyls Italia SpA, tegen Mediterranea di Navigazione SpA, arrest van 8 juni 2017**

*Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Insolventieprocedures – Verordening 1346/2000 (Insolventie) – Artikelen 4 en 13 – Voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen – Omstandigheden waarin de betrokken rechtshandeling kan worden bestreden – Handeling onderworpen aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure is geopend – Handeling die niet op grond van dat recht kan worden bestreden – Verordening 593/2008 (Rome I) – Artikel 3, lid 3 – Door partijen gekozen recht – Alle aanknopingspunten van de betrokken situatie bevinden zich in de lidstaat waar de procedure is geopend – Invloed*

*Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Procédures d'insolvabilité – Règlement 1346/2000 (Insolvabilité) – Articles 4 et 13 – Actes préjudiciables à la masse des créanciers – Conditions dans lesquelles l'acte en cause peut être attaqué – Acte soumis à la loi d'un autre État membre que l'État d'ouverture – Acte inattaquable sur le fondement de cette loi – Règlement 593/2008 (Rome I) – Article 3, paragraphe 3 – Loi choisie par les parties – Localisation de l'ensemble des éléments de la situation concernée dans l'État d'ouverture – Incidence*

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

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

## Hof van Justitie, zaak C-541/15, Mircea Florian Freitag, arrest van 8 juni 2017

*Prejudiciële verwijzing – Burgerschap van de Unie – Artikel 21 VWEU – Vrijheid om in de lidstaten te reizen en te verblijven – Onderdaan die zowel de nationaliteit van de lidstaat van zijn verblijf bezit als die van de lidstaat van zijn geboorte – Wijziging van de familienaam in de lidstaat van geboorte die niet heeft plaatsgevonden tijdens een gewoon verblijf in die lidstaat – Naam die overeenkomt met de geboortenaam – Verzoek tot inschrijving van die naam in het register van de burgerlijke stand van de lidstaat van verblijf – Afwijzing van dat verzoek – Grond: Naam die niet tijdens een gewoon verblijf is verworven – Bestaan in het nationale recht van andere procedures ter verkrijging van erkenning van die naam*

*Renvoi préjudiciel – Citoyenneté de l'Union – Article 21 TFUE – Liberté de circuler et de séjourner dans les États membres – Ressortissant ayant à la fois la nationalité de l'État membre de sa résidence et de l'État membre de sa naissance – Changement de nom patronymique dans l'État membre de naissance en dehors d'un séjour habituel – Nom correspondant au nom de naissance – Demande d'inscription de ce nom au registre de l'état civil de l'État membre de résidence – Rejet de cette demande – Motif : Non-acquisition du nom au cours d'un séjour habituel – Existence d'autres procédures en droit national pour obtenir la reconnaissance du même nom*

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

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

## **Hof van Justitie, zaak C-617/15, Hummel Holding A/S tegen Nike Inc., Nike Retail BV, arrest van 18 mei 2017**

*Prejudiciële verwijzing – Intellectuele eigendom – Verordening 207/2009 – Uniemerk – Artikel 97, lid 1 – Internationale bevoegdheid – Rechtsvordering wegens inbreuk op een merk tegen een vennootschap die in een derde land is gevestigd – Kleindochter die is gevestigd op het grondgebied van de lidstaat van de aangezochte rechter – Begrip vestiging*

*Renvoi préjudiciel – Propriété intellectuelle – Règlement 207/2009 – Marque de l’Union européenne – Article 97, paragraphe 1 – Compétence internationale – Action en contrefaçon dirigée contre une société établie dans un État tiers – Sous-filiale établie sur le territoire de l’État membre de la juridiction saisie – Notion d’établissement*

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

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

**Hof van Justitie, zaak C-29/16, HanseYachts AG tegen Port D'Hiver Yachting SARL, Société Maritime Côte D'Azur, Compagnie Generali IARD SA, arrest van 4 mei 2017**

*Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 27 – Aanhangigheid – Gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht – Artikel 30, punt 1 – Begrip ‘stuk dat het geding inleidt’ of ‘gelijkwaardig stuk’ – Verzoek om een deskundigenonderzoek teneinde voorafgaand aan enig proces het bewijs van feiten waarop een later beroep in rechte kan worden gegrond, te bewaren of vast te stellen*

*Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 27 – Litispendance – Juridiction saisie en premier lieu – Article 30, point 1 – Notion d’ “acte introductif d’instance” ou d’ “acte équivalent” – Requête aux fins d’expertise judiciaire pour conserver ou établir, avant tout procès, la preuve de faits susceptibles de fonder une action en justice subséquente*

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

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

## **Grondwettelijk Hof, arrest van 27 april 2017**

*Uitvoerbaarheid – Gerechtelijk recht – Artikel 1412quinquies Ger. W. – Bewarend beslag en middelen tot tenuitvoerlegging – Goederen die niet in beslag kunnen worden genomen – Eigendommen van een buitenlandse mogendheid die zich bevinden op het grondgebied van het Koninkrijk – Onmogelijkheid van beslag – Uitzonderingen – Voorwaarden – Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis) – Interpretatie volgens gewoonrechtelijke regels van internationaal recht*

*Caractère exécutoire – Droit judiciaire – Article 1412quinquies C. Jud. – Saisies conservatoires et voies d'exécution – Biens qui ne peuvent être saisis – Biens appartenant à une puissance étrangère qui se trouvent sur le territoire du Royaume – Insaisissabilité – Exceptions – Conditions – Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis) – Interprétation selon les règles du droit coutumier international*

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

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

## Hof van Cassatie, arrest van 12 mei 2017

*Internationale bevoegdheid – Hoger beroep – Een beslissing inzake bevoegdheid – Artikel 1050, tweede lid Ger.W. – Beslissing over betwisting internationale rechtsmacht*

*Compétence internationale – Appel – Décision sur la compétence – Article 1050, al. 2 C. Jud. – Décision portant sur un déclinatoire de compétence internationale*

Nr. C.16.0214.N

**E.**, vennootschap naar Spaans recht, met zetel te 46300 Utiel (Spanje), [...],  
**eiseres**,

vertegenwoordigd door mr. Willy van Eeckhoutte, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 9051 Gent, Drie Koningenstraat 3, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

**M.**, met zetel te 9820 Merelbeke, [...],  
**verweerster**,

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

### I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 21 oktober 2015.

[...]

### II. Cassatiemiddel

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

### III. Beslissing van het Hof

#### *Beoordeling*

#### *Middel*

1. Krachtens artikel 556, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek nemen de hoven en rechtbanken kennis van alle vorderingen, behalve van die welke de wet aan hun rechtsmacht onttrekt, en krachtens het tweede lid van dit artikel wordt hun respectieve bevoegdheid bepaald door titel I van het derde deel "Bevoegdheid" van dat wetboek, onverminderd de bijzondere wettelijke bepalingen.
2. Krachtens artikel 1050, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek, zoals hier van toepassing, kan in alle zaken hoger beroep worden ingesteld, zodra het vonnis is uitgesproken.

Het tweede lid van dit artikel, zoals hier van toepassing, bepaalt evenwel dat tegen een beslissing inzake bevoegdheid slechts hoger beroep kan worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen een eindvervonnis.

3. Uit deze bepalingen volgt dat de beslissing over de betwisting of de Belgische dan wel de buitenlandse rechter rechtsmacht heeft om over het geschil te oordelen, geen beslissing is over de bevoegdheid van de Belgische rechter.

Artikel 1050, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek is bijgevolg niet van toepassing op deze beslissing.

4. De appelrechter oordeelt dat de regel van artikel 1050, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek niet belet dat hoger beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing van een rechter die zich zonder rechtsmacht verklaart op de grond dat :

- waar de eiseres van meet af aan opwierp dat de rechtbank van koophandel te Gent "onbevoegd" was om kennis te nemen van het geschil tussen partijen, deze exceptie niet de materiële of territoriale bevoegdheid van deze rechtbank betrof, maar de daarvan voorafgaande vraag naar de internationale rechtsmacht van de Belgische rechtbanken;

- de eiseres immers niet voorhield dat een andere Belgische rechtbank dan de rechtbank van koophandel te Gent materieel of territoriaal bevoegd was om van het geschil kennis te nemen, maar stelde dat het geschil enkel kon behandeld worden door een Spaanse rechtbank.

5. Door aldus te oordelen verantwoordt de appelrechter zijn beslissing naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

#### ***Dictum***

**HET HOF,**

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 757,14 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Albert Fettweis, als voorzitter, sectievoorzitter Alain Smets, en de raadsheren Geert Jocqué, Bart Willeman en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 12 mei 2017 uitgesproken door sectievoorzitter Albert Fettweis, in aanwezigheid van advocaat-generaal Christian Vandewal, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.

## Hof van Cassatie, arrest van 4 april 2017

*Vordering in België tot het bekomen van een schadevergoeding – Dader in andere lidstaat van de EU persoonlijk failliet verklaard – Toepasselijk recht – Artikel 4 Verordening 1346/2000 (Insolventie) – Artikel 1382 BW*

*Action en Belgique en vue d'obtenir des dommages et intérêts – Auteur du dommage faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un autre Etat membre – Droit applicable – Article 4 Règlement 1346/2000 (Insolvabilité) – Article 1382 C. civ.*

Nr. P.16.0484.N

**F R,**  
beklaagde,

**eiser,**  
met als raadsman mr. Freddy Mols, advocaat bij de balie te Turnhout, met kantoor te 2300 Turnhout, Begijnenstraat 17 (GV-10482), waar de eiser woonplaats kiest,

tegen

1. **V.**, met kantoor te 2300 Turnhout, [...], in zijn hoedanigheid van gerechtelijk vereffenaar van Super Beheer nv,

burgerlijke partij,

2. **E.**, met zetel te 8780 Oostrozebeke, [...],

burgerlijke partij,

3. **V. G.**, met kantoor te 2360 Oud-Turnhout, [...], in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement Super Discount nv,

burgerlijke partij,

4. **V. G.**, met kantoor te 2360 Oud-Turnhout, [...], in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement Superconfex België nv,

burgerlijke partij,

**verweerders.**

### I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 23 maart 2016.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, acht middelen aan. Raadsheer Erwin Francis heeft verslag uitgebracht. Advocaat-generaal met opdracht Alain Winants heeft geconcludeerd.

## **II. Beslissing van het Hof**

### ***Beoordeling***

#### ***Ontvankelijkheid van het cassatieberoep***

1. Het arrest spreekt de eiser vrij van de telastlegging B.8 en verklaart zich onbevoegd om te oordelen over de burgerlijke rechtsvordering gesteund op die tenlastlegging.

In zoverre gericht tegen die beslissingen, is het cassatieberoep bij gebrek aan belang niet ontvankelijk.

2. Het arrest veroordeelt de eiser tot betaling van een voorschot aan de verweerde 1 en houdt de uitspraak over de burgerlijke rechtsvordering van die verweerde aan in zoverre zij gesteund is op de telastlegging B.1. Aldus bevat het arrest geen eindbeslissing.

In zoverre gericht tegen die beslissing, is het cassatieberoep voorbarig, mitsdien evenmin ontvankelijk.

### ***Eerste middel***

3. Het middel voert schending aan van artikel 787 Gerechtelijk Wetboek: in het arrest is toepassing gemaakt van artikel 785, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek omdat de voorzitter zich in de onmogelijkheid bevond het arrest te ondertekenen; uit geen enkel stuk blijkt dat de griffier daarvan bericht heeft gegeven aan de procureur-generaal binnen de acht dagen na de uitspraak.

4. De artikelen 785 en 786 Gerechtelijk Wetboek bepalen de te volgen handelwijze indien een of meerdere rechters of een griffier in de onmogelijkheid zijn het vonnis te ondertekenen.

5. Artikel 787 Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat in die gevallen de griffier aan de procureur-generaal of aan de procureur des Konings bericht van die onmogelijkheid zendt binnen acht dagen na de uitspraak van het arrest of van het vonnis.

Die bepaling betreft een ambtsverplichting van de griffier die vreemd is aan de regelmatigheid van een arrest of een vonnis als bedoeld in artikel 785 of 786 Gerechtelijk Wetboek.

Het middel dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht.

### ***Tweede middel***

6. Het middel voert schending aan van artikel 149 Grondwet, de artikelen 186 en 561 Wetboek van Vennootschappen, artikel 1382 Burgerlijk Wetboek en artikel 17 Gerechtelijk Wetboek: het arrest verklaart ten onrechte de strafvordering met betrekking tot de telastlegging F ontvankelijk; de voorlopige bewindvoerder van Super Beheer nv heeft de strafvordering betreffende die telastlegging aanhangig gemaakt ingevolge een klacht met burgerlijkepartijstelling bij de onderzoeksrechter terwijl hij daarvoor in het kader van zijn gerechtelijke opdracht niet bevoegd was; zonder beslissing van de algemene vergadering had die bewindvoerder niet de vereiste hoedanigheid om een vennootschapsvordering in te stellen tegen de eiser als bestuurder; de regels voor het instellen van de actio mandati gelden immers zowel voor de burgerlijke als voor de strafrechtsmachten en zijn onverkort van toepassing op de vereffenaar van de vennootschap.

7. De eiser wordt tot één straf veroordeeld wegens de telastleggingen A, B.1 tot B.7, B.9 tot B.12, C, D, E en F.

Deze straf, evenals de tegen de eiser uitgesproken veroordelingen op burgerlijk gebied, zijn wettig verantwoord door het bewezen verklaren van de telastleggingen A, B.1 tot B.7, B.9 tot B.12, C, D en E.

8. Het middel dat enkel betrekking heeft op de telastlegging F, kan niet tot cassatie leiden en is bijgevolg niet ontvankelijk.

#### *Derde middel*

9. Het middel voert schending aan van artikel 63bis Faillissementswet, de artikelen 17 en 870 Gerechtelijk Wetboek en de artikelen 1315 en 1382 Burgerlijk Wetboek, alsmede strijdigheid in de motieven: het arrest oordeelt dat artikel 63bis Faillissementswet niet van toepassing is op de burgerlijke rechtsvorderingen waarover de appelrechters moeten oordelen en dat het Nederlandse recht van toepassing is op eisers persoonlijk faillissement; wanneer de verweerders tijdig een schuldvordering hebben ingediend bij de Nederlandse curator en die schuldvordering is aanvaard, zijn de burgerlijke rechtsvorderingen zonder voorwerp; de verweerders moeten dat aldus kenbaar maken; het arrest hanteert tegenstrijdige motieven door te oordelen dat het Nederlands recht van toepassing is, terwijl het elders oordeelt dat het Nederlands insolventierecht niet moet worden toegepast en de Belgische strafrechter daardoor niet gebonden is; op het vlak van de burgerlijke rechtsvordering is dat echter wel zo; enkel de verweerde 1 bewees dat er voor Super Beheer nv in vereffening tijdig een aangifte van schuldvordering werd gedaan, maar het stavingstuk dateert al van 3,5 jaar geleden en die verweerde moet uitsluitsel geven over de aanvaarding van die schuldvordering om aan te tonen dat hij nog belang heeft en zijn rechtsvordering niet zonder voorwerp is; de eiser kan aantonen dat de door elke verweerde gevorderde schadevergoeding reeds vervat is in de door de verweerde 1 aangegeven schuldvordering in Nederland en dus dubbel gebruik uitmaakt; dezelfde schade kan geen tweemaal gedelgd worden.

10. Eensdeels oordeelt het arrest (ro 4.4.c) dat de appelrechters die slechts oordelen over de eventuele gegrondheid van de rechtsvorderingen voor schade voortvloeiend uit een misdrijf, het insolventierecht niet dienen toe te passen, maar dat het Nederlandse faillissementsrecht zal moeten worden toegepast voor wat betreft de effectieve vergoeding van de verweerders na de eventuele gegrondverklaring van hun rechtsvorderingen. Anderdeels oordeelt het arrest (ro 4.4.d) dat artikel 63bis Faillissementswet niet van toepassing is op de burgerlijke rechtsvorderingen waarover de appelrechters moeten oordelen en dat voor het persoonlijke faillissement van de eiser het Nederlandse recht van toepassing is. Aldus verantwoordt het arrest zonder enige tegenstrijdigheid de beslissing naar recht.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

11. Voor het overige komt het middel op tegen de onaantastbare beoordeling van feiten door het arrest of verplicht het tot een onderzoek van feiten waarvoor het Hof geen bevoegdheid heeft en is het bijgevolg niet ontvankelijk.

#### *Vierde middel*

12. Het middel voert schending aan van artikel 4 van de Verordening (EG) 1346/2000 van 29 mei 2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures: de appelrechters oordelen dat zij het insolventierecht niet dienen toe te passen omdat zij slechts oordelen over de eventuele gegrondheid van de rechtsvorderingen voor schade voortvloeiend uit een misdrijf, maar dat het Nederlandse faillissementsrecht zal moeten worden toegepast voor wat betreft de effectieve vergoeding van de

verweerders na de eventuele gegrondverklaring van hun rechtsvorderingen; aldus schenden zij de voormelde verdragsbepaling, krachtens dewelke individuele vervolgingen moeten worden getoetst aan het in casu toepasselijke Nederlandse recht; de eiser werd in Nederland failliet verklaard voordat de eerste strafvordering en burgerlijke rechtsvordering tegen hem werden opgestart; bijgevolg was enkel de Nederlandse curator de aangewezen instantie om alle schuldvorderingen te ontvangen, te beheren en te verdelen als naar recht; de rechtsvorderingen van de verweerders zijn aldus manifest niet ontvankelijk.

13. Krachtens artikel 4.1 van de Verordening (EG) 1346/2000 van 29 mei 2000 worden, tenzij deze verordening iets anders bepaalt, de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend. Artikel 4.2 bevat de nadere uitwerking van die regel.

Dat artikel belet niet dat het slachtoffer van een misdrijf, gepleegd door een dader die in een andere lidstaat van de Europese Unie persoonlijk failliet is verklaard, voor de Belgische strafrechter schadevergoeding vordert en verkrijgt op grond van artikel 1382 Burgerlijk Wetboek, om vervolgens de uit zijn titel voortvloeiende schuldvordering te onderwerpen aan de insolventieprocedure zoals geregeld volgens het recht van de lidstaat waarin het faillissement is uitgesproken.

Het middel dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht.

#### *Vijfde middel*

14. Het middel voert schending aan van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek, de artikelen 11, 16, 62 tot 63bis, 72 en 99 Faillissementswet, de artikelen 98, 332 en 633 Wetboek van Vennootschappen en artikel 17 Gerechtelijk Wetboek: het arrest (ro 4.4.i) oordeelt dat de burgerlijke rechtsvordering van de verweerster 2 ingevolge de feiten van oplichting individuele schade betreft en geen collectieve schade waarvoor de curator bevoegd is en dat er evenmin sprake is van een tweede vergoeding voor dezelfde schade; op grond van de gedane vaststellingen en de stavingstukken, waaruit blijkt dat de rechtsvordering van de verweerster 2 ertoe strekte vergoeding te verkrijgen voor schade die gemeen was aan alle schuldeisers van de gefailleerde vennootschap, kan het arrest niet wettig beslissen dat de rechtsvordering die zij hangende het faillissement heeft ingesteld, ontvankelijk is; er is niet het minste bewijs dat de eiser enige fout heeft begaan op dit punt; de rechtsvordering van de verweerster 2 maakt ook dubbel gebruik uit omdat zij overeenstemt met de schuldvordering die zij heeft ingediend in het faillissement van Superconfex België nv, die de verweerder 4 reeds heeft aanvaard en die deel uitmaakt van zijn rechtsvordering tegen de eiser; alleszins moet afgewacht worden wat de verweerster 1 uit dat faillissement kan recupereren.

15. De artikelen 98, 332 en 633 Wetboek van Vennootschappen zijn vreemd aan de aangevoerde grief.

In zoverre het middel schending van die bepalingen aanvoert, faalt het naar recht.

16. Het faillissement van de schuldenaar staat er niet aan in de weg dat een schuldeiser vergoeding vordert van een derde door wiens fout schade is ontstaan die hem alleen treft.

17. De fout van de bestuurder of zaakvoerder die erin bestaat het misdrijf van oplichting te plegen ten nadele van een contractant van de failliet verklaarde vennootschap, kan voor die contractant schade opleveren die hem alleen treft en die hij bijgevolg kan vorderen van die bestuurder. De rechter oordeelt daarover onaantastbaar. Het Hof gaat enkel na of de rechter uit zijn vaststellingen geen gevolgen afleidt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden verantwoord.

18. Het arrest oordeelt: "De vordering van [de verweerster 2] is gegrond wat de som van 95.826,37 euro, meer intresten, betreft. In tegenstelling tot wat [de eiser] stelt is de schade van [de verweerster 2] ingevolge de feiten van oplichting een individuele schade en geen collectieve schade, waarvoor de curator bevoegd is." Uit de vaststelling die het arrest aldus doet, kan het wettig afleiden dat de door de verweerster 2 ingestelde vordering ontvankelijk is omdat zij strekt tot de vergoeding van individuele schade.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

19. Voor het overige komt het middel op tegen het onaantastbare oordeel van het arrest over de feiten of verplicht tot een onderzoek van feiten waarvoor het Hof geen bevoegdheid heeft en is het bijgevolg niet ontvankelijk.

#### *Zesde middel*

20. Het middel voert schending aan van artikel 35bis Wetboek van Strafvordering, artikel 43bis Strafwetboek, de artikelen 1432 en 1568 Gerechtelijk Wetboek en de artikelen 8, 9, 11, 12, 24, 33, 35 en 40 Wet Taalgebruik Gerechtszaken: ten onrechte beveelt het arrest de verbeurdverklaring van eisers onroerend goed in Oostenrijk en oordeelt het dat het niet kan antwoorden op onduidelijke middelen in verband met niet geïdentificeerde beweerdelijk niet vertaalde stukken; een verbeurdverklaring van een onroerend goed kan slechts geschieden nadat de vereisten van artikel 35bis Wetboek van Strafvordering zijn nageleefd; uit het strafdossier blijkt niet dat dit hier het geval is; het arrest oordeelt ten onrechte dat uit het strafdossier blijkt dat er effectief beslag werd gelegd; de stukken betreffende het beslag op het onroerend goed zijn niet opgemaakt in de taal van de rechtspleging noch vertaald; het arrest oordeelt ten onrechte dat eisers middel daarover onduidelijk is; de bewijslast betreffende de regelmatigheid van het beslag ligt bij het openbaar ministerie; de stelling dat de toepasselijke regels niet zouden moeten worden nageleefd omdat het goed in het buitenland ligt, kan niet gevuld worden omdat de ratio legis van de wetgeving in acht genomen moet worden; de vereisten van artikel 43bis Strafwetboek betreffende de hypothecaire inschrijving van de vordering tot verbeurdverklaring van een onroerend goed zijn evenmin nageleefd; de vordering tot verbeurdverklaring is bijgevolg niet ontvankelijk.

21. De artikelen 1432 en 1568 Gerechtelijk Wetboek zijn niet van toepassing op het beslag in strafzaken.

In zoverre het middel schending van die bepalingen aanvoert, faalt het naar recht.

22. De verbeurdverklaring van een onroerend goed vereist als dusdanig niet dat dit goed voorafgaandelijk in beslag is genomen en bijgevolg evenmin dat aan de vereisten van artikel 35bis Wetboek van Strafvordering is voldaan.

In zoverre het middel uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt het eveneens naar recht.

23. Het arrest oordeelt onaantastbaar dat eisers verweer over de vertaling van stukken onduidelijk is.

In zoverre het middel opkomt tegen dat onaantastbare oordeel, is het niet ontvankelijk.

24. Artikel 43bis, vijfde lid, Strafwetboek bepaalt:

"De bijzondere verbeurdverklaring van de onroerende goederen moet of kan, naargelang de rechtsgrond die dit bepaalt, door de rechter worden uitgesproken, maar slechts voor zover zij door het openbaar ministerie schriftelijk werd gevorderd.

De schriftelijke vordering van het openbaar ministerie strekkende tot de verbeurdverklaring van een onroerend goed, dat niet strafrechtelijk in beslag is genomen overeenkomstig de toepasselijke vormvoorschriften, wordt op straffe van onontvankelijkheid kosteloos ingeschreven op de kant van de laatst overgeschreven akte of het vonnis bedoeld in artikel 1, eerste en tweede lid, van de hypotheekwet van 16 december 1851. Het openbaar ministerie voegt een bewijs van de kantmelding bij het strafdossier voor de sluiting van de debatten. Het openbaar ministerie vordert de kosteloze doorhaling van de kantmelding, als daartoe grond bestaat."

Die bepaling vereist enkel met betrekking tot in België gelegen onroerende goederen dat de hier bedoelde vordering van het openbaar ministerie het voorwerp uitmaakt van een hypothecaire inschrijving. Die inschrijving is immers niet mogelijk voor in het buitenland gelegen onroerende goederen.

In zoverre het middel uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt het nogmaals naar recht.

25. Het arrest oordeelt dat de schriftelijke vordering tot verbeurdverklaring in casu niet overeenkomstig artikel 1 Hypotheekwet kan worden overgeschreven omdat het onroerend goed zich niet in België bevindt. Aldus verantwoordt het de beslissing naar recht.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

26. Voor het overige komt het middel op tegen overtollige redenen met betrekking tot de verbeurdverklaring van het vermelde onroerend goed of verplicht het tot een onderzoek van feiten waarvoor het Hof niet bevoegd is.

In zoverre is het middel evenmin ontvankelijk.

#### *Zevende middel*

27. Het middel voert schending aan van artikel 6.3.d EVRM, artikel 149 Grondwet en artikel 153 Wetboek van Strafvordering, alsmede miskenning van het recht van verdediging: de appelleerders weigeren ten onrechte de door de eiser gedaagde getuige ter rechtszitting te horen; deze getuige was nog nooit eerder verhoord en was dicht betrokken bij de feiten waarop het arrest steunt om de eiser te veroordelen; de motivering van de weigering om de getuige te horen kan niet overtuigen omdat zij gesteund is op een subjectieve vooringenomenheid; de aspecten waarover de eiser de getuige wilde doen horen, betreffen niet enkel het punt dat het arrest aanhaalt; de weigering de getuige te horen, ontneemt de eiser elke kans zijn verdediging op volledige wijze uit te werken.

28. Artikel 6.3.d EVRM bepaalt dat eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, het recht heeft voor de rechter de getuigen a charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en het ondervragen van getuigen a décharge te doen geschieden op dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen a charge. Dat artikel vormt een bijzondere toepassing van het door artikel 6.1 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces.

29. Artikel 6.1 en 6.3.d EVRM kent aan een beklaagde evenwel geen absoluut of onbeperkt recht toe om getuigen a décharge op de rechtszitting te horen. Het komt aan de beklaagde toe aan te tonen

en te motiveren dat het horen van een getuige a décharge noodzakelijk is voor de waarheidsvinding. De rechter oordeelt daarover onaantastbaar, maar dient het recht van de beklaagde op een eerlijk proces, in zijn geheel beschouwd, te eerbiedigen.

30. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat de eiser voor de appelleerders redenen heeft opgegeven tot staving van zijn verzoek om de getuige ter rechtszitting te horen.

31. Het arrest wijst het verzoek om de getuige ter rechtszitting te horen af omdat er ingevolge een tijdsverloop van tien jaar sinds de feiten twijfel is over de betrouwbaarheid van diens verklaring en omdat de vraagstelling niet relevant is voor de oordeelsvorming van de appelleerders. Aldus vermeldt het arrest de concrete omstandigheden op grond waarvan het eisers verzoek verwerpt. Die beslissing is regelmatig met redenen omkleed en naar recht verantwoord.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

32. Voor het overige komt het middel op tegen de onaantastbare beoordeling van de feiten door het arrest of verplicht het tot een onderzoek van feiten waarvoor het Hof geen bevoegdheid heeft en is het niet ontvankelijk.

#### *Achtste middel*

33. Het middel voert schending aan van artikel 780, 2°, Gerechtelijk Wetboek: de aanhef en het dictum van het arrest vermelden bij de aanduiding van de verweerders 3 en 4 enkel V. G. als curator van de faillissementen Super Discount nv en Superconfex België nv, maar niet Steven Heylen die ook deel uitmaakt van het college van curatoren van die faillissementen; artikel 780, 2°, Gerechtelijk Wetboek is voorgeschreven op straffe van absolute nietigheid.

34. Artikel 780, 2°, Gerechtelijk Wetboek is niet van toepassing op de beslissingen van de strafgerechten. In strafzaken is het voldoende dat uit de aanduiding van de partijen kan worden opgemaakt op wie de beslissing van toepassing is.

Het middel faalt naar recht.

#### Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

35. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet gewezen.

#### *Dictum*

#### **HET HOF,**

Verwerpt het cassatieberoep. Veroordeelt de eiser tot de kosten. Bepaalt de kosten op 186,51 euro. Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit voorzitter Paul Maffei, als voorzitter, de raadheren Filip Van Volsem, Peter Hoet, Antoine Lievens en Erwin Francis, en op de openbare rechtszitting van 4 april 2017 uitgesproken door voorzitter Paul Maffei, in aanwezigheid van advocaat-generaal met opdracht Alain Winants, met bijstand van griffier Frank Adriaensen.

## Hof van beroep Antwerpen, arrest van 18 januari 2017

*Afstamming – Schijnerkenning – Verbliffsrechtelijk voordeel Surinaamse moeder – Vordering tot nietigverklaring erkenningsakte ingesteld door OM – Artikel 138bis, § 1 Ger.W. – Bezit van staat – Biologische realiteit – Bedoeling om kind op te voeden – Verlies Belgische nationaliteit*

*Filiation – Reconnaissance de complaisance – Avantage en terme de séjour pour la mère originaire du Suriname – Action en annulation de la reconnaissance introduite par le parquet – Article 138bis, § 1 C. Jud. – Possession d'état – Réalité biologique – Intention d'éduquer l'enfant – Perte de la nationalité belge*

De procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen, voor wie ter terechtzitting is verschenen, de heer Advocaat-generaal D. De Waele;

### Appellant

tegen het vonnis van de rechbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Turnhout, van 17 december 2015;

tegen

1. M., geboren te Geel op [...] 1964, wonende te 2480 Dessel, [...];
2. S., geboren te Paramaribo (Suriname) op [...] 1987, wonende te 2480 Dessel, [...], beiden in eigen naam en in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van K., geboren te Turnhout op [...] 2012, wonende te 2480 Dessel, [...];

### Eerste en tweede geïntimeerde

In persoon, bijgestaan door Meester E. Stessens, advocaat te 2400 Mol, Colburnlei 22;

3. Meester Eeled Wouters, advocaat te 2490 Balen, Lindestraat 2, in zijn hoedanigheid van voogd ad hoc over de minderjarige K., voornoemd;

### Derde geïntimeerde

ter terechtzitting is Meester K. Verhuren verschenen namens derde geïntimeerde;

#### I. Procedure

1. Gelet op de door de wet vereiste processtukken, in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis dd, 17/12/2015, alsmede het verzoekschrift neergelegd op 14/01/2016, waarmee hoger beroep werd ingesteld.

#### II. Voorwerp van de vorderingen

2. Op 04/03/2015 bracht de Procureur des Konings te Antwerpen - afdeling Turnhout een dagvaarding uit met vordering de erkenningsakte, waarbij de heer M. het kind K. M., (voorheen K. S.) erkende, te horen vernietigen, te zeggen voor recht dat de vernietiging van deze erkenningsakte van rechtswege het verlies van de Belgische nationaliteit in hoofde van K. M. met zich meebrengt, te horen bevelen dat de familienaam K. M. opnieuw wordt gewijzigd in de familienaam van haar moeder (S.),

als enige ouder ten aanzien van wie haar afstamming op heden vaststaat en te horen bevelen dat de uitspraak die gewezen wordt bij uitreksel wordt bekend gemaakt als bijlagen bij het Belgisch Staatsblad.

Bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Turnhout dd. 17/12/2015 werd de vordering toelaatbaar, maar ongegrond verklaard.

De rechtbank motiveert in essentie als volgt:

- ter zitting is onmiskenbaar gebleken dat zonder meer een socio-affectieve band bestaat tussen de man en het kind alsook dat de man orecht vaderlijke gevoelens heeft opzichtens het kind
- M. en S. (huidige geïntimeerden) onderhouden inmiddels reeds bijna 4 jaar een relatie
- het gegeven dat 6 maand werd gewacht na de aanvang van de wettelijke samenwoonst om het kind te erkennen getuigt van gezond verstand en vormt veleer een tegenindicatie van schijnerkenning.

Het hoger beroep tegen dit vonnis ingesteld door het O.M. strekt ertoe, bij hervorming van het bestreden vonnis, diens initiële vordering, zoals hiervoor weergegeven, gegrond te horen verklaren.

De beide geïntimeerden, zijnde de heer M., voormeld en mevrouw S., concluderen tot de onontvankelijkheid, ontoelaatbaarheid, minstens tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

Zij vragen de veroordeling van de Belgische Staat tot de kosten van het geding in beide aanleggen.

De voogd *ad hoc*, Mr. Egied Wouters, die optreedt als vertegenwoordiger over het minderjarige kind K., concludeert in dezelfde zin als het O.M. en vraagt bijgevolg de vordering van het O.M. toelaatbaar en gegrond te verklaren.

### **III. Toelaatbaarheid van het hoger beroep**

3. Het bestreden vonnis werd niet betekend, zo is door alle partijen ter zitting dd. 20/12/2016 gemeld.

Het verzoekschrift hoger beroep is neergelegd ter griffie op 14/01/2016.

Alle partijen die in het geding in eerste aanleg partij waren zijn in het hoger beroep betrokken.

Het hoger beroep, dat regelmatig is naar vorm en termijn, is toelaatbaar.

Het Hof merkt op dat, waar geïntimeerden concluderen tot de ontoelaatbaarheid/onontvankelijkheid van het hoger beroep van het O.M., zij in feite de ontoelaatbaarheid/onontvankelijkheid van de gedinginleidende vordering van het O.M. bedoelen.

De ontoelaatbaarheid van het rechtsmiddel is als zodanig niet onderbouwd. Het O.M. was partij voor de procedure in eerste aanleg en heeft belang om hoger beroep aan te tekenen, aangezien het de in het ongelijk gestelde partij is in het geding voor de eerste rechter en door dit oordeel gegriefd is. Dit volstaat voor de toelaatbaarheid van het hoger beroep, mede gelet op het feit dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld.

Het Hof heeft zulks overigens ambtshalve opgeworpen ter zitting dd. 20/12/2016 en geïntimeerden hebben alsdan erkend dat de exceptie van niet-toelaatbaarheid geen betrekking heeft op het rechtsmiddel hoger beroep, maar wel op de (initiële) vordering.

#### **IV. Toelaatbaarheid van de initiële vordering van het O.M.**

4. Geïntimeerden roepen de ontoelaatbaarheid/onontvankelijkheid in van de initiële vordering van het O.M. (zie hoger, randnummer 3).

Het Hof stelt vast dat geïntimeerden geen incidenteel hoger beroep hebben aangetekend tegen het bestreden vonnis.

Het Hof heeft zulks overigens ambtshalve opgeworpen ter zitting dd, 20/12/2016 en geïntimeerden hebben hieromtrent standpunt kunnen innemen.

Het gegeven dat geen incidenteel hoger beroep werd aangetekend volstaat reeds om de bewuste exceptie van geïntimeerden af te wijzen, gelet op het gewijsde van het vonnis van de eerste rechter op dit punt.

5. Ten overvloede zij opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 138bis §1 Ger.W., het Openbaar Ministerie kan optreden, telkens wanneer de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

Dit is het geval wanneer de vaststelling van een afstammingsband, als aspect van de staat van personen dat de openbare orde raakt/bewust voor een geheel ander doel wordt aangewend dan waarvoor het overeenkomstig de betreffende wettelijke bepalingen is bedoeld, wat in casu toch de stelling is van het O.M. Of deze stelling terecht is betreft de grond van de zaak, maar laat de toelaatbaarheid/ontvankelijkheid onverlet.

6. Het is dan ook niet relevant dat het O.M. niet is vermeld als een van de titularissen van de vordering tot betwisting van het vaderschap, zoals bedoeld in artikel 330 BW.

Evenmin terzake dienend is het gegeven dat geen enkele specifieke wettelijke bepaling bestaat, krachtens welke het O.M. in rechte zou kunnen optreden/ageren.

Zoals hiervoor vermeld is de wettelijke grondslag voor het vorderingsrecht van het O.M. artikel 138bis §1 Ger.W. (zie ook P. Senave, "Papieren kinderen", T. Fam. 2013,22-23).

Het ingeroepen bezit van staat is evenmin dienend, aangezien het O.M. als zodanig geen vordering in stelt tot betwisting van de erkenning, maar de nietigverklaring vordert krachtens het *fraus-beginsel*.

Bezit van staat volstaat enkel om de bescherming van het feitelijke gezinsleven te laten primeren op de biologische realiteit, maar dit belet niet om rechtshandelingen, waarvan wordt beweerd dat ze frauduleus zijn, aan te vechten.

Los van het voorgaande rijst trouwens de vraag of, wanneer de erkenning in hoofde van de erkener niet is ingegeven door de doelstelling om het kind op te voeden als het zijne (en dit is wat het O.M. beweert), wel überhaupt een bezit van staat kan ontstaan.

7. Vergeefs menen geïntimeerden zich te kunnen beroepen op een cassatie-arrest van 6 februari 2015.

Het O.M. moet in rechte (kunnen) optreden wanneer de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die verholpen moet worden.

In feite overweegt het geciteerde arrest dat het op zich niet volstaat dat een wettelijke of andere normatieve bepaling geschonden werd die van openbare orde is of de openbare orde raakt opdat het O.M. zich in cassatie zou kunnen voorzien.

Het O.M. meent dat de openbare orde in het gedrang is door een schijnherkenning en wenst deze rechtshandeling door de rechter teniet te laten doen, in het belang van de openbare orde en ter vrijwaring van het correcte gebruik van de rechtsfiguur van de erkenning.

Dit oordeel is, marginaal getoetst, niet kennelijk onredelijk.

De rechter kan in beginsel slechts nagaan of het optreden van het O.M. de noodzakelijke rechtsgrond heeft, wat het geval is, zoals hoger reeds is overwogen.

Omtrent de opportunitet van de rechtsvordering kan de rechter, in het raam van een onderzoek naar de toelaatbaarheid van de eis van het O.M., niet oordelen.

Het door geïntimeerden aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie (dat uiteraard geen gezag van gewijsde heeft en evenmin bindende precedentswaarde, gelet op artikel 6 Ger.W.) is hier niet mee tegenstrijdig, niet in het minst aangezien het bewuste arrest slechts oordeelde dat het cassatieberoep van het O.M. (Parket-generaal bij het hof van beroep te Gent) ontoelaatbaar was. Het arrest oordeelde zodoende over de toelaatbaarheid van een *buitengewoon rechtsmiddel* en niet over een vordering.

#### V. **Beoordeling ten gronde**

8. Het O.M. stelt als voornaamste grieven voorop dat:

- de aandacht pas werd getrokken op dit dossier door toedoen van de DVZ, waarna het een onderzoek startte, met woonstcontrole, buuronderzoek, e.d.m.
- de erkenning wetsontduiking uitmaakt, aangezien deze er slechts op gericht was om aan de vrouw en haar minderjarige dochter verblijfsvoordeel te verschaffen in België
- de erkenning wordt afgewend van haar eigenlijke doelstelling
- de vrouw reeds 2 jaar illegaal verbleef in België bij haar aankomstverklaring
- de vrouw verwoede pogingen ondernam om verblijfsrecht te bekomen, waarbij haar aanvraag tot gezinsherening gesteund op de wettelijke samenwoonst werd geweigerd, om reden dat de relatie onvoldoende was aangetoond
- de erkenning gebeurde enkele dagen voor de weigeringsbeslissing
- sprake is van tegenstrijdige verklaringen tussen de man en de vrouw
- in tegenstelling tot wat is gesuggereerd, geen sprake is van enig gunstig advies door het O.M. betreffende de litigieuze erkenning
- navraag bij de burgerlijke stand te Dessel aantoont dat het dossier wettelijke samenwoonst haast dadelijk na de aanvang van de relatie werd opgestart, wat de verblijfsrechtelijke motieven bevestigt
- er geen sprake is van bezit van staat, terwijl zelfs eventueel bezit van staat niet leidt tot de ontoelaatbaarheid of ontvankelijkheid van de vordering, aangezien de vordering in hoofdzaak is gesteund op de niet-naleving van de wettelijke regels en op wetsontduiking:
- sprake is van een leeftijdsverschil van 23 jaar
- aan de foto's die slechts momentopnames betreffen geen bewijswaarde kan worden gehecht
- de erkenning tot doel heeft de Vreemdelingenwet bewust te ontduiken
- het bovendien ook onjuist is dat geen sprake moet zijn van genetisch verwantschap voor een erkenning, aangezien dit net de erkenning onderscheidt van de adoptie, niet in het minst aangezien een erkenning eenvoudigweg totstandkomt via een eenzijdige verklaring, zonder

verplicht advies of controle, daar waar een adoptie bij vonnis gebeurt, voorafgegaan door een onderzoek naar de moraliteit en de beweegredenen van de betrokkenen

- de eerste rechter ten onrechte de stelling volgde van geïntimeerden dat de vrouw reeds legaal verbleef in België op het tijdstip van erkenning, aangezien het verblijfsrecht dat volgt op een loutere aanvraag van een verblijfsvergunning precair is en onverwijd eindigt indien hierop een weigeringsbeslissing volgt
- de wettelijke regels inzake schijn-wettelijke samenwoonst (wet van 2 juni 2013, in werking sedert 3 oktober 2013) pas dateren van na de aanvraag en goedkeuring van de wettelijke samenwoonst
- het belang van het kind niet onverkort speelt hier, aangezien de biologische vader zonder meer buiten spel wordt gezet
- het alleszins niet tot een rechtsplegingsvergoeding kan worden veroordeeld, zelfs bij ongegrondverklaring van het hoger beroep, als behoeder van het algemeen belang en minstens tot een omslaan van de kosten moet worden besloten, gelet op het feit dat geïntimeerden hoe dan ook niet kunnen worden gevuld in hun middel van niet toelaatbaarheid of onontvankelijkheid van de vordering.

9. Geïntimeerden, die zoals vermeld in hoofdorde concluderen tot de onontvankelijkheid/ontoelaatbaarheid van de vordering, repliceren als volgt voor wat betreft de grond van de zaak:

- zij hebben reeds meer dan 4 jaar een relatie
- op 27/06/2013 legden zij een verklaring af van wettelijke samenwoonst
- het attest van immatriculatie werd afgeleverd aan de vrouw nog voor de erkenning door de man
- de erkenning verschafte op zichzelf dus geen enkel verblijfsrechtelijk voordeel
- het verblijfsrecht krachtens de samenwoonst werd pas geweigerd op 09/12/2013 (omdat niet was voldaan aan de voorwaarde van een 2 jaar durende relatie), d.w.z. pas na de litigieuze erkenning
- het nieuw verworven verblijfsrecht werd verleend o.g.v. een samenwoonst die toen bijna 2 jaar bedroeg, zodat het verblijfsrecht thans verworven is, ook zonder de erkenning
- er was reeds een samenwoonst op een ogenblik dat K. amper 4 maanden oud was
- de school attesteert dat de man K. regelmatig afhaalt en brengt
- er is volstrekt geen biologische vader in beeld
- het kind draagt vanaf de erkenning ook de familienaam van de man
- zij vormen samen een volwaardig gezin, waarbij de man al zijn vaderlijke plichten nakomt en hierin ook wordt erkend door zijn omgeving
- de eventuele nietigverklaring van de erkenning impliceert geen automatische intrekking van de verblijfsvergunning van de vrouw, aangezien er dan nog steeds de samenwoonst is als grond voor het verblijfsrecht en de voorwaarden hiervoor op heden ont gegensprekelijk zijn vervuld, zelfs zonder dat sprake is van een "gemeenschappelijk" kind
- de artikelen 22 Gw. en 8 EVRM moeten in rekening worden gebracht
- de gegrondverklaring van de vordering van het O.M. zou impliceren dat de man juridisch geen vader meer mag zijn, maar desondanks toch nog als vader zal worden beschouwd door K.
- het O.M. gebruikt deze procedure als principeszaak, zonder oog te hebben voor het belang van het kind, dat duidelijk nood heeft aan een vaderfiguur in haar leven
- in hoofde van de man zelf kan nooit sprake zijn van enige wetsontduiking, daar waar de wetsontduiking gemeen moet zijn aan de beide partijen
- het gaat te ver om de socio-affectieve band, die ont gegensprekelijk vorhanden is, zo maar door te knippen omdat deze niet overeenstemt met de biologische werkelijkheid.

10. Anders dan de eerste rechter, is het Hof van oordeel dat de vordering van het O.M. in casu wel gegrond is, zodat het hoger beroep slaagt en gegrond dient te worden verklaard.

Het Hof merkt hierbij op dat de erkenning van een kind niet noodzakelijk moet overeenstemmen met de biologische realiteit, maar minstens en alleszins wel moet zijn ingegeven door de doelstelling om het kind op te voeden als het zijne en niet mag zijn ingegeven door andere beweegredenen.

Ontbrak die doelstelling ten tijde van de erkenning (wat hierna wordt uitgewerkt door het Hof), dan kan deze erkenning worden nietig verklaard.

11. De manifest tegenstrijdige verklaringen van de man en de vrouw springen dadelijk in het oog.

Meer bepaald op de vraag wat de reden was voor het relatief late tijdstip van erkenning (gelet op de relatie die vooraf reeds was ontstaan) gaven beiden een volstrekt tegenstrijdig antwoord.

Volgens de man moest hij eerst zeker zijn van zijn relatie, terwijl de vrouw dit toerekende aan de weigering van het gemeentebestuur van Dessel tot het opstellen en invullen van de nodige documenten.

12. Geïntimeerdeën leerden elkaar kennen via een advertentie die de man had geplaatst. De vrouw zou hierop gewezen zijn door haar tante, die dit had gelezen.

In feite moet hieruit worden afgeleid dat de relatie tussen geïntimeerdeën via "bemiddeling" is tot stand gekomen.

13. Er is voorts ook duidelijk sprake van een snelle gang van zaken.

Amper 1 week na de eerste ontmoeting nam de relatie een aanvang en minder dan 1 maand later gingen geïntimeerdeën samenwonen.

14. De bedoeling van de erkenning is naar het oordeel van het Hof wel degelijk gelegen in de creatie van een verblijfsrechtelijk voordeel.

De chronologie van de feiten valt dadelijk op.

De vrouw zou België zijn binnengekomen op 09/03/2012 en was alsdan slechts in het bezit van een Surinaams paspoort; zij werd pas op 23/03/2014 in het bezit gesteld van een aankomstverklaring.

De erkenning van het kind van de vrouw door de man is gebeurd in de periode nadat de aanvraag tot verblijf o.g.v. de samenwoonst, waarvan een gunstig resultaat allesbehalve te verhopen viel, was aangelegd.

De aanvraag werd gedaan op 27/06/2013 en was gesteund op het feit dat de vrouw de wettelijke samenwonende partner was van de man, waarbij pas op die dag de verklaring van wettelijke samenwoonst was aangelegd.

De erkenning van het kind K. dateert van 05/12/2013.

De weigeringsbeslissing inzake het verblijf dateert van 09/12/2013, hetzij amper 4 dagen later.

Op 07/01/2014 diende de vrouw dan een nieuwe aanvraag tot gezinsherening in (o.g.v. de erkenning) en deze werd blijkbaar toegestaan.

15. De verbalisanten hebben een grote mate van onverschilligheid vastgesteld in hoofde van de man, terwijl hij door de erkenning toch een afstammingsband heeft gevestigd ten aanzien van het kind.

De verbalisanten vermelden in de rubriek 'bijkomende inlichtingen' dat de man ongeïnteresseerd overkomt en verklaarde dat hij er niet aan begonnen was had hij het geweten dat hij moest antwoorden op zo een vragen.

16. Er is een groot leeftijdsverschil van 23 jaar.

De man verklaart bovendien dat het niet de bedoeling is dat ze samen kinderen hebben, daar waar de man geen eigen kinderen heeft.

Dit sterkt het vermoeden dat de relatie een puur formeel karakter heeft.

De loutere bewering van de man dat hij onvruchtbaar is wordt door geen enkel stuk gestaafd, zodat het Hof hier geen rekening mee kan houden.

17. De man heeft geen weet van de bedoeling van de vrouw om, op termijn, ook haar zoon J. naar België te laten overkomen.

Over dergelijke essentiële zaken zou in een normale relatie zeker worden gecommuniceerd. Dit sterkt het Hof in diens overtuiging dat de vrouw een verborgen agenda heeft.

18. Buuronderzoek leert dat de buurt geïntimeerden percipieert als een "raar koppel".

19. Bij de woonstcontrole wordt niet uitgesloten dat de vrouw op de kamer van K. overnacht, gelet op het feit dat haar kledij en schoeisel aldaar wordt aangetroffen.

Het algemeen rechtsbeginsel "fraus omnia corruptit" staat er aan in de weg dat het bedrog de dader voordeel verschaft (vgl. Cass. 23 januari 2015, Arr. Cass. 2015, 206, nr. 57): hoewel het kind zelf bezwaarlijk als "dader" worden gekwalificeerd - afgezien van de algemene en principiële rechtsonbekwaamheid van minderjarigen was het kind nog geen 2 jaar oud ten tijde van de litigieuze erkenning - moet hier toch tot het nationaliteitsverlies worden besloten, aangezien een tegengestelde opvatting de werkingskracht van bedoeld algemeen rechtsbeginsel volledig onderuit zou halen en onwerkzaam zou maken, temeer daar geïntimeerden (de vrouw in het bijzonder) uit het behoud van de nationaliteit van het kind toch mogelijk voordelen zouden kunnen puren.

Het bewezen geachte frauduleuze gedrag kan niet worden rechtgetrokken omwille van het ingeroepen zgn. "belang van het kind" van degenen die deze frauduleuze handeling stelden. De hier bedoelde toekenning van de Belgische nationaliteit verloopt via de ouder(s). Het gaat dan ook niet op die (frauduleus vervulde) voorwaarden te verzachten omwille van het belang van het kind. Wat verkregen is door bedrog kan geen voordelen opleveren, ook niet incidenteel, zijdelings of onrechtstreeks.

20. Waar het O.M. ook vordert dat het tussen te komen arrest zou worden bekend gemaakt in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad ontbreekt hiervoor enige rechtsgrond.

Het Hof heeft dit ambtshalve opgeworpen ter zitting dd. 20/12/2016 en ook dan kon het O.M. geen rechtsgrond aanhalen voor deze wijze van bekendmaking.

De enige bekendmaking die hier aan de orde kan zijn is deze die is voorzien in artikel 333 BW.

21. Geïntimeerden worden verwezen in het kosten van het geding in beide aanleggen.

21.1. Het Hof stelt vast dat het O.M. geen kosten heeft begroot.

22.2. De voogd *ad hoc* kan geen aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding.

Hoewel deze beroep heeft gedaan op een (eigen raadsman) bestaat er geen afzonderlijke procesverhouding tussen de voogd en de geïntimeerden, zijnde de moeder en de erkener van het kind.

De voogd stelt immers geen eigen vordering in (hij vraagt enkel het hoger beroep van het O.M. gegrond te verklaren), terwijl zijn "vordering" de geïntimeerden te horen veroordelen tot de kosten van het geding op zich geen procesverhouding doet ontstaan.

## VI. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak na behandeling van de zaak in raadkamer;

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond.

Hervormt het bestreden vonnis, behoudens in zoverre het de vordering van het O.M. ontvankelijk verklaarde.

Opnieuw rechtdoende, voor wat de grond van de zaak betreft.

Verklaart de vordering van het O.M. gegrond in de hiernavolgende mate.

Vernietigt de erkenning van het kind K., gedaan door M. op datum van 05/12/2013 ten overstaan van de ambtenaar van de gemeente Dessel.

Zegt voor recht dat de vernietiging van deze erkenningsakte het verlies van de Belgische nationaliteit in hoofde van K. met zich meebrengt.

Zegt dat de familienaam M. opnieuw wordt gewijzigd in de familienaam van haar moeder, S., aangezien dit de enige ouder is ten aanzien van wie de afstamming van het kind K. op heden vaststaat.

Verstaat dat de bekendmaking van onderhavig arrest zal gebeuren, volgens de modaliteiten welke zijn voorzien in artikel 333 BW.

Legt de kosten ten laste van de geïntimeerden, in hoofde van het O.M. niet begroot.

Zegt dat er geen gerechtskosten te vereffenen zijn in de verhouding tussen geïntimeerden en de voogd *ad hoc*.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 18 januari 2017 door

J.M. Wetsels Voorzitter

C. Lutters Raadsheer

B. Van Den Bergh Raadsheer

N. Van De Vijver Griffier

## Hof van beroep Gent, arrest van 11 mei 2017

*Gerechtelijke vereffening-verdeling nalatenschap – Uitonverdeeldheidstreding – Nalatenschap opgevallen in Griekenland – Internationale bevoegdheid – Artikel 77, 2° WIPR – Belgische rechtbanken bevoegd voor in België gelegen onroerende goederen – Toepasselijk recht – Artikel 78, § 2, eerste lid WIPR – Recht van de Staat waar het onroerend goed gelegen is – Artikel 80, § 1, 7° en 10° WIPR – Uitzonderingsclausule – Artikel 19, § 1 WIPR*

*Liquidation-partage judiciaire d'une succession – Action en sortie d'indivision – Succession ouverte en Grèce – Compétence internationale – Article 77, 2° CODIP – Compétence des juridictions belges limitées aux biens immeubles situés en Belgique – Droit applicable – Article 78 § 2, al. 1 CODIP – Droit de l'Etat du lieu de situation des biens immeubles – Article 80 § 1, 7° et 10° CODIP – Clause d'exception – Article 19 § 1 CODIP*

In de samengevoegde zaken

telkens van

1. **C.**

wonende te 9000 Gent, [...]

2. **M. E.**

wonende te 2800 Mechelen, [...]

3. **M. N.**

wonende te 9000 Gent, [...]

4. **M. A.**

wonende te 9000 Gent, [...]

### **appellanten**

voor wie optreedt mr. Leyns Gerd, advocaat met kantoor te 9030 Gent, Brugsesteenweg 591

tegen

1. **M. S.**

wonende te 9830 Sint-Martens-Latem, [...]

2. **M. M.**

wonende te 9031 Drongen, [...]

### **geïntimeerden**

voor wie optreedt mr. Brugman Axel, advocaat met kantoor te 9000 Gent, Sint-Denijslaan 397

wijst het hof het volgende arrest.

## **I. Relevante feitelijke en procedurele elementen**

1. I. en A., beiden van Griekse nationaliteit, huwden onder het Griekse wettelijke stelsel tot scheiding van goederen.

Het echtpaar I.-A. heeft drie kinderen: M. S., M. M. en E. M.

2. Het echtpaar I.-A. schenkt aan hun jongste zoon E. M. (1) bij notariële akte [...] 1987 hun eigendom van een handelswoning te Gent aan de [...] en (2) bij notariële akte van [...] 2000 hun eigendom van een woning te Vorst aan de [...], en dit telkens bij vooruitmaking en buiten erfdeel met vrijstelling van inbreng.

3. I. overlijdt (naar verluidt) testamentloos te Griekenland op [...] 2005. Zijn laatst gekende woonplaats in België is te Gent aan de [...].

4. E. M. overlijdt op [...] 2008. Zijn langstlevende echtgenote C. en hun drie kinderen M. E., M. N. en M. A. zijn de wettelijke erfgenamen.

5. A. overlijdt (naar verluidt) testamentloos te Griekenland op [...] 2012.

## **II. Beroepen vonnissen**

1.1 Bij dagvaarding van 29 juni 2011 beoogt M. S. de gerechtelijke vereffening-verdeling van (1) de huwelijksgemeenschap I.-A.en (2) de nalatenschap van I., met aanwijzing van notaris Alex De Wulf (met standplaats te Gent/Oostakker) als notaris-vereffenaar.

Hij beoogt de inkorting door (de rechtsopvolgers van) E. M. inzake voormalde aan E. M. geschenken onroerende goederen.

Volgens de erfgenamen van E. M. is de Belgische rechtbank onbevoegd om van deze vordering kennis te nemen.

1.2. Bij voorlopig uitvoerbaar vonnis van 17 april 2012 in de zaak met AR nummer [...] verklaart de 14de kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Gent zich zonder (internationale) rechtsmacht om als zodanig kennis te nemen van de vordering tot vereffening-verdeling van de nalatenschap van I. nu zijn nalatenschap (gelet op diens laatste woonplaats en gewone verblijfplaats in Griekenland) is opengevallen in Griekenland.

De vordering tot gerechtelijke vereffening-verdeling van de gewezen huwelijksgemeenschap , I.-A. is gelet op het toepasselijke Griekse wettelijke stelsel tot scheiding van goederen sowieso zonder voorwerp, aldus de rechtbank.

De rechtbank kan wel kennis nemen van de bedoelde vordering waar zij slaat op in België gelegen onroerende goederen afhangende van een buitenlandse (Griekse) nalatenschap.

Zodoende verklaart de rechtbank de vordering ontvankelijk en deels gegrond.

De rechtbank beveelt de uitonverdeeldheidstreding en de gerechtelijke vereffening-verdeling van de in België gelegen onroerende goederen van de nalatenschap van I. inzonderheid zijn aandeel in (1) een handelswoning te Gent aan de [...] en (2) een woning te Vorst aan de [...].

De rechtbank wijst daartoe (met akkoord van de partijen) notaris Ilse De Brauwere (met standplaats te Gent) aan als notaris-vereffenaar.

De rechtbank legt de kosten (van dagvaarding en rolstelling ten bedrage van 876,38 euro) ten laste van de boedel.

2.1. Bij verzoekschrift tot vrijwillige verschijning neergelegd op 1 juni 2015 wordt de vordering tot uitonverdeeldheidstreding en gerechtelijke vereffening-verdeling van de in België gelegen onroerende goederen van de nalatenschap van A. en inzonderheid haar aandeel in (1) een handelswoning te Gent aan de [...] en (2) een woning te Vorst aan de [...], geïnitieerd.

2.2. Bij voorlopig uitvoerbaar vonnis van 15 december 2015 in de zaak met AR nummer [...] verklaart de 19de familiekamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, de vordering ontvankelijk en gegrond.

De rechtbank beveelt de uitonverdeeldheidstreding en de gerechtelijke vereffening-verdeling van de in België gelegen onroerende goederen van de nalatenschap van A. inzonderheid haar aandeel in (1) een handelswoning te Gent aan de [...] en (2) een woning te Vorst aan de [...].

De rechtbank wijst daartoe (met akkoord van de partijen) notaris Ilse De Brauwere aan als notaris-vereffenaar.

De rechtbank legt de kosten (aan de zijde van M. S. en M. M. begroot op het rolrecht ten bedrage van 100,00 euro en een rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 1.320,00 euro) ten laste van de boedel.

3. De partijen verklaren dat het vonnis van 17 april 2012 werd betekend op 17 november 2012 terwijl het vonnis van 15 december 2015 niet werd betekend.

### **III. Hogere beroepen**

1. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof op 16 december 2015 stellen C. en M. E., M. N. en M. A. hoger beroep in tegen het vonnis van 17 april 2012.

Dit is de zaak met nummer [...].

2. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof op 3 maart 2016 stellen C. en M. E., M. N. en M. A. hoger beroep in tegen het vonnis van 15 december 2015.

Dit is de zaak met nummer [...].

3. Aangezien beide hogere beroepen respectievelijk zijn gericht tegen vonnissen van de rechtbank van eerste aanleg te Gent tussen (uiteindelijk) dezelfde partijen en eenzelfde juridische discussie betreffen met betrekking tot dezelfde onroerende goederen, past het met het oog op een goede rechtsbedeling ze samen te voegen middels één arrest (art. 30 Ger.W.). Alle partijen verzoeken overigens om deze samenvoeging.

4. Met hun hoger beroep beogen C. en M. E., M. N. en M. A. (telkens) dat het hof zich onbevoegd verklaard om over de oorspronkelijke vorderingen te oordelen, die minstens als ongegrond moeten worden afgewezen.

Zij beogen de veroordeling van M. S. en M. M. tot de gedingkosten van beide aanleggen.

5. M. S. en M. M. nemen conclusie tot afwijzing van de hogere beroepen als ontvankelijk doch ongegrond.

Zij beogen de integrale bevestiging van de beroopen vonnissen.

Zij willen de gedingkosten in hoger beroep ten laste van de massa doen leggen.

6. Het hof heeft de aanwezige partijen in hun middelen gehoord op de openbare terechting van 27 april 2017 waarna het hof het debat heeft gesloten en de zaken in beraad genomen.

Het hof heeft de dossiers van de rechtspleging en de overgelegde stukken ingezien.

Het hof aanziet (telkens) (1) de conclusie van C. en M. E., M. N. en M. A. van 25 november 2016 en (2) de conclusie van M. S. en M. M. van 27 februari 2017 als alomvattende syntheseconclusies in de zin van artikel 748bis Ger.W., om ze aldus (met alle bijhorende stukken), met instemming van de partijen, in het debat te houden.

#### **IV. Beoordeling**

1. De tijdig en regelmatig ingestelde hogere beroopen zijn ontvankelijk (artt. 1051, 1056, sub 2° en 1057 Ger.W.).

De partijen voeren dienaangaande overigens geen discussie.

2. Ten gronde rijst centraal de vraag of de Belgische (appel)rechter in casu rechtsmacht heeft/bevoegd is om de (aparte) uitonverdeelheidstreding en de gerechtelijke verdeling van de in België gelegen onroerende goederen die behoren tot de nalatenschappen van enerzijds I. en anderzijds A. inzonderheid hun respectieve aandelen in (1) een handelwoning te Gent aan de [...] en (2) een woning te Vorst aan de [...], te bevelen.

3. Dat de Belgische (appel)rechter (internationale) rechtsmacht ontbeert om als zodanig kennis te nemen van de vordering tot vereffening-verdeling van de nalatenschappen van enerzijds I. en anderzijds A. nu hun respectieve nalatenschappen (gelet op hun laatste woonplaats en gewone verblijfplaats in Griekenland) zijn opgevallen in Griekenland, staat niet (langer) ter discussie.

Dit is als zodanig ook geen voorwerp van enig hoger beroep. De door C. en M. E., M. N. en M. A. dienaangaande nog in hoger beroep aangebrachte argumenten zijn aldus overbodig.

4. Het staat evenmin ter discussie dat onderhavige vordering (ingesteld na 1 oktober 2004) in beginsel valt onder de bevoegdheidsregels van artikel 77 WIPR. Internationale verdragen zijn in casu niet aan de orde. Een aanduiding van de Belgische rechtbanken in de zin van artikel 6 WIPR is hier evenmin gebeurd.

5. Krachtens artikel 77, sub 2° WIPR zijn de Belgische rechtbanken bevoegd om kennis te nemen van een vordering betreffende erfopvolging, indien deze vordering goederen betreft die zich bij de instelling ervan in België bevonden.

Zodoende kan een Belgische rechtbank kennis nemen van een vordering slaande op in België gelegen onroerende goederen die afhangen van een buitenlandse nalatenschap. De toepassing van artikel 77, sub 2° WIPR onderstelt dat de goederen die rechtstreeks het voorwerp van de vordering uitmaken, in België gelegen zijn (M. Traest, *Het wetboek Internationaal Privaatrecht* becommentarieerd, Antwerpen, Intersentia, 2006, 398-399; M. Pertegas, "Art. 78 WIPR", Comm. Erf. 2006, 56-60).

Het staat buiten kijf dat M. S. en M. M. een vordering betreffende erfopvolging stellen en daarbij onroerende goederen viseren die zich in België bevinden en meer specifiek (1) een handelswoning te Gent aan de [...] en (2) een woning te Vorst aan de [...]. Zij beogen in het raam van de respectieve opengevallen nalatenschappen de inkorting door (de rechtsopvolgers van) E. M. met betrekking tot deze aan hem door het echtpaar I.-A. geschonken onroerende goederen. Dit strookt met de door C. en M. E., M. N. en M. A. (op p. 8 van hun conclusie) benadrukte passage in de rechtsleer van auteur P. Wautelet. Ook hier viseert de vordering rechtstreeks de bedoelde onroerende goederen. Overigens haalt deze auteur in de geciteerde passage exact het voorbeeld van 'de inkorting van een gift van in België gelegen onroerende goederen' aan (P. Wautelet, "Le nouveau régime des successions internationales", TBBR, 2005, 376).

Anders dan C. en M. E., M. N. en M. A. voorhouden, gaat het *in casu* niet om roerende goederen behorende tot een in het buitenland opengevallen nalatenschap, ook niet door de nadien tussen gekomen verkoop van (overigens maar één van) de bedoelde onroerende goederen, zodat een onderzoek naar de 'Gleichlauf (het samenvallen van de bevoegdheid en de toepasselijke wet) in de hypothese van roerende goederen niet aan de orde is. Trouwens dé verkoopopbrengst is niet ontvangen door de erflaters I. en A. rnaar door E. M., die in België woonde en wiens erfopvolgers evenzeer allemaal in België wonen.

De door C. en M. E., M. N. en M. A. ingevolge de verkoop aangegeven link met roerende goederen van de erflaters/de nalatenschappen is dus hoe dan niet aan de orde.

Een afzonderlijke uitonverdeeldheidstreding en gerechtelijke vereffening-verdeling met betrekking tot de bedoelde in België gelegen onroerende goederen kan worden bevolen. C. en M. E., M. N. en M. A. geven zelf aan dat geschonken goederen deel uitmaken van de eventuele fictieve massa van de nalatenschap(pen). In die mate hangen de geviseerde onroerende goederen af van de bedoelde (buitenlandse) nalatenschappen.

Vergeefs focussen C. en M. E., M. N. en M. A. herhaaldelijk op de woordkeuze van de eerste rechter die de bedoelde woningen meermaals als onroerende elementen aanduidt. Het is duidelijk dat 'onroerende elementen' hier louter als synoniem voor 'onroerende goederen' fungeren derwijze dat geenszins sprake is van een 'verruimde' of 'uitgebreide' invulling van artikel 77, sub 2° WIPR noch van een juridische 'fictie'.

6. Artikel 78 WIPR vormt het algemene referentiekader inzake het toepasselijke recht op internationale nalatenschappen. De erfopvolging van onroerende goederen wordt ingevolge artikel 78 § 2, eerste lid WIPR beheerst door het recht van de Staat waar het onroerend goed is gelegen. De in België gelegen onroerende goederen vererven naar Belgisch recht.

7. De eerste rechter beslist terecht dat wat de in België gelegen onroerende goederen van de respectieve nalatenschappen betreft, zodoende een aparte massa moet worden gevormd, die vererft naar Belgisch recht (M. Traest, Het wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd, Antwerpen, Intersentia, 2006, 400-402; W. Pintens e.a., Familiaal vermogensrecht, Antwerpen, Intersentia, 2010, 40-41, nr. 68).

8. Dat in casu een herverwijzing (in de zin van de artt. 16 en 78, § 2, tweede lid WIPR) aan de orde zou zijn, beweert niemand (nog). Terechtoordeelde de eerste rechter dat het in casu toepasselijke Belgische recht en IPR (art. 78 WIPR) niet tot hervewijzing leidt

9. Het internationaal privaatrechtelijk gezien toepasselijke Belgische erfrecht behelst krachtens artikel 80, § 1, sub 7° en 10° WIPR: de aard en de omvang van de erfdeelen en de uitwerking van giften met gebeurlijke inbreng en inkorting door de begiftigde (M. Pertegas, Het Wetboek Internationaal

Privaatrecht becommentarieerd, Antwerpen, Intersentia, 206, 413-415; W. Pintens e.a., Familiaal vermogensrecht, Antwerpen, Intersentia, 2010, 41-42, nr. 69).

Verkeerdelijk houden C. en M. E., M. N. en M. A. voor dat de mogelijke inkorting ingevolge voormelde geschonken onroerende goederen volgens de Griekse wetgeving moet worden bekeken gelet op de in Griekenland opgevallen nalatenschappen. Zoals reeds geduid, zullen de Belgische onroerende goederen als afzonderlijke massa moeten worden vererfd en dit volgens de Belgische wet.

Hoe de uiteindelijke verrekening/verdeling concreet zal gebeuren, is thans geen criterium om de bevoegdheid of het toepasselijke recht te bepalen.

10. Tot slot kan de uitzonderingsclausule van artikel 19, § 1 WIPR hier niet dienen.

Anders dan C. en M. E., M. N. en M. A. onderstellen, slaat deze bepaling niet op bevoegdheidsregels.

Evenmin kan deze bepaling in casu aan het toepasselijke recht tornen. Volgens deze bepaling is het door het WIPR aangewezen recht uitzonderlijk niet van toepassing wanneer uit het geheel van de omstandigheden kennelijk blijkt dat het geval slechts een zeer zwakke band heeft met de Staat waarvan het recht is aangewezen maar zeer nauw is verbonden met een andere Staat.

Dergelijke situatie is hier niet aan de orde. De bedoelde onroerende goederen liggen in België. De geviseerde schenkingsakten werden voor een Belgische notaris verleden. Alle deelgenoten wonen in België. De erflaters hadden evenzeer nauwe banden met België. Destijds situeerde hun professioneel leven/hun leefwereld zich (mede) in België. Het geval heeft hier geenszins een zeer zwakke band met België, integendeel.

11. De hogere beroepen falen.

De beroepen vonnissen verdienken bevestiging.

[...]

**OP DEZE GRONDEN,  
HET HOF,  
RECHT DOENDE OP TEGENSPRAAK,**

met inachtneming van (de artt. 2 e.v. en inz.) artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

voegt de zaken met nummers [...] en [...] samen,

verklaart de hogere beroepen van C. en M. E., M. N. en M. A. ontvankelijk doch ongegrond,

bevestigt, gelet op de grenzen waarbinnen ze zijn beroepen, het vonnis van 17 april 2012 en het vonnis van 15 december 2015,

veroordeelt C. en M. E., M. N. en M. A. tot de gedingkosten in hoger beroep, enkel nuttig te begroten aan de zijde van M. S. en M. M. op een rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 1.440,00 euro.

Aldus gewezen door de elfde kamer van het hof van beroep te Gent, recht doende in burgerlijke zaken als familiekamer, samengesteld uit: Mevrouw V. De Clercq, raadsheer-wnd. voorzitter, en uitgesproken in openbare terechting op elf mei tweeduizend zeventien, bijgestaan door mevrouw G. Huysman, griffier.

## Hof van beroep Gent, arrest van 25 april 2017

*Tenuitvoerlegging – Rechterlijke beslissing uit Congo – Exequatur – Geen in kracht van gewijsde getreden buitenlands vonnis – Beroep tegen uitvoerbaarverklaring – Derdenverzet – Artikel 22 WIPR – Artikel 23, § 5 WIPR – Uitvoerende maatregelen – Uitvoerend beslag op onroerend goed*

*Exécution – Décision judiciaire émanant de RD Congo – Exequatur – Décision étrangère pas passée en force de chose jugée – Appel contre la décision accordant la déclaration de force exécutoire – Tierce opposition – Article 22 CODIP – Article 23, § 5 CODIP – Mesures d'exécution – Saisie d'un bien immobilier*

B.,

wonende te [...] Drongen, [...],

**appellante,**

hebbende als raadsman mr. De Kesel Henk, advocaat te 9000 Gent, Coupure Rechts 864

tegen

I.,

wonende te [...] Frankrijk, [...]

Woonstkeuze doende op het kantoor van gerechtsdeurwaarder Baele Geert, te 9000 Gent,  
Gasmeterlaan 191,

**geïntimeerde,**

hebbende als raadsman mr. Stolle Luc, advocaat te 9000 Gent, Martelaarslaan 402

Wijst het hof het volgend arrest:

Het Hof nam kennis van het op 10 december 2015 door de derde kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, uitgesproken vonnis gewezen op tegenspraak, waartegen appellante, met haar op 23 februari 2016 ter griffie neergelegd verzoekschrift, tijdig en regelmatig hoger beroep heeft ingesteld.

De partijen werden gehoord in openbare terechting van 21 maart 2017 en de neergelegde conclusies en stukken werden ingezien.

Artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werd in acht genomen.

### I. **Voorgaanden**

1.1. Bij eenzijdig verzoekschrift, op 17 maart 2015 neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, verzocht geïntimeerde conform artikel 570 Ger.W. juncto artikel 22 e.v. Wetboek IPR om een arrest van het Hof van Beroep te Kinshasa/Gombe, zetelend

in burgerlijke en handelszaken, gewezen op 15 januari 2013 in de zaak met rolnummer [...], te erkennen uitvoerbaar te horen verklaren.

Het arrest werd gewezen in een geding tussen enerzijds geïntimeerde en anderzijds de heer D. en zijn echtgenote, huidige appellante en hun vennootschap naar buitenlands recht SPRL G., met maatschappelijke zetel te Kinshasa/Ngaliema (Democratische Republiek Congo), [...].

Appellante had daar samen met wijlen haar echtgenoot D. en hun firma een procedure gevoerd tegen geïntimeerde m.b.t. de gevolgen van een in 2002 tussen hen ondertekende handelshuurovereenkomst m.b.t. een pand in Kinshasa, wegens de niet betaling van huurgelden door geïntimeerde.

In eerste aanleg werd geïntimeerde veroordeeld tot betaling van achterstallige huurgelden. Geïntimeerde stelde hoger beroep in tegen het vonnis.

Bij het voornoemde arrest van 15 januari 2013 werd het vonnis van de eerste rechter bevestigd wat betreft de veroordeling van geïntimeerde tot betaling van de achterstallen, maar werden op hun beurt D., appellante en hun vennootschap veroordeeld in solidum of de ene bij gebrek aan de andere, tot de betaling aan geïntimeerde van het bedrag in Congolese frank equivalent aan 275.000 USD, wat overeenstemt met de geschatte waarde van de roerende goederen, eigendom van geïntimeerde en beweerdelijk ontvreemd door hen, alsook van het equivalent in Congolese frank van de som van 2.000 USD ten titel van schadevergoeding voor diverse geleden schade.

De kosten van het geding werden ten laste gelaten van D., appellante en hun vennootschap. Deze werden bepaald op 16.500 USD, meer 443.080,00 CDF.

Het arrest werd op 7 maart 2013 betekend aan appellante, D. en hun firma. Zij tekenden cassatieberoep aan tegen het arrest van 15 januari 2013 bij verzoekschrift dd.6 juni 2013. Dit cassatieberoep werd op 9 juli 2013 betekend aan "la commune de Ngaliema".

D. is overleden op 22 november 2014.

1.2. Bij eenzijdig verzoekschrift dd.17 maart 2015 vroeg geïntimeerde bij rechtkant van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, de uitvoerbaarverklaring van het arrest.

Geïntimeerde voegde bij dit verzoekschrift het origineel van het exploot van betrekking van het arrest, het origineel van de uitgifte van het arrest, een beëdigde vertaling van het arrest en een attest van de gezinssamenstelling.

Bij beschikking dd.23 april 2015 heeft de derde kamer van de rechtkant van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, na gunstig schriftelijk advies van eerste substituut-procureur des Konings dd.7 april 2015, het eenzijdig verzoek van geïntimeerde ingewilligd en het arrest van 15 januari 2013 van het hof van beroep Kinshasa/Gombe (Democratische Republiek Congo) uitvoerbaar verklaard in België en D.en appellante in solidum verwezen in betaling van het rolrecht (60 EUR). De beschikking werd uitvoerbaar verklaard bij voorraad.

1.3. Bij exploot van 15 juni 2015 liet geïntimeerde de beschikking van 23 april 2015 betrekken aan appellante, samen met een bevel voorafgaand aan onroerend beslag en op 7 juli 2015 werd op verzoek van geïntimeerde uitvoerend beslag gelegd op het onroerend goed van appellante.

Bij exploot van 8 juli 2015 stelde appellante derdenverzet in tegen de beschikking dd.23 april 2015. Het derdenverzet van appellante beoogde de nietigverklaring van de bestreden beschikking en de

afwijzing van het verzoek van geïntimeerde tot uitvoerbaarverklaring als onontvankelijk, minstens als ongegrond.

Tevens vroeg appellante in toepassing van artikel 23 §5 te zeggen voor recht dat, zolang geen in kracht van gewijsde getreden vonnis/beschikking/arrest is tussengekomen, geen uitvoerende maatregelen kunnen worden genomen. Ten slotte vroeg zij de veroordeling van geïntimeerde tot de kosten van het geding, begroot op 7.700,00 EUR rechtsplegingsvergoeding, gelet op het bedrag van de vordering.

Appellante verzette zich tegen de uitvoerbaarverklaring van het arrest van 15.01.2013 van het hof van beroep te Kinshasa/Gombe omdat zij samen met wijlen haar echtgenoot D. en de BVBA G.:

- cassatie heeft aangetekend tegen het arrest van 15 januari 2013 en dit rechtsmiddel naar Congolees recht - in tegenstelling tot wat het geval is in België - schorsend werkt;
- een klacht heeft ingediend bij de Inspecteur-Generaal van de Gerechtelijke Diensten (Inspecteur Général des Services Judiciaires) te Kinshasa.

Appellante wees erop dat deze Inspecteur-Generaal bij brief van 2 april 2013 het *uitvoeringsdossier* ('*le dossier d'exécution*') heeft opgevraagd bij de betreffende griffie en van deze brief een kopie overgemaakt aan de eerste voorzitter van het hof van beroep te Kinshasa, de Procureur-Generaal van de Republiek bij het Hoog Gerechtshof, de Minister van Justitie en de Mensenrechten en de raadsman van appellante (en wijlen haar echtgenoot en de BVBA G.). In deze brief van 2 april 2013 vroeg hij om hem toe te laten de grondheid na te gaan van de klacht van appellante, vóór elke uitvoering, hem het betreffende uitvoeringsdossier over te maken. Het dossier is nog hangende bij de Inspecteur-Generaal.

Volgens appellante heeft het vatten van deze dienst en het onder zich houden van het dossier door deze dienst automatisch tot gevolg dat de uitvoerbaarheid van het arrest wordt opgeschort totdat het dossier wordt vrijgegeven. Zij meent dat geïntimeerde de rechter in België verkeerd heeft geïnformeerd om een exequaturbeslissing te bekomen.

Bij exploit van 28 augustus 2015 liet appellante haar cassatieberoep betekenen aan geïntimeerde.

1.4. Bij het voor dit hof bestreden vonnis van 10 december 2015 heeft de eerste rechter het derdenverzet van appellante ontvankelijk verklaard, maar niet gegrund en de eenzijdige beschikking van 23 april 2015 bevestigd. Appellante werd veroordeeld tot de gerechtskosten, aan de zijde van geïntimeerde begroot op 1.320,00 EUR rechtsplegingsvergoeding.

Zij volgde daarbij het advies van het openbaar Ministerie. De eerste rechter verwees naar artikel 41 van de Congolese wet 82-017 van 31 maart 1982 betreffende de procedure voor het Congolese Hooggerechtshof (Cour Suprême de Justice) waarin bepaald wordt dat de voorziening in cassatie niet schorsend werkt voor de tenuitvoerlegging van een bestreden beslissing in burgerlijke zaken, behalve als die beslissing de staat van personen verandert, welke uitzondering in deze zaak niet aan de orde is.

Het feit dat een dossier nog hangende is bij de Inspecteur-Generaal van de Gerechtelijke Diensten leidt volgens de eerste rechter niet tot de schorsing van de uitvoerbaarheid van het arrest, nu deze dienst geen deel uitmaakt van de rechterlijke macht (Wet van 31.03.1982 houdende het Wetboek van de organisatie en de bevoegdheid van de rechterlijke macht en de Wet van 11 april 2013 houdende de organisatie, werking en bevoegdheden van de gerechtelijke macht). Voornoemde dienst werd opgericht bij wet van 23 juni 1987 om onder het gezag van de voorzitter van de Gerechtelijke Raad (*Conseil Judiciaire*), de werking van de gerechtelijke diensten te controleren en verslag uit te brengen van zijn controle en aanbevelingen te doen aan de voorzitter van de Gerechtelijke Raad. Uit geen enkel gegeven blijkt volgens de eerste rechter dat deze dienst enige (rechts)macht is verleend om de tenuitvoerlegging van gerechtelijke uitspraken te schorsen.

Het vonnis werd betekend aan appellante op 26 januari 2016.

## **II. Voorwerp hoger beroep**

2.1. Appellante stelde bij verzoekschrift dd.23 februari 2016, hetzij binnen de maand na de betekening van het vonnis en dus tijdig, hoger beroep in.

Zij vroeg het vonnis van 10 december 2015 teniet te doen en opnieuw wijzende haar oorspronkelijke vordering in derdenverzet tegen de beschikking op eenzijdig verzoek dd.23 april 2015 ontvankelijk en gegrond te verklaren, dienvolgens deze beschikking teniet te doen en opnieuw wijzende te zeggen voor recht dat het oorspronkelijk verzoek van geïntimeerde tot uitvoerbaarverklaring onontvankelijk is, minstens ongegrond dient te worden verklaard.

Tevens vroeg zij opnieuw om in toepassing van artikel 23 §5 WIPR te zeggen voor recht dat, zolang geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis/beschikking/arrest is tussengekomen, geen uitvoerende maatregelen kunnen worden genomen en geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van het geding, aan haar zijde nader begroot op de kosten van dagvaarding, de rechtsplegingsvergoeding van 1.320,00 EUR in elk van beide instanties en de kosten van rolstelling in hoger beroep.

In haar laatste beroepsconclusie dd.20 februari 2017 heeft appellante – rekening houdend met het inmiddels tussengekomen cassatie-arrest van 14 september 2016 - gevraagd haar hoger beroep vooralsnog ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Subsidiair, in de mate dat het hof meent dat dit cassatie-arrest moet worden vertaald, vraagt appellante de vertaling te bevelen en de zaak uit te stellen naar een latere datum voor verdere behandeling.

Ten slotte vraagt appellante de veroordeling van geïntimeerde tot de kosten van beide instanties, nader begroot op: kosten dagvaarding, 1.320,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg, 400,00 EUR rolrecht hoger beroep en 16.800,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep, begroot op grond van het bedrag van de vordering waarvan geïntimeerde betaling eiste via de exequaturprocedure.

2.2. Geïntimeerde vraagt in hoofdorde de afwijzing van het hoger beroep als ontoelaatbaar, onontvankelijk, minstens (grotendeels) ongegrond en de bevestiging van het bestreden vonnis van 10 maart 2015 en van de beschikking dd.23 april 2015 met veroordeling van appellante tot alle gerechtskosten.

Subsidiair vraagt geïntimeerde te zeggen voor recht dat het arrest van 15 januari 2013 nog uitvoerbaar wordt verklaard in België, zoals dit arrest gedeeltelijk werd vernietigd door het arrest van 14 september 2016 met rolnummer [...] van het Hooggerechtshof, zetelend als Hof van Cassatie te Kinshasa, waarin o.a. D.en appellante in solidum zijn veroordeeld tot betaling aan hem van het equivalent in Congolese franken van 2.000 US dollar en tot de gerechtskosten (inclusief de betekeningskosten), begroot op 443.080 Congolese Franken en 16.500,00 US dollar.

## **III. Beoordeling**

3.1. Geïntimeerde, die woonachtig is in Lille (Frankrijk), beoogt de erkenning en tenuitvoerlegging van een arrest van 15 januari 2013 van het Hof van Beroep te Kinshasa/Gombe (Democratische Republiek Congo), waarbij appellante samen met wijlen haar echtgenoot D. en de vennootschap B.V.B.A. G. werden veroordeeld tot betaling aan geïntimeerde van de som van 275.000 USD, meer 16.500 USD en 443.080 CDF kosten.

De eerste rechter verklaarde het verzoek van geïntimeerde bij het bestreden vonnis van 10 december 2015 ontvankelijk en gegrond, op de hierboven onder randnummer 1.4. weergegeven gronden. Appellante stelde op 23 februari 2016 hoger beroep in tegen dit vonnis.

3.2. Appellante handhaaft in haar beroepsakte en –conclusies aanvankelijk de hiervoor onder punt 1.3. genoemde gronden van verzet tegen de uitvoerbaarverklaring.

Zij blijft vasthouden aan het verweer dat het vatten van de Inspecteur-Generaal van de Gerechtelijke Diensten met het uitvoeringsdossier voor gevolg zou hebben gehad dat de uitvoerbaarheid van het arrest van 15 januari 2013 was opgeschort tot het dossier weer zou worden vrijgegeven. Zij stelt dat geïntimeerde in de eenzijdige exequaturprocedure de eerste rechter niet correct had ingelicht.

Er moet gekeken worden naar de wijze waarop de uitvoeringsprocedures worden opgestart en uitgevoerd naar Congolees recht en daaruit blijkt dat het onmogelijk was voor geïntimeerde om het arrest van 15 januari 2013 ten uitvoer te leggen. Appellante stelt dat geïntimeerde wellicht om die reden niet overging tot executie van het arrest op activa van D. appellante in Congo, maar verkoos om over te gaan tot tenuitvoerlegging op een pand in België. Zij is ervan overtuigd dat geïntimeerde erop gerekend had de Belgische rechter via de eenzijdige exequaturprocedure te verschalken, daar waar zij eenvoudig het Congolese arrest in Congo had kunnen uitvoeren, mocht het uitvoerbaar zijn geweest, quod non.

Op 10 oktober 2016 wordt door appellante echter een verzoekschrift op grond van artikel 748, §2 Ger.W. ter griffie van dit hof neergelegd met het oog op het bepalen van nieuwe conclusietermijnen, met wijziging van pleitdatum (oorspronkelijk voorzien op 15 november 2016), waarin zij opwierp dat het arrest van 15 januari 2013 waarvoor geïntimeerde bij beschikking van 23 april 2015 verlof tot tenuitvoerlegging bekwam, na het verstrijken van de haar verleende conclusietermijnen, grotendeels werd vernietigd bij arrest van het Hof van Cassatie in Kinshasa dd. 14 september 2016 voor wat betreft de veroordeling van appellante tot betaling van een som van 275.000 USD aan geïntimeerde, zijnde de hoofdsom van de veroordeling waarvoor een exequatur was gevraagd en bekomen.

Appellante stelt dat geïntimeerde zich ten gevolge van het arrest van het Hof van Cassatie niet langer kan beroepen op het arrest van 15 januari 2013 waarvoor hij een exequatur bekwam en hij van dit arrest geen uitvoering meer in België kan vragen.

3.3. Bij beschikking dd. 15 november 2016 willigt het hof dit verzoek in omdat het van oordeel was dat het arrest van het Congolese Hof van Cassatie een nieuw en ter zake dienend stuk is dat van determinerend belang is voor de beoordeling van de zaak.

Het hof acht het aangewezen dat partijen bijkomend standpunt zouden innemen omtrent de weerslag van het tussengekomen cassatie-arrest op de oorspronkelijke vordering van geïntimeerde, ingewilligd door de eerste rechter, tot uitvoerbaarverklaring van het arrest van 15 januari 2013 van het Hof van Beroep van Kinshasa/Gombe.

Elke partij krijgt een nieuwe conclusietermijn en de rechtsdag wordt bepaald op 21 maart 2017, datum waarop de zaak uiteindelijk wordt behandeld en in beraad genomen.

3.4. Het hof sluit zich aan bij de overwegingen van de eerste rechter voor zover daarbij geoordeeld werd - op basis van de toen voorliggende gegevens - dat het vatten door appellante van de Inspecteur-Generaal van de Gerechtelijke Diensten in Congo geen schorsende werking had en dat krachtens de toepasselijke Congolese wettelijke bepalingen de voorziening in cassatie, die appellante had ingesteld geen schorsende werking had, zodat op het moment van de uitspraak van de eerste rechter geen

beletsel bestond om het verzoek tot uitvoerbaarverklaring in te willigen. De inhoud van de brief van het Inspectoraat-Generaal doet hieraan geen afbreuk.

Het hof dient evenwel in hoger beroep, gelet op de devolutieve werking van dit rechtsmiddel en rekening houdend met het evolutief karakter van het geschil, uitspraak te doen over de vordering van geïntimeerde tot uitvoerbaarverklaring, rekening houdend met feiten/gebeurtenissen die zich voordeden sedert de uitspraak van de bestreden beschikking, meer bepaald met de weerslag van het inmiddels tussengekomen arrest van het Hof van Cassatie van 14 september 2016.

Om die reden trouwens werd het verzoek van appellante tot toepassing van artikel 748, §2 Ger.W. ingewilligd.

Centraal staat de vraag wat de invloed is van het tussengekomen arrest van het Hof van Cassatie van 14 september 2016 op de vordering van geïntimeerde tot uitvoerbaarverklaring van het arrest van het hof van beroep van 15 januari 2013, krachtens hetwelk geïntimeerde na exequatur uitvoerend beslag liet leggen op het onroerend goed van appellante in Drongen.

3.5. Geïntimeerde bleef in zijn beroepsbesluiten, ook na uitspraak van het cassatie-arrest, het standpunt verdedigen dat dit arrest, voor zover dit hof er al rekening mee mag/kan houden nu er geen gelegaliseerd exemplaar voorligt, niet belet dat hij verder gaat met de gedwongen uitvoering van het arrest van 15 januari 2013 van het hof van beroep te Kinshasa/Gombe, dat slechts partieel werd vernietigd. Om die reden vraagt hij in hoofdorde de afwijzing van het hoger beroep van appellante als ongegrond en ondergeschikt, minstens de uitvoerbaarverklaring voor zover appellante werd veroordeeld tot het equivalent in Congolese franken van 2.000 US dollar en tot de gerechtskosten, begroot op 443.080 Congolese franken en 16.500,00US dollar.

Hij stelt dat de heer D. en appellante hun vermogen hadden gecentraliseerd in België zodat hij zich genoodzaakt zag de uitvoerbaarheid in België te vragen.

3.6. Het hof stelt vast dat het ‘Cour Suprême de Justice’, zijnde het Congolese Hof van Cassatie, uitspraak deed over de cassatievoorziening van appellante bij arrest van 14 september 2016 en dat dit arrest op verzoek van de griffier bij dit Hof op 27 september 2016 betekend aan appellante en de BVBA G., op haar gekozen woonplaats bij haar advocaat in Kinshasa en aan geïntimeerde op zijn adres in Quartier Matonge, aan zijn meerderjarige broer.

Bij het arrest van het hooggerechtshof, waarvan appellante een kopie voorlegt en waarvan het bestaan als zodanig niet ernstig door geïntimeerde kan worden betwist, al wordt geen gelegaliseerd exemplaar voorgelegd (dit is volgens het hof enkel vereist met het oog op het bekomen van een exequatur), werd het arrest van het hof van beroep te Kinshasa/Gombe dd.15 januari 2013 grotendeels vernietigd, in zoverre het appellante, de heer D. en de BVBA G. veroordeeld om aan geïntimeerde de som te betalen van 275.000 USD, zijnde de tegenwaarde van de koopwaar. Na cassatie werd de zaak voor verdere behandeling teruggezonden naar hetzelfde hof van beroep, anders samengesteld.

Het Hof van Cassatie steunde de verbreking van het arrest op de vaststelling dat de beroepsrechters enkel de beweringen van geïntimeerde hebben overgenomen m.b.t. de ontvreemde goederen, zonder deze kritisch te onderzoeken of aan bewijselementen te toetsen.

Geïntimeerde werpt ten onrechte op dat hij in zijn belangen zou zijn geschaad indien geen gelegaliseerde vertaling van het Frans naar het Nederlands wordt voorgelegd van het arrest van 14 september 2016.

Uit de omschrijving van zijn ondergeschikte vordering voor dit hof blijkt duidelijk dat geïntimeerde zeer goed weet dat het arrest van 15 januari 2013, waarvan hij een exequatur bekwam voor de eerste rechter, bij het arrest van 14 september 2016 van het hooggerechtshof gedeeltelijk werd vernietigd en wat de inhoud is van dit arrest. Daarom ook dat hij in ondergeschikte orde blijft aandringen op een beperkte exequatur van het arrest van 15 september 2013, voor zover dit niet werd vernietigd door het hoogste gerechtshof.

Het hof ziet geen noodzaak om een gelegaliseerde vertaling van het arrest te bevelen.

3.7. Al is de vernietiging van het arrest van het Hof van Beroep door het Hof van Cassatie gedeeltelijk, toch kan dit hof niet omheen de vaststelling dat precies de hoofdveroordeling die het arrest van 15 januari 2013 lastens appellante, haar echtgenoot en hun firma uitsprak, te weten de veroordeling tot betaling van het equivalent in Congolese franken van 275.000,00 USD teniet werd gedaan.

Het spreekt voor zich dat dit hof hic et nunc geen verlof tot tenuitvoerlegging meer kan verlenen van het arrest van 15 januari 2013, nu dit grotendeels werd vernietigd, en dat de beschikking van de eerste rechter moet worden teniet gedaan, rekening houdend met het tussengekomen arrest van het Hof van Cassatie.

Gelet op het arrest van het Hof van Cassatie kan het hof niet, zoals geïntimeerde vraagt, het bestreden vonnis dd.10 december 2015 en aldus ook de beschikking dd.23 april 2015 houdende uitvoerbaarverklaring bevestigen. De concrete weerslag van het cassatie-arrest van 14 september 2016 is volgens het hof dat er op heden geen exequatur meer kan worden verleend van het arrest van 15 januari 2013.

Aangezien de bijkomende veroordelingen tot betaling van het equivalent van 2.000 USD en ook van de gerechtskosten, begroot op 443.080 Congolese franken en 16.500 USD, gekoppeld zijn aan de beoordeling door het verwijzingshof van de hoofdverordening van geïntimeerde, kan het hof niet ingaan op het subsidiaire verzoek van geïntimeerde om het arrest van 15 januari 2013 uitvoerbaar te verklaren, *'zoals gedeeltelijk vernietigd door het arrest van 14 september 2016 met rolnummer [...] van het Hooggerechtshof, zetelend als Hof van Cassatie te Kinshasa, waarin D. en Bosingaka ('Francine') Mutumoya in solidum zijn veroordeeld tot betaling aan geïntimeerde van het equivalent in Congolese franken van 2.000 US dollar gerechtskosten (inclusief betekeningkosten), begroot op 443.080 Congolese franken en 16.500 USD.'*

Hiertoe dient het arrest van het verwijzingshof te Kinshasa te worden afgewacht.

3.8. Aangezien geïntimeerde op eigen risico is overgegaan tot verdere tenuitvoerlegging van het arrest van 15 januari 2013, goed wetende dat er een cassatievoorziening was ingesteld tegen dit arrest, blijven de kosten van tenuitvoerlegging in België te zijnen laste. Hij handelde weliswaar op legitieme wijze, krachtens een verleend verlof tot tenuitvoerlegging, maar ingevolge de gedeeltelijke vernietiging van het ten uitvoer gelegde arrest, blijven deze uitvoeringskosten te zijnen laste nu hij op eigen risico tot uitvoering is overgegaan.

3.9. Het hof besluit tot de grondheid van het hoger beroep en verklaart het verzoek van geïntimeerde tot erkenning/uitvoerbaarverklaring van het Congolese arrest van 15 januari 2013 ontvankelijk, maar ongegrond.

#### **IV. Kosten**

4.1. Appellante verwijt geïntimeerde tergend en roekeloos procesgedrag doordat hij durft te twijfelen aan het bestaan en aan de rechtsgevolgen van een arrest van het hoogste hof en hiervan stelt dat het van nul en generlei waarde is.

Hij heeft bovendien het hof op het verkeerde been gezet door een naar Congolees recht niet verschuldigde geldsom toch op te eisen.

Ondanks het tussengekomen cassatie-arrest, weigert geïntimeerde de strijd te staken en blijft hij tegen beter weten in volharden in zijn standpunt dat zijn verzoek tot uitvoerbaarverklaring van het arrest van 15 januari 2013 gegrond is.

Appellante vraagt daarom een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos handelen, onder de vorm van een maximale rechtsplegingsvergoeding ter dekking van alle kosten die zij nodoeloos heeft moeten maken. Voortgaande op de waarde van het voorwerp van de procedure, begroot zij deze maximale rechtsplegingsvergoeding op 16.800,00 EUR.

4.2. Het hof is van oordeel dat geïntimeerde zich niet heeft gedragen als een normale en voorzichtige procespartij, door na de nagenoeg volledige vernietiging van het arrest van 15 januari 2013 bij arrest van 14 september 2016 in de procedure voor dit hof te blijven aandringen op de uitvoerbaarverklaring van dit arrest, minstens ten dele wat betreft de gerechtskosten en schadevergoeding, terwijl geïntimeerde goed wist dat het lot van deze kosten en vergoeding gekoppeld is aan de door het Hof van Cassatie vernietigde hoofdveroordeeling. De vernietiging steunde bovendien op het gebrek aan bewijs van de vordering van geïntimeerde;

Geïntimeerde handelde dan ook roekeloos door desondanks te trachten het Congolese arrest verder uit te voeren op activa van zijn debiteurs in België en hierin te blijven volharden na uitspraak van het cassatie-arrest.

Geïntimeerde berokkende aldus bijkomende kosten aan appellante.

Deze kunnen *ex aequo et bono* worden vergoed door de toekenning van een hogere rechtsplegingsvergoeding, gelet op het kennelijk onredelijk karakter van de zaak.

Om die reden bepaalt het hof deze rechtsplegingsvergoeding op 2.500,00 EUR in plaats van de basisvergoeding van 1.440,00 EUR.

De kosten van de procedure in eerste aanleg dienen daarentegen ten laste te blijven van appellante, dit omdat de hervorming van de bestreden beslissing het uitsluitend gevolg is van een nieuw feit dat zich pas voordeed tijdens de procedure voor dit hof, te weten de uitspraak het arrest van het hoogste gerechtshof te Kinshasa.

#### **OM DEZE REDENEN**

#### **HET HOF**

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;

Doet de het bestreden vonnis dd. 10 december 2015 teniet, behalve in zoverre het appellante veroordeelt tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 1.320,00 EUR;

Opnieuw rechtsprekende;

Verklaart de oorspronkelijke vordering van geïntimeerde ontvankelijk, maar wijst het af als ongegrond gelet op het inmiddels tussengekomen arrest van het Congolese Hooggerechtshof dd. 14 september 2016;

Veroordeelt geïntimeerde, omwille van het tergend en roekeloos karakter van zijn handelwijze in hoger beroep, tot betaling van een verhoogde rechtsplegingsvergoeding aan appellante, vastgesteld op 2.500,00 EUR.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechting van het Hof van beroep te Gent, veertiende bis kamer, zitting houdende in burgerlijke zaken, van 25 april 2017

Aanwezig:

Karen Broeckx, Raadsheer wn. Voorzitter

Carine Sonneville, griffier

## **Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 25 november 2010**

*Erkenning – Echtscheiding – Verstoting – Artikel 25 WIPR – Artikel 57 WIPR – Artikel 24, 2° WIPR – Betekening aan niet verschenen partij – Bilaterale overeenkomst betreffende wederzijds rechtshulp in burgerlijke zaken en in handelszaken tussen België en Algerije – Bewijs van overhandiging – Schending rechten van verdediging*

*Reconnaissance – Divorce – Répudiation – Article 25 CODIP – Article 57 CODIP – Article 24, 2° CODIP – Signification à une partie défaillante – Convention bilatérale relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale entre la Belgique et l'Algérie – Preuve de délivrance – Violation des droits de la défense*

[...] geboren op [...] 1947 te [...] (Algerije), van Belgische nationaliteit, wonende te [...]

**verzoekster**, vertegenwoordigd door Mr. J.M. Van Damme, advocaat te 9000 Gent, Clarissenstraat 35,  
tegen

[...] geboren in 1934 te [...] Algerije, van Belgische nationaliteit, wonende te [...]

**vrijwillig tussenkomende partij**, vertegenwoordigd door Mr. M. Herssens, advocaat te 9000 Gent,  
Recollettenlei 3,

vonnist de rechtbank als volgt.

De rechtbank nam inzage van de stukken, waaronder:

- het verzoekschrift, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 27 maart 2009;
- het advies van de procureur des Konings van 17 december 2009;
- het tussenvennis van deze rechtbank en kamer (anders samengesteld) van 28 januari 2010 waarbij de tussenkomst van de vrijwillig tussenkomende partij toelaatbaar werd verklaard en de debatten werden heropend teneinde de verzoekster toe te laten haar vordering te verduidelijken, de rechtsgrond van haar vordering aan te duiden, het bewuste echtscheidingsvennis (en een vertaling ervan) te doen voorleggen alsook de nodige stukken voor te leggen waaruit de betekening van het vonnis is gebeurd aan de verzoekster;
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie die door eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen werd neergelegd ter terechting van 6 mei 2010 (met verzoek tot heropening van de debatten om de vrijwillig tussenkomende partij toe te laten de volmacht nader te bewijzen);
- de heropening van de debatten op de terechting van 6 mei 2010 en de behandeling van de zaak op de terechting in raadkamer van 30 september 2010 waarna de debatten werden gesloten;
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie die door eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen werd neergelegd ter terechting van 28 oktober 2010 en waarin besloten werd tot de gegrondheid van het verzoek.

De partijen wensten niet te repliceren op dit advies, waarna de zaak in beraad werd genomen ter terechting van 1 april 2010.

## I. De relevante feiten en het voorwerp van de vordering

1. De verzoekster, H. (° [...] 1947) is op [...] 1973 te [...] (Algerije) in het huwelijk getreden met de vrijwillig tussenkomende partij, B. (° 1934).

De verzoekster is op toevallige wijze te weten gekomen dat zij uit de echt gescheiden zou zijn van de vrijwillig tussenkomende partij bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Mostaganem (Algerije) op 29 (of 20) september 2005.

Zij zou dit te weten gekomen zijn nadat ze heimelijk de aktentas van haar echtgenoot had gecontroleerd nadat deze haar meld had van haar uit de echt te zijn gescheiden op 20 september 2005, op eigen naam en alleen een woning te hebben aangekocht in Mostaganem op 15 december 2001 en op 6 december 2005 gehuwd te zijn met een 31 jaar jongere vrouw, B., wonende te Mostaganem.

Klaarblijkelijk heeft de vrijwillig tussenkomende partij het Algerijns echtscheidingsvonnis aangeboden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de stad Gent ter overschrijving ervan in diens registers. In een brief van de stad Gent van 26 februari 2009 kondigde de ambtenaar van de burgerlijke stand aan om conform het toenmalig advies van de Procureur des Konings over te zijn gegaan tot erkenning van de echtscheiding en registratie. Uit een gevoegd uittreksel uit het bevolkingsregister blijkt dat daadwerkelijk werd overgegaan tot overschrijving (stuk 4b vrijwillig tussenkomende partij).

2. Op 27 maart 2009 heeft de verzoekster een eenzijdig verzoekschrift neergelegd voor deze rechtbank en aangepast in ondermeer een conclusie neergelegd ter terechtzitting van 25 februari 2010 verzoekt ze:

- te zeggen voor recht dat de overschrijving in de bevolkingsregisters te Gent door de ambtenaar van de burgerlijke stand te Gent van het Algerijns echtscheidingsvonnis van 20 september 2005, verleend door de rechtbank van eerste aanleg te Mostaganem (Algerije), nietig is en van generlei waarde en de rechten van verdediging van de verzoekster schendt;
- subsidiair, aan het Grondwettelijk Hof de vraag te stellen of art. 22 WIPR het gelijkheidsbeginsel niet schendt door enerzijds voor personen die het voorwerp uitmaken van een vreemde rechterlijke beslissing die door de ambtenaar van de burgerlijke stand werd erkend en die tegen deze erkenningsbeslissing geen hoger beroep kunnen instellen in verband met de schending van het gelijkheidsbeginsel en door anderzijds voor personen die het voorwerp uitmaken van een buitenlandse rechterlijke beslissing die door de ambtenaar van de burgerlijke stand niet wordt erkend en die tegen de niet-erkennung wel beroep kunnen instellen;
- de veroordeling van de vrijwillig tussenkomende partij tot betaling van de gerechtskosten.

Tegen de erkenning van het Algerijns echtscheidingsvonnis haalt de verzoekster samengevat de volgende gronden aan :

- aangezien de beide partijen in België leefden was enkel de rechtbank van eerste aanleg te Gent bevoegd om de echtscheiding uit te spreken; daarenboven was conform art. 55 § 1, 1° WIPR het Belgisch recht van toepassing op de echtscheiding
- het echtscheidingsvonnis bevat een tegenstrijdigheid door enerzijds te stellen dat de verzoekster in persoon aanwezig was en haar verdediging voordroeg en anderzijds te stellen dat het vonnis bij verstek werd verleend
- er is sprake van wetsontduiking nu de vrijwillig tussenkomende partij een fictief adres in Algerije heeft aangewend (daar waar onbetwist vaststaat dat hij gedomicileerd was in Gent) om alzo de Algerijnse rechter internationaal bevoegd te maken;

- de verzoekster heeft nooit een volmacht gegeven aan wie dan ook, ze is nooit in persoon verschenen in de Algerijnse procedure en werd evenmin vertegenwoordigd in de procedure. Een erkenning van het bewuste vonnis zou leiden tot de schending van de rechten van verdediging van de verzoekster;
- de vrijwillig tussenkomende partij bewijst niet dat de verzoekster de inleidende dagvaarding heeft ontvangen;
- de verzoekster heeft evenmin het uitgesproken vonnis betekend gekregen; van een betrekking aan de moeder van de verzoekster ligt evenmin het bewijs voor, dit zou overigens niet afdoende zijn;
- de rechten van verdediging van de verzoekster werden geschonden nu de in het vonnis aangeduid verzetstermijn van 10 dagen onvoldoende is.

3. De vrijwillig tussenkomende partij vraagt te zeggen voor recht dat de vordering van de verzoekster zonder voorwerp is en vraagt ze de verzoekster te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 1.200,00 euro.

De verzoekster zou nog steeds geen precieze rechtsgrond aanduiden en de verzoekster zou maar één doel voor ogen hebben: namelijk de procedure vertragen en onderhoudsbijdragen innen.

4. Het openbaar ministerie heeft een positief advies geformuleerd op het voorliggende verzoek.

## **II. Beoordeling: erkenning van het Algerijnse echtscheidingsvonnis**

### **2.1. *Het wettelijk kader van de erkenning van vreemde echtscheidingsvonnissen***

Aangezien geen multilaterale noch bilaterale verdragen tussen België en Algerije de erkenning regelen van het ter beoordeling liggend vonnis is het 'gemeen' erkenningsrecht zoals opgenomen in het WIPR van toepassing.

Volgens art. 22, 2e lid WIPR wordt een buitenlandse rechterlijke beslissing in België geheel of gedeeltelijk erkend zonder dat hiervoor de procedure in art. 23 moet worden gevuld (de zogenaamde erkenning van rechtswege).

In deze maakt de verzoekster via art. 22 § 2 WIPR toepassing van de mogelijkheid om als belanghebbende te doen vaststellen dat de beslissing al dan niet, geheel of gedeeltelijk, moet worden erkend. Zij kan dit doen door de procedure te volgen zoals voorzien in art. 23 WIPR. Dit betekent - mede in antwoord op de in ondergeschikte orde door de verzoekster gestelde prejudiciële vraag - dat de rechtbank van eerste aanleg als enige bevoegd is om al dan niet te beslissen omtrent de erkenning en dit ongeacht of de ambtenaar van de burgerlijke stand voordien al was overgaan tot erkenning of tot weigering van de erkenning.

Volgens art. 23 WIPR is de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats of gewone verblijfplaats van de verweerde territoriaal bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot erkenning. De vordering wordt ingesteld en behandeld volgens de procedure bedoeld in de artikelen 1025-1034 Ger.W. Volgens art. 24 WIPR dient de verzoeker de volgende stukken voor te leggen:

- 1° een uitgifte van de beslissing die volgens het recht van de staat waar ze is gewezen, voldoet aan de voorwaarden nodig voor de echtheid ervan;
- 2° in geval van een verstekbeslissing, het origineel of een voor eensluidend verklaard afschrift van het document waaruit blijkt dat het stuk dat het geding heeft ingeleid of een gelijkwaardig stuk volgens het recht van de staat waar de beslissing is gewezen aan de niet verschenen partij is betekend of ter kennis gebracht;

3° enig document op grond waarvan kan worden vastgesteld dat de beslissing, volgens het recht van de staat waar zij is gewezen, uitvoerbaar is en betekend of ter kennis gebracht is.

Art. 25 WIPR schrijft voor dat de buitenlandse rechterlijke beslissing niet wordt erkend indien:

- 1° het gevolg van de erkenning of van de tenuitvoerbaarverklaring kennelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde; bij de beoordeling van deze onverenigbaarheid wordt inzonderheid rekening gehouden met de mate waarin het geval met de Belgische rechtsorde is verbonden en met de ernst van de gevolgen die aldus worden veroorzaakt;
- 2° de rechten van de verdediging zijn geschonden;
- 3° de beslissing alleen is verkregen om te ontsnappen aan de toepassing van het door deze wet aangewezen recht, in een aangelegenheid waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken;
- 4° zij, onvermindert art. 23 § 4, overeenkomstig het recht van de staat waar zij werd gewezen, nog vatbaar is voor een gewoon rechtsmiddel;
- 5° zij onverenigbaar is met een in België gewezen beslissing of met een voordien in het buitenland gewezen beslissing die in België kan worden erkend;
- 6° de vordering in het buitenland werd ingesteld na het instellen in België van een vordering die nog steeds aanhangig is tussen dezelfde partijen met hetzelfde onderwerp;
- 7° de Belgische rechters exclusief bevoegd waren om kennis te nemen van de vordering;
- 8° de bevoegdheid van de buitenlandse rechter uitsluitend gegrond was op de aanwezigheid van de verweerde of van goederen zonder rechtstreeks verband met het geschil in de staat waartoe die rechter behoort;
- 9° de erkenning in strijd zou zijn met de weigeringsgronden bedoeld in de artikelen 39, 57, 72, 95, 115 en 121.

Art. 25 § 2 WIPR stelt ook expliciet dat in geen geval het buitenlands vonnis ten grond mag worden herzien.

In '*afdeling 5. Huwelijksonbinding en scheiding van tafel en bed*' zijn in art. 57 WIPR bijkomende weigeringsgronden voorzien voor het geval we te maken hebben met een vreemde echtscheidingsvorm die gemeenzaam 'verstoting' wordt genoemd (de wet omschrijft het als: « *een in het buitenland opgestelde akte die de wilsverklaring van de man om het huwelijk te ontbinden vaststelt zonder dat de vrouw een zelfde recht had* »).

Een dergelijke vorm van 'echtscheiding' kan in principe in België maar worden erkend als aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan (art. 57 § 2 WIPR) : 1° de akte is gehomologeerd door een rechter in de staat waarin zij is opgemaakt, 2° geen van de echtgenoten had op het tijdstip van de homologatie de nationaliteit van een staat waarvan het recht die vorm van huwelijksonbinding niet kent, 3° geen van de echtgenoten had op het tijdstip van de homologatie zijn gewone verblijfplaats in een staat waarvan het recht die vorm van huwelijksonbinding niet kent, 4° de vrouw heeft de ontbinding van het huwelijk op ondubbelzinnige wijze en zonder enige dwang aanvaard, 5° tegen de erkenning geldt geen enkele weigeringsgrond als bedoeld in art. 25 WIPR.

## **2.2. De voorgaande regels toegepast op het concrete geschil**

### **2.2.1. Het voor erkenning voorliggende vonnis is gewezen op verstek**

Naar het oordeel van de rechtbank kan er geen discussie over bestaan dat het Algerijns echtscheidingvonnis gewezen is op verstek. Dit blijkt uit stuk 5a en 5b van de vrijwillig tussenkomende partij, respectievelijk de vertaling in het Frans en in het Nederlands van het echtscheidingsvonnis. In het Frans is uitdrukkelijk opgenomen: "(...) attendu que la défenderesse a été convoquée, néanmoins

elle a fait défaut à l'audience d'où, il convient de statuer à son encontre par jugement de défaut (...) " en in het Nederlands:"(...) dat de verdedigster werd ontbonden, niettemin zij dit heeft nagelaten (...)".

De partijen betwisten dit karakter van het vonnis als zodanig niet.

Zoals voorzien in art. 24, 2° WIPR dient de vrijwillig tussenkomende partij (de eiser in de vreemde echtscheidingsprocedure) het origineel of een voor eensluidend verklaard afschrift van het document voor te leggen waaruit blijkt dat het stuk dat het geding heeft ingeleid of een gelijkwaardig stuk volgens het recht van de staat waar de beslissing is gewezen aan de niet verschenen partij is betekend of ter kennis is gebracht.

Van het argument van de vrijwillig tussenkomende partij dat er sprake is van een door de verzoekster aan haar moeder gegeven volmacht tot ontvangst van alle officiële documenten in Algerije, ligt geen enkel bewijs voor waardoor de normaal geldende betekeningsregels gelden.

Algerije is niet gebonden door enig multilateraal verdrag inzake betekening van stukken in burgerlijke zaken. Er bestaat wel een bilaterale overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in burgerlijke zaken en in handelszaken tussen het Koninkrijk België en de Democratische Volksrepubliek Algerije, gedaan te Brussel op 12 juni 1970 (B.S. 14 februari 1984; de overeenkomst werd bekraftigd bij oorkonden uitgewisseld te Algiers op 20 januari 1981 en is in werking getreden op 20 februari 1981). Titel II van deze overeenkomst schrijft voor hoe gehandeld moet worden bij de mededeling van gerechtelijke stukken (zoals een dagvaarding) die bestemd zijn voor personen die op het grondgebied van de andere staat verblijven: zij kunnen worden overgezonden van Ministerie van Justitie tot Ministerie van Justitie. Een aanvraag moet vermelden: de autoriteit van wie het overgezonden stuk uitgaat, de aard van het stuk (dagvaarding), de naam en hoedanigheid van partijen en de naam en het adres van de geadresseerde. De aangezochte autoriteit (in deze de Belgische) kan zich beperken tot de overhandiging van het stuk aan de geadresseerde, tenzij de verzoekende autoriteit (de Algerijnse gerechtsdeurwaarder) verlangt dat het stuk wordt betekend met inachtneming van een bijzondere vorm mits die niet strijdig is met de wetgeving van de aangezochte staat.

Art. 11 van deze bilaterale overeenkomst tussen België en Algerije schrijft voor dat als bewijs van overhandiging geldt een door de geadresseerde (de eisers) gedagtekend en ondertekend ontvangstbewijs of een verklaring van de aangezochte autoriteit waarin ze vermeldt: het feit, de vorm en de datum van de overhandiging, alsmede de identiteit van de persoon aan wie het stuk is overhandigd. Het ontvangstbewijs of de verklaring wordt rechtstreeks en zonder verwijl aan de verzoekende autoriteit toegezonden. Indien de geadresseerde weigert het stuk in ontvangst te nemen of indien de overhandiging niet heeft plaatsgehad om een andere reden, zendt de aangezochte autoriteit zonder verwijl het stuk terug aan de verzoekende autoriteit, onder vermelding van de reden waarom de overhandiging niet heeft plaatsgehad. In elk geval kan de aangezochte autoriteit de overhandiging of betekening van het stuk niet afwijzen dan in het geval waarin zij oordeelt dat de uitvoering ervan strijdig is met de openbare orde. Om ondermeer de taak van betekening van stukken in internationaal verband te vervullen werd bij de FOD Justitie een cel opgericht gekend als 'internationale samenwerking in burgerlijke zaken'.

Ondanks herhaald aandringen van de rechtbank om het bewijs voor te leggen van de overhandiging van de inleidende stukken aan de verzoekster, is de vrijwillig tussenkomende partij hier niet in geslaagd. Eensluidend met het advies van de procureur des Konings oordeelt deze rechtbank dat de vrijwillig tussenkomende partij niet kan aantonen dat hij de verzoekster rechtsgeldig heeft opgeroepen in de Algerijnse echtscheidingsprocedure (en aldus de rechten van de verdediging van de verzoekster heeft gerespecteerd), zodat de vordering van de verzoekster gegrond is.

## 2.2.2. *Ten overvloede: de toegepaste Algerijnse echtscheidingsvorm*

Zelfs in het uitzonderlijke geval dat zou aangenomen worden dat de verzoekster wél degelijk de inleidende dagvaarding heeft ontvangen, stelt de rechtbank zich vragen bij de erkenbaarheid van het vonnis.

Ondanks aandringen van de rechtbank legde de vrijwillig tussenkomende partij evenmin het toepasselijke Algerijnse recht voor en duidt zij niet aan op grond van welke Algerijnse wettelijke bepaling de vrijwillig tussenkomende partij uit de echt is gescheiden van de verzoekster. Er zijn evenwel redenen om aan te nemen dat art. 57 WIPR toepasselijk is.

In casu is er weliswaar sprake van een tussenkomst van de Algerijnse rechter, maar dit sluit geenszins uit dat het zou gaan om een zogenaamde 'verstoting', te meer daar de vertaling in het Nederlands van het bewuste vonnis (stuk 5 b vrijwillig tussenkomende partij) stelt:

*"(...) dat de echtgenoot die wettelijk de maritale macht in handen heeft, de scheiding heeft uitgesproken, is het voor de rechtbank nodig hun vraag te richten, en bijgevolg de scheiding door zijn eenzijdige wil beveelt overeenkomstig art. 48 van het wetboek van familie (...)"*,

en in het Frans: *"(...) attendu que l'époux détenant légalement la puissance maritale a exprimé le divorce d'où, il convient au tribunal de faire droit à sa demande et par conséquent ordonner le divorce par sa volonté unilatérale conformément à l'article 48 du code de la famille (...)"*.

Uit de beide vertalingen blijkt dat het duidelijk gaat om een echtscheiding gestoeld op de eenzijdige wil van de man.

Zoals hoger beschreven wordt een vreemde echtscheidingsvorm waarbij de wilsverklaring van de man om het huwelijk te ontbinden vastgesteld wordt zonder dat de vrouw een zelfde recht had, slechts onder zeer strikte voorwaarden erkend in België.

Nu de beide partijen volgens hun eigen conclusie de Belgische nationaliteit hebben, beiden of minstens één van hen (hun of) zijn gewone verblijfplaats (hebben) heeft in België, is een dergelijk vonnis in elk geval niet vatbaar voor erkenning, want strijdig met art. 57 § 2, 2° en 3° WIPR.

## III. De gerechtskosten

Weliswaar is de procedure, ingeleid door de verzoekster een eenzijdige procedure (conform artikel 23 §3 WIPR) waarvoor in principe geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is (zie o.m. VOET, S., "Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten", R.W. 2007-2008, 1131 (randnummer6)). Anderzijds is deze eenzijdige procedure door de vrijwillige tussenkomst van [...] tegensprekelijk geworden, zodat dient aangenomen dat ter zake wél een rechtsplegingsvergoeding dient toegekend aan de in het gelijk gestelde partij die wordt bijgestaan door een advocaat.

Alle partijen worden bijgestaan door een advocaat en de verzoekster dient als de in het gelijk gestelde partij te worden beschouwd, zodat zij principieel gerechtigd is op een rechtsplegingsvergoeding.

De vordering betreft een niet in geld waardeerbare zaak, zodat het basistarief van de rechtsplegingsvergoeding €1.200 bedraagt, het minimumtarief €75 en het maximumtarief €10.000. Geen van de partijen heeft om een vermindering of vermeerdering van de rechtsplegingsvergoeding verzocht. Ze stellen beiden 1.200,00 euro voorop, zodat dit bedrag kan worden toegekend.

**OP DEZE GRONDEN,  
DE RECHTBANK,**

met inachtneming van :

- artikel 2 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken
- artikelen 1025 tot en met 1034 Ger.W.
- artikelen 18, 21, 27 en 31 WIPR

Verleent akte aan [...] van zijn vrijwillige tussenkomst.

Verklaart het verzoek van [...] ontvankelijk en gegrond.

Weigert de erkenning van het echtscheidingsvonnis van 20 september 2005 uitgesproken door de rechtbank te Mostaganem (Algerije) en aldaar gekend onder rolnummer [...] en repertoriumnummer [...].

Veroordeelt [...] de kosten van het geding, aan de zijde van [...] begroot op €52,00 rolrecht en €1.200,00 rechtsplegingsvergoeding.

Aldus, in tegenwoordigheid van Guy Baesen, eerste substituut-procureur des Konings, behandeld in raadkamer en uitgesproken in openbare terechting van de derde burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Gent op vijfentwintig november tweeduizend en tien.

Heeft de zaak volledig behandeld en erover geoordeeld : alleenrechtsprekend rechter Katja Jansegers, bijgestaan door griffier Els Bogaert.

## **Correctionele rechtbank Antwerpen (afd. Antwerpen), vonnis van 24 mei 2016**

*Schijnhuwelijk – Strafprocedure – Valsheid in geschrifte – Fraude – Geen erkenning buitenlandse huwelijsakte – Artikel 146bis BW – Artikel 79quater Vreemdelingenwet*

*Mariage simulé – Procédure pénale – Faux en écriture – Fraude – Pas de reconnaissance de l'acte étranger de mariage – Article 146bis C.civ. – Article 79quater loi sur le séjour des étrangers*

in zake van het openbaar ministerie:

tegen

1. [...], zonder beroep, geboren te [...] (Nigeria) op [...] 1987, wonende te 2640 Mortsel, Nigeriaan
2. [...], zonder beroep, geboren te [...] (Nigeria) op [...] 1986, afgevoerd van ambtswege, Nigeriaanse beticht van:

Te Antwerpen en, bij samenheng, elders in het Rijk, tussen 4 juni 2009 en 13 oktober 2015, meermaals, op niet nader te bepalen data, onder meer op 3 juli 2009 (aanvraag visum gezinsherening) en van 26 oktober 2010 tot 13 oktober 2015 (vermelding van de gehuwde staat in het Rijksregister)

Hetzij door de misdaad of het wanbedrijf te hebben uitgevoerd of aan de uitvoering rechtstreeks te hebben meegewerkten, hetzij door enige daad tot de uitvoering zodanige hulp te hebben verleend dat de misdaad of het wanbedrijf zonder zijn bijstand niet had kunnen worden gepleegd;

Met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, wetende dat het stuk vals of vervalst was, gebruik gemaakt te hebben van authentieke en openbare geschriften, vals opgemaakt of vervalst door een persoon die geen ambtenaar is,

namelijk een Nigeriaanse huwelijsakte van het huwelijk d.d. 5 juni 2009 van [...] °[...]1987 en [...] °[...]1986 te hebben gebruikt in procedures bij de Dienst Vreemdelingenzenaken om voor [...] bedrieglijk een Belgische verblijfstitel te verkrijgen en om als gehuwd geregistreerd te staan in het Rijksregister en alle officiële Belgische registers, terwijl uit een geheel van omstandigheden blijkt dat, ondanks de gegeven formele toestemmingen tot het huwelijk, de intentie van beide echtgenoten kennelijk niet gericht was op het totstandbrengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde,

het van valsheid betichte stuk niet neergelegd zijnde ter griffie, doch in kopie gevoegd aan het strafdossier;

Gezien de artikelen 1, 2, 3 en 4 van de wet van 4 oktober 1867, gewijzigd van 23 augustus 1919, 19 maart 1956 en de artikelen 46 en 47 van de wet van 11 juli 1994, alsmede het bevel tot dagvaarden uitgevaardigd door de Procureur des Konings te Antwerpen dd 16 december 2015, waarbij verachtende omstandigheden werden aangenomen voor de feiten waarop criminelle straffen zijn gesteld,

Gezien de stukken van het onderzoek;

Gehoord het Openbaar Ministerie in zijn vordering;

Gehoord eerste beklaagde in zijn middelen van verdediging, bijgestaan door meester T. Debrock, advocaat bij de balie te Antwerpen;

Aangezien tweede beklaagde, hoewel regelmatig gedagvaard, niet verschijnt;

Beklaagden worden vervolgd voor het gebruik van een vals stuk, namelijk een Nigeriaanse huwelijsakte van het huwelijk gesloten op 5 juni 2009 tussen beide beklaagden te Nigeria.

Dit huwelijk zou een schijnhuwelijk uitmaken en het valse stuk zou gebruikt zijn om aan tweede beklaagde een Belgische verblijfstitel te kunnen verschaffen.

Het Openbaar Ministerie legde op de zitting van 26/1/2016 een schriftelijke vordering neer tot nietigverklaring van het schijnhuwelijk te Nigeria, naar analogie met artikel 79quater Vreemdelingenwet.

Eerste beklaagde betwist het gegeven dat de huwelijsakte vals is en stelt dat het zeker niet om een schijnhuwelijk ging.

Hij verklaarde dat hij met tweede beklaagde huwde als wederdienst voor de goede zorgen toen hij ziek was in Nigeria en dat er wel een beetje liefde bij was (st. 11-13 en 30-35).

Uit de verklaring van tweede beklaagde (st. 18-24) blijkt ook dat eerste beklaagde met haar huwde omdat hij dit had beloofd als waardering om wat zij en haar familie deden voor hem toen hij ziek was. Na hun huwelijk in juni 2009 ging eerste beklaagde na ongeveer 2 weken terug naar België, kwam dan voor 10 dagen terug naar Nigeria in augustus en verbleef dan bij zijn broer (ondanks hun huwelijk). Zij kwam pas in mei 2010 naar België, waar zij pas in oktober 2010 een verblijfstitel verkreeg na registratie van de huwelijsakte.

Zij spreekt niet over liefde, enkel over enkele telefonische contacten. In januari 2011 ging tweede beklaagde dan werken in de prostitutie in Brussel en zogenaamd buiten het medeweten van eerste beklaagde. Het geld dat zij verdienende ging naar haar familie in Afrika. Eerste beklaagde betaalde alles. Zij droeg niet bij in de huwelijksgemeenschap. Tweede beklaagde had ook 2 kinderen, waarvan zelfs éénntje dat maar 3 jaar was bij haar verhoor door de verbalisanten in 2013, doch waarvan zij beweert dat dit ook geboren was voor haar huwelijk met eerste beklaagde. Eerste beklaagde wist niet dat zij 2 kinderen had in Nigeria.

Uit de gegevens in het strafdossier, de samenlezing van de verklaringen van beide beklaagden blijkt dat zij elk een eigen leven leidden. Tweede beklaagde werkte in Brussel in de prostitutie waar zij ook bleef overnachten in het pand waar zij werkte (st. 21).

Zij hadden ook beiden andere relaties. Eerste beklaagde had zelfs ook tijdens zijn huwelijk met tweede beklaagde een liefdesrelatie met [...] en met [...] kreeg hij op [...] 2012 een kind. Hij bleef daar ook regelmatig overnachten (st. 19). [...] wist van de amoureuze relatie met [...]. Zijzelf wou bewust ongehuwde moeder zijn (st. 138-139). [...] verklaarde een liefdesrelatie met eerste beklaagde te hebben gehad sedert januari 2009 (st. 143-142).

Het blijkt zeer duidelijk dat geen duurzame en daadwerkelijke gezinssituatie bestond tussen eerste en tweede beklaagde.

Tweede beklaagde had duidelijk een verblijfsrechtelijk voordeel voor ogen om met eerste beklaagde te huwen. Het geld dat zij verdiende in de prostitutie ging niet naar hun huwelijksgemeenschap maar naar haar eigen familie en kinderen in Nigeria. Zij had duidelijk een bedrieglijk opzet. Uit het telefonieonderzoek blijkt dat beide beklaagden zeer weinig contact hadden met elkaar (st. 55-61, 62-81). Zij wisten weinig of niets van elkaar. Het is duidelijk dat minstens één van hen de bedoeling had een voordeel te bekomen, namelijk voor tweede beklaagde haar verblijfstitel, uit het schijnhuwelijk.

Er is sprake van een schijnhuwelijk wanneer, ondanks de gegeven formele toestemmingen tot het huwelijk, uit een geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet is gericht op het totstandbrengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde (artikel 146bis Burgerlijk Wetboek).

Het aangaan van een schijnhuwelijk is uitdrukkelijk strafbaar gesteld in artikel 79bis Vreemdelingenwet, doch deze bepaling heeft geen extraterritoriale werking.

Het Hof van Cassatie heeft echter bij arrest van 14 januari 2014 bevestigd dat op buitenlandse schijnhuwelijken de kwalificatie van valsheid in geschriften en gebruik van een vals stuk kan worden toegepast:

*"De invoering met de Wet van 12 januari 2006 van de door: art. 79bis § 1 Vreemdelingenwet bedoelde misdrijven, belet niet de vervolging en bestrafting wegens een vóór of na die datum gepleegde valsheid in geschriften en het gebruik ervan, bestaande in het laten opstellen van een huwelijsakte terwijl uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat ondanks de gegeven formele toestemmingen tot het huwelijk, de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet was gericht op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap, maar wel op het verkrijgen van de verblijfsrechtelijke voordelen die zijn verbonden aan de staat van gehuwde, en in het gebruik van die akte met dat doel."*

Dat de huwelijksvoltrekking bij de burgerlijke stand heeft plaatsgevonden zoals ze correct werd geacteerd in de Nigeriaanse huwelijsakte, wordt niet betwist. De huwelijsakte van een schijnhuwelijk is immers niet met een materiële valsheid [...] toont inderdaad alle kenmerken van een intellectueel vals stuk. De rechtbank verwijst naar cassatierechtspraak van 12 januari 2015 Arr. Cass. 2015, 9. 108, nr. 28: *"De valsheid is intellectueel wanneer zij erin bestaat dat in een materieel onaangeroerd instrumentum, feiten en akten in strijd met de waarheid worden vastgesteld; wanneer een geschrift de vaststelling inhoudt van een wilsverklaring die op bedrieglijke wijze in strijd is met de waarheid, dan heeft de omstandigheid dat die wilsverklaring ook werkelijk is gedaan, niet tot gevolg dat dit geschrift niet intellectueel vals is of kan zijn (art. 196 Sw.)"*. Het betreft immers een authentieke akte die zich opdringt aan het openbaar vertrouwen, met bewijskracht in rechte, waarin de waarheid vermomd wordt omdat de echtgenoten ondanks de formele toestemmingen tot huwen geen duurzame levensgemeenschap tot stand willen brengen, met het bedrieglijk opzet enkel een verblijfsrechtelijk voordeel na te streven. Daarbij wordt nadeel berokkend aan een rechtsgoed, met name het huwelijk dat als rechtsinstituut wordt misbruikt om frauduleus aan gezinsherening te kunnen doen.

Het gebruik van het valse stuk situeert zich in België, aangezien de echtgenoten hun buitenlandse huwelijsakte in België hebben aangeboden om hun gehuwde staat te laten registreren in het Rijksregister bij de dienst bevolking en deze huwelijsakte ook als essentieel stuk heeft gediend in de procedures bij de Dienst Vreemdelingenzaken om gezinsherening en dus verblijfsrecht in België te bekomen.

Het gebruik van het valse stuk duurt voort zolang het valse huwelijk niet is nietig verklaard en uit de Belgische rechtsorde is verdwenen, zodat het zijn nuttig effect verliest. Tot op heden staan beklaagden nog steeds geregistreerd als gehuwd op basis van dit puur geveinsd huwelijk.

Het betreft een intellectuele valsheid. De frauduleuze intentie blijkt uit het geheel van objectieve omstandigheden die er op wijzen dat geen oprechte huwelijksgemeenschap werd beoogd, maar enkel een verblijfsrechtelijk voordeel voor tweede beklaagde.

Eerste beklaagde beroept zich op zijn goede trouw.

Hij stelt dat er toch wel een beetje liefde bij was. Hij voert aan geen bedrieglijk opzet te hebben gehad.

Gelet op voorgaande elementen acht de rechtbank zijn stelling ongeloofwaardig. Zijn houding en onverschilligheid met betrekking tot het leven van zijn echtgenote waarbij onwetendheid geen verschoning uitmaakt, maakt dat hij medewerkte aan de valse constructie en het gebruik van de valse huwelijsakte.

De rechtbank acht de feiten lastens beide beklaagden bewezen.

Met betrekking tot de vordering van het Openbaar Ministerie tot nietigverklaring van het huwelijk gesloten op 5 juni 2009 in [...] te Nigeria.

De rechtbank is van oordeel dat het in casu wel degelijk om een schijnhuwelijk gaat en dat dit nietig is conform artikel 146bis Burgerlijk Wetboek.

Krachtens artikel 79quater van de Vreemdelingenwet kan de strafrechter die een veroordeling uitspreekt wegens een schijnhuwelijk in de zin van art. 79bis Vreemdelingenwet, ook de nietigverklaring van het huwelijk uitspreken, op vordering van het Openbaar Ministerie, en indien beide echtgenoten in de procedure betrokken zijn. Dit artikel strekt ertoe te vermijden dat na de strafprocedure nog een burgerlijke procedure tot nietigverklaring van het huwelijk dient gevoerd te worden. De rechtbank volgt de argumentatie van het Openbaar Ministerie en meent inderdaad dat vanuit die optiek dezelfde mogelijkheid voor de strafrechter dient te bestaan die een in het buitenland voltrokken schijnhuwelijk bewezen verklaart op basis van de tenlastelegging van valsheid in geschriften en gebruik van een vals stuk, zodat ook hier vermeden wordt dat nadien de familierechtbank nog gevat dient te worden voor een procedure tot nietigverklaring van het Nigeriaanse huwelijk. Dit geldt des te meer, nu het Hof van Cassatie in zijn reeds aangehaalde arrest van 19 januari 2016 aanvaardt dat de tenlastelegging "schijnhuwelijk" en "valsheid in geschriften met gebruik" quasi inwisselbaar zijn en betrekking hebben op eenzelfde onderliggende strafbare gedraging.

Evenwel stelt de rechtbank vast dat deze vordering schriftelijk geformuleerd werd op de zitting van 26 januari 2016 met pas dan verwijzing naar artikel 79quater Vreemdelingenwet.

Tweede beklaagde laat versteek gaan. Ook op de zitting van 26 januari 2016 was zij niet aanwezig. Zij werd in de procedure betrokken bij aanvankelijke dagvaarding van 16 december 2015 waar geen melding gebeurde van artikel 79quater Vreemdelingenwet.

Derhalve heeft zij zich niet op deze bijkomende vordering kunnen verdedigen zodat de rechtbank hierop niet kan ingaan.

Deze vordering wordt dan ook afgewezen.

### ***Strafmaat***

De feiten zijn zeer ernstig. Zij getuigen van een frauduleuze ingesteldheid en hebben een negatieve weerslag op het openbaar vertrouwen.

Beide beklaagden hebben een blanco strafregister.

Tweede beklaagde laat verstek gaan zodat de rechtbank niet kan peilen naar haar huidige persoonlijke situatie.

Eerste beklaagde verkeert in positieve leef- en werkomstandigheden. Hij werkt ook sedert 2008 in een modelmakerij in Hoboken en heeft nu een duurzame gezinsrelatie met 2 kinderen.

Gezien de aangevoerde achtergrond verleent de rechtbank hem de gunst van de opschorting. Hij gaat hiermede akkoord.

Dit zou beklaagde moeten motiveren om zich te onthouden van strafbare feiten en hem besef bij te brengen naar hij de opgelegde normen in onze maatschappij moet naleven.

**OM DEZE REDENEN,**

**DE RECHTBANK,**

Gelet op de artikelen 162, 185, 186, 194, 195, 226, 227 van het Wetboek van Strafvordering; artikelen 1, 3, 7 van het Strafwetboek; artikelen 11, 12, 14, 31, 32, 34, 35, 36, 37 en 41 der wet van 15 juni 1935; de verordeningen van de Raad van de Ministers nr. 974/98 dd. 3/5/1998 en nr. 1103/97 dd. 17/6/1997 en de wetten van 26/06/2000 en 30/06/2000 betreffende de invoering van de euro; artikelen 28, 29 der wet van 1 augustus 1985; artikelen 3 en 4 der wet van 17 april 1878; en bij toepassing van de artikelen 25, 38, 40, 50, 66, 79, 80, 193, 196, 197, 213, 214 van het Strafwetboek; en bij toepassing van de artikelen 1, 3, 5, 6, van de wet van 29 juni 1964;

Rechtdoende op tegenspraak jegens eerste beklaagde en bij verstek jegens tweede beklaagde.

Verleent aan eerste beklaagde [...] voor de feiten van de tenlastelegging de gunst van de opschorting van de uitspraak van de veroordeling voor een termijn van drie jaar, vanaf heden.

**VEROORDEELT**

tweede beklaagde [...] hoofdens de feiten van de tenlastelegging tot een hoofdgevangenisstraf van een jaar en tot een geldboete van tweehonderd euro.

Verplicht tweede veroordeelde, als bijdrage voor de financiering van het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddadigen en aan de occasionele redders, tot het betalen van een bijdrage van 25 EUR, bij toepassing van artikel 1 van de wet van 5 maart 1952, gewijzigd door de wet van 26/06/2000 en de wet van 28/12/2011, vermeerderd met 50 decimes, en gebracht op 150 EUR.

Verplicht eerste en tweede veroordeelde solidair tot betaling van de kosten van het geding belopende 55,13 EUR op heden en, bij toepassing van artikel 91 van het KB van 28 december 1950, tot een vergoeding van elk 51,20 EUR.

Zegt dat bij toepassing van artikel 1 der wet van 5 maart 1952 gewijzigd door de wet van 28/12/2011 de geldboete van 200 EUR, vermeerderd wordt met 50 decimes, zodat die geldboete 1200 EUR bedraagt.

Bepaalt de duur van de gevangenisstraf waardoor de geldboete vervangen kan worden, bij gebrek aan betaling binnen een termijn vermeld in artikel 40 van het strafwetboek, op twee maanden voor de geldboete van 200,- EUR.

Wijst de vordering van het Openbaar Ministerie tot nietigverklaring van het schijnhuwelijk conform artikel 79*quater* Vreemdelingenwet af.

Alles wat voorafgaat is, overeenkomstig de bepalingen der wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in de Nederlandse taal geschied.

Aldus gewezen door de hiernavermelde rechter die de zaak behandeld heeft en die aan de beraadslaging heeft deelgenomen, en uitgesproken in openbare terechtzitting door de Voorzitter op vierentwintig mei tweeduizendzestien in aanwezigheid van het Openbaar Ministerie en de griffier.

Aanwezig:

voorzitter van de kamer, enig rechter substituut-procureur des konings, griffier.

A. Mertens,	voorzitter van de kamer, enig rechter
L. Van Strydonck	substituut-procureur des konings,
D. Mariën,	griffier.

## Familierechtbank West-Vlaanderen (afd. Brugge), vonnis van 13 januari 2017

*Nationaliteit – Artikel 5 WBN – Ontbreken van geboorteakte – Irak – Akte van bekendheid ter vervanging van akte van geboorte – Onmogelijkheid om zich een geboorteakte of gelijkwaardig document te verschaffen – Getuigen niet dienstig – (Eenzijdige) beëdigde verklaring ter vervanging van akte van bekendheid – Geloofwaardige beweringen van verzoekers*

*Nationalité – Article 5 CNB – Absence d'acte de naissance – Iraq – Acte de notoriété à défaut d'acte de naissance – Impossibilité de se procurer un acte de naissance ou un document équivalent – Témoins non pertinents – Déclaration unilatérale sous serment visant à pallier l'absence d'acte de notoriété – Déclarations crédibles de demandeurs*

1. [...] van Iraakse nationaliteit, geboren te Bagdad (Irak) op [...] 1986, (rijksregisternummer [...]) en
2. [...] van Iraakse nationaliteit, geboren te Bagdad (Irak) op [...] 1989, (rijksregisternummer [...] samenwonende te 8460 Oudenburg, [...]

Verzoekers werden toegelaten tot de kosteloze rechtsbijstand bij beslissing van het Bureau voor Rechtsbijstand in de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge van 29 maart 2016.

Verzoekers werden regelmatig opgeroepen bij gerechtsbrief van 29 juni 2016.

Ter zitting in raadkamer van 20 juli 2016 werden gehoord verzoekers, hun raadsman, alsmede de tweede getuige de heer [...] geboren te Bagdad (Irak) op [...] 1969 en wonende te 8400 Oostende, [...].

Op de zitting in raadkamer van 2 september 2016 werd de eerste getuige de heer [...], geboren te Basra op [...] 1978 en wonende te 8400 Oostende, [...] gehoord.

Gelet op de artikelen 1025 tot 1034 Gerechtelijk Wetboek en artikel 5 Wetboek Belgische Nationaliteit (hierna verkort WBN).

Verzoekers zijn afkomstig uit Irak en aldaar in het huwelijk getreden op 20 augustus 2010. De rechtsgeldigheid van de huwelijksakte werd erkend door de zevende kamer van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge, sectie Familie – en Jeugdrechtkant bij vonnis van 15 maart 2013 (stuk 6).

Aan eerste verzoeker werd op 2 mei 2011 de subsidiaire beschermingsstatus toegekend door het Commissariaat-Generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen. Middels een visum gezinsherening kon tweede verzoekster in november 2011 haar man vervoegen in België.

Verzoekers stellen dat zij de Belgische nationaliteit wensen te verwerven via een nationaliteitsverklaring.

Middels hun verzoekschrift vorderen verzoekers om in het kader van het verkrijgen van de Belgische nationaliteit, de akten van bekendheid opgesteld door de Vrederechter van het tweede kanton Oostende op 7 maart 2016 ter vervanging van hun geboorteakte, te homologeren.

De rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge is als familierechtbank van het arrondissement waarin het vredegerecht van de hoofdverblijfplaats van verzoekers gelegen is, territoriaal bevoegd overeenkomstig artikel 628, 9° Gerechtelijk Wetboek.

Overeenkomstig artikel 5,1° van het KB van 14 januari 2013 dient bij de nationaliteitsverklaring een eensluidend afschrift van de geboorteakte, te worden voorgelegd. Dit stuk strekt tot bewijs van de elementen van de staat van de betrokkenen zoals de naam, de voorna(m)en, eventueel de afstamming, de nationaliteit en de geboorteplaats en -datum en ondermeer tot bewijs dat is voldaan aan de voorwaarden vermeld in artikel 12bis § 1 WBN.

Uit de stukken, de navorsingen van het openbaar ministerie en het verzoekschrift wordt aangenomen dat verzoekers in de onmogelijkheid zijn of zware moeilijkheden ondervinden om zich in Bagdad (Irak) een afschrift van hun geboorteakte (hun plaats van geboorte) te verschaffen of een document te verkrijgen dat die akte vervangt overeenkomstig de lokale wetgeving of nog om via een lokale procedure een ontbrekende of verdwenen akte opnieuw op te maken.

Artikel 5 WBN heeft een systeem van gradaties (cascadesysteem) uitgewerkt ten behoeve van de kandidaat-Belg die in de onmogelijkheid verkeert om zich in zijn geboorteland een afschrift van zijn geboorteakte te verschaffen.

Artikel 5 § 1 WBN voorziet in een systeem waarbij de buitenlandse geboorteakte vervangen kan worden door een - door de familierechtbank - gehomologeerde akte van bekendheid afgegeven door de vrederechter van zijn woonplaats.

Overeenkomstig artikel 5 § 2 WBN verklaren in de akte van bekendheid twee getuigen, de naam, voornamen, beroep en woonplaats van de belanghebbende en die van zijn ouders indien deze bekend zijn, alsook de plaats en zo mogelijk het tijdstip, van de geboorte, alsook de reden die belet de geboorteakte voor te leggen.

Verzoekers vorderen middels hun verzoekschrift om de akten van bekendheid die op 7 maart 2016 overeenkomstig artikel 5 § 1 WBN werden afgeleverd door de bevoegde vrederechter van het tweede kanton Oostende, te homologeren.

Met toepassing van artikel 5 § 3 WBN dient de familierechtbank bij het verzoek tot homologatie van de akte van bekendheid te beoordelen (1) of de verklaringen van de getuigen in deze akte en (2) of de redenen die het overleggen van de geboorteakte beletten, al dan niet voldoende zijn.

De tweede getuige, [...] verklaarde ter zitting van 20 juli 2016 (zie proces verbaal van de terechting):

- Ik ken partijen van in Bagdad, ik was aanwezig op het huwelijkfeest van verzoekers omdat mijn vader een collega was van de vader van verzoeker;
- Het was de eerste keer dat ik mijnheer en mevrouw ontmoette, dit was denk ik in augustus/september 2010;
- Onze vaders waren bediende/ambtenaar op een Ministerie;
- Mijn vader had mij op de dag zelf uitgenodigd op dit trouwfeest;
- Ikzelf ben ook geboren in Bagdad (Irak);
- Om de geboorteakte te verkrijgen moet men zelf naar Irak gaan;
- Ik heb mijn geboorteakte in Brussel gekomen;

De eerste getuige, [...] verklaarde ter zitting van 2 september 2016. (zie proces-verbaal van de terechting):

- Ik heb de heer [...] leren kennen via mijn broer. Ze werkten sinds 2008 samen bij het ministerie van Defensie in Irak (Bagdad) als bodyguards.
- In 2009 heb ik zelf de heer [...] voor het eerst ontmoet toen ik mijn broer vergezelde naar een eetgelegenheid samen met zijn collega's. Sindsdien komen we regelmatig met elkaar in contact.
- Toen ik de heer [...] leerde kennen woonde hij nog bij zijn ouders en was hij niet gehuwd.
- Ik ben samen met mijn broer uitgenodigd op het huwelijk van de heer [...]. Daar heb ik ook mevrouw [...] leren kennen als echtgenote van de heer.
- Ik ken de familie van mevrouw [...] niet aangezien ik voornamelijk een vriendschapsband heb met de heer [...].
- Ik ben op 22 december 2010 naar België gekomen. We hebben elkaar toevallig in Oostende terug ontmoet.
- Ik weet inderdaad dat het onmogelijk is om een geboorteakte te bekomen omdat het in Irak te 'instabiel' is. Er is momenteel geen Belgische ambassade werkzaam in Irak. Ook bij de Iraakse autoriteiten is het onmogelijk om aan een geboorteakte te geraken. Bovendien wordt de geboorteakte hier niet aanvaard aangezien ze niet gelegaliseerd is.

De getuigen die verzoekers hebben laten oproepen met het oog op het opstellen van de akte van bekendheid verklaarden beiden dat ze tweede verzoekster pas voor het eerst hebben ontmoet op het huwelijksfeest van verzoekers dat plaatsvond in augustus 2010. Het is ook naar aanleiding van dit huwelijksfeest dat de tweede getuige eerste verzoeker voor het eerst heeft ontmoet. De eerste getuige verklaarde dat hij eerste verzoeker heeft leren kennen in 2009.

Eerste verzoeker heeft amper enkele maanden na de ontmoeting met de getuigen, met name reeds op 24 december 2010 asiel aangevraagd in België. Ook de eerste getuige verklaarde dat hij op 22 december 2010 naar België is gekomen. Het is dus geenszins zo dat de getuigen verzoekers reeds geruime tijd kennen en hun identiteitsgegevens vanuit de praktijkbeleving kunnen bevestigen.

Nu verzoeker geboren is in 1986 en verzoekster geboren is in 1989, kunnen de getuigen niet dienstig zijn om te bevestigen op welke plaats en op welke datum verzoekers geboren zijn.

Bovendien verklaarde de eerste getuige ter zitting dat hij de familie van verzoekster niet kent zodat hij bezwaarlijk een betrouwbare "getuigenis" heeft kunnen afleggen in de akte van bekendheid aangaande de afstammeling van verzoekster.

Gelet op de aard van het bewijsmiddel van de akte van bekendheid is het, in tegenstelling tot hetgeen verzoekers in conclusie voorhouden, niet omdat de stukken de beweerde identiteit van verzoekers bevestigen dat daarom automatisch dient besloten worden dat de verklaringen van de getuigen in de akte van bekendheid - die in wezen los staan van de stukken omdat het verklaringen uit algemene bekendheid zijn - correct en waarachtig zijn.

Om voornoemde redenen komen de verklaringen die de getuigen aflegden aangaande hun persoonlijke kennis van een bepaald feit - meer bepaald de identiteit van verzoekers - onvoldoende voor zodat het verzoek tot homologatie van de akte van bekendheid ongegrond is.

Artikel 5 § 4 WBN bepaalt dat indien de belanghebbende ook in de onmogelijkheid verkeert om zich een akte van bekendheid te verschaffen, deze akte met goedkeuring van de familierechtbank vervangen kan worden door een (eenzijdige) beëdigde verklaring van de belanghebbende zelf.

Middels hun conclusie neergelegd ter griffie op 26 augustus 2016 vorderen verzoekers in ondergeschikte orde om, bij gebreke aan homologatie van de akten van bekendheid, hen te machtigen tot het afleggen van een beëdigde verklaring in de zin van artikel 5 § 4 WBN als volgt:

- Ik, [...], ben geboren te Bagdad (Irak) op [...] 1989, en ben de zoon van [...] ([...] 1953) en [...] ([...] 1964).
- Ik, [...], ben geboren te Bagdad (Irak) op [...] 1989, en heb de dochter van [...] ([...] 1953) en [...] ([...] 1961).

Verzoekers houden voor dat hun identiteit naar genoegen van recht blijkt uit:

- Hun attest van samenstelling gezin en attest van woonst (stukken 2 en 3),
- Hun verblijfskaart in België zoals afgeleverd door de Dienst Vreemdelingenzaken (stuk 4),
- Hun huwelijksakte zoals erkend in België na procedure waarbij alle gegevens van partijen afdoende door het openbaar ministerie tegen het licht werden gehouden (stukken 5 en 6),
- Hun bewijs van Iraakse nationaliteit met beëdigde vertaling (stuk 7a en 7b),
- Het internationaal paspoort van tweede verzoekster (stuk 8),
- Het Iraaks rijbewijs van eerste verzoeker met beëdigde vertaling (stuk 9).

De hoven en rechtkanten behouden een beoordelingsmarge en zijn naargelang de concrete omstandigheden niet gehouden op het verzoek van de belanghebbenden in te gaan indien de beëdigde verklaringen van de belanghebbenden omtrent hun identiteit en afkomst ongeloofwaardig zijn zodat het verzoek niet rechtmatisch lijkt (vgl. Cass. 13 oktober 2011, C.10.0397.N).

*In casu* blijkt uit volgende door verzoekers neergelegde stukken en uit het door het openbaar ministerie op 16 september 2016 neergelegde administratief dossier, dat de beweringen van verzoekers aangaande hun naam, geboorteplaats en geboortedatum en aangaande hun afstamming langs moederszijde en langs vaderszijde, geloofwaardig zijn:

- het bij de asielaanvraag voorgelegde nationaliteitsbewijs van eerste verzoeker, dat voldeed aan de authenticiteitsvereisten (stuk 7a verzoekers), zoals blijkt uit de inlichten verstrekken door Commissariaat-Generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen op 12 september 2016 (en dit in tegentelling tot de bij de asielaanvraag voorgelegde identiteitskaarten, waarvan na verificatie bleek dat het om vervalsingen ging),
- het Irakees paspoort met nummer [...] van tweede verzoekster (stuk 8 verzoekers) en de huwelijksakte van verzoekers op grond waarvan aan tweede verzoekster een visum in het kader van gezinsherening werd toegekend zoals blijkt uit de inlichtingen verstrekken door de Dienst Vreemdelingenzaken op 8 september 2016,
- de huwelijksakte van 20 augustus 2010 waarvan de rechtsgeldigheid werd vastgesteld bij vonnis van de rechtkant van eerste aanleg Brugge van 15 januari 2013 (stuk 5 verzoekers).

Evenwel kunnen op grond van deze stukken de respectievelijke geboortedata van de ouders van verzoekers niet opgemaakt worden.

Er is dan ook reden om verzoekers te machtigen om de bij artikel 5 § 2 WBN voorgeschreven akte van bekendheid te vervangen door hun beëdigde verklaringen zoals hierna bepaald in het *dictum*.

De uitbreiding in ondergeschikte orde van de oorspronkelijke vordering van verzoekers is gegrond.

**OM DEZE REDENEN BESLIST**

**de Familierechtbank, vijfde Kamer, als volgt:**

Gelet op artikel 2 en volgende van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken. Rechtsprekend in eerste aanleg, na schriftelijk gunstig advies van het Openbaar Ministerie neergelegd ter griffie op 16 september 2016, getekend door de heer Mare Florens, eerste substituut-procureur des Konings.

Verklaart de vordering tot homologatie van de akte van bekendheid zoals in hoofdorde gesteld ontvankelijk doch wijst deze af als ongegrond.

Verklaart de uitbreiding van de oorspronkelijke vordering in ondergeschikte orde gedaan ontvankelijk en gegrond.

Dienvolgens machtigt eerste verzoeker overeenkomstig artikel 5 WBN om met het oog op het bekomen van de Belgische nationaliteit via nationaliteitsverklaring de akte van bekendheid aangaande zijn geboorte te vervangen door het afleggen van een verklaring onder eed in volgende bewoordingen:

"Ik ben [...] en ik ben geboren te Bagdad in Irak op [...] 1986, en heb als vader [...] en als moeder [...]."

Dienvolgens machtigt tweede verzoekster overeenkomstig artikel 5 WBN om met het oog op het bekomen van de Belgische nationaliteit via nationaliteitsverklaring de akte van bekendheid aangaande haar geboorte te vervangen door het afleggen van een verklaring onder eed in volgende bewoordingen:

"Ik ben [...] en ik ben geboren te Bagdad in Irak op [...] 1989, en heb als vader [...] en als moeder [...]."

Laat de gerechtskosten ten laste van de verzoekende partijen die werden toegelaten tot de kosteloze rechtsbijstand.

Aldus verleend in raadkamer in het gerechtsgebouw te Brugge, op dertien januari tweeduizendzeventien.

Aanwezig zijn:

Bekkers An, alleenrechtsprekend rechter

Buysse Matthias, griffier

## **Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 7 mars 2017**

*Reconnaissance d'un mariage marocain en Belgique – Article 27 CODIP – Test conflictuel – Conditions de fond du mariage – Article 46 CODIP – Mariage simulé – Article 146bis C. civ. – Conditions de forme du mariage – Article 47 CODIP*

*Erkenning van een Marokkaans huwelijk in België – Artikel 27 WIPR – Conflictenrechtelijke controle – Grondvoorwaarden – Artikel 46 WIPR – Schijnhuwelijk – Artikel 146bis BW – Vormvoorwaarden – Artikel 47 WIPR*

En cause de

1. X
2. Y

Tous deux domiciliés à 1030 Bruxelles, [...] et faisant tous deux élection de domicile au cabinet de leur conseil ;

Comparaissant en personne,

Assistés par Me Vanwelde loco Me Bruno Dayez, avocat dont le cabinet est établi à 1030 Bruxelles, rue Eugène Smits 28-30 [...];

En cette cause, tenue en délibéré le 24 janvier 2017 le tribunal prononce le jugement suivant.

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

la requête unilatérale déposée le 27 novembre 2015 au greffe du tribunal de céans;

l'ordonnance de « soit communiquée au Ministère Public » datée du 1<sup>er</sup> décembre 2015;

l'avis écrit émis par le ministère public déposé le 24 novembre 2016 au greffe du tribunal de céans;

Entendu les parties et leur conseil en leurs explications et le ministère public en son avis en chambre du conseil à l'audience du 24 janvier 2017.

### **I. Les faits**

Les demandeurs, qui résident tous deux en Belgique depuis plusieurs années, se sont mariés le 07 novembre 2014 à Nador (Maroc).

A l'audience, ils ont exposé avoir fait ce choix pour pouvoir se marier plus rapidement; lorsqu'ils s'étaient présentés à l'administration communale de Schaerbeek (à une date non précisée), il leur avait été dit qu'aucune cérémonie ne serait possible avant février 2015.

Dans le cadre de cette demande de mariage, une enquête a été diligentée par le parquet à la demande de l'officier de l'état civil.

Un avis défavorable a été rendu le 08 avril 2015, et l'officier de l'état civil a dès lors refusé de célébrer le mariage.

Les requérants vont ensuite solliciter la reconnaissance de leur mariage contracté au Maroc (à une date non précisée).

L'officier de l'état civil leur opposera un nouveau refus le 08 juillet 2015.

Monsieur X est de nationalité marocaine et en situation de séjour irrégulière en Belgique depuis le 24 juillet 2014 (un droit au séjour lui avait précédemment été accordé sur la base d'un mariage contracté avec une belge; ce mariage a été annulé par jugement du 07 mai 2009, confirmé en appel par arrêt du 13 janvier 2011) ; il était sous le coup d'un ordre de quitter le territoire.

Madame Y est arrivée en Belgique encore mineure, avec son père, dans le cadre d'un regroupement familial ; le mariage de son père avec une citoyenne belge a été annulé en 2010. La requérante a obtenu la nationalité belge le 19 juin 2012.

## **II. Les demandes**

La demande tend à dire pour droit que leur mariage contracté le 07 novembre 2014 à Nador (Maroc) doit être déclaré valide en Belgique.

## **III. Discussion**

Aux termes de l'article 27 du code de droit international privé (CODIP) « un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 à 21. L'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'Etat dans lequel il a été établi. »

Conformément à l'article 46 du CODIP, les conditions de validité du mariage sont en l'espèce régies par le droit marocain dans le chef du requérant et du droit belge, dans celui de la requérante.

L'exigence d'un consentement valablement exprimé, dans le but de mener une communauté de vie durable se retrouve dans les deux régimes juridiques (article 4 du code de la famille marocain et 146 du code civil belge).

Selon l'article 146bis du code civil belge « il n'y a pas de mariage lorsque, ..., 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 a été rappelé à différentes reprises que s'agissant de statuer sur une demande de reconnaissance de mariage, « il convient en l'espèce d'appliquer par analogie les principes dégagés par la jurisprudence en matière de refus de célébration de mariage, en vertu desquels le juge saisi d'un recours contre la décision de l'officier de l'état civil n'est pas tenu de limiter son contrôle aux éléments portés à la connaissance de l'officier de l'état civil ou invoqués par celui-ci, mais peut au contraire étendre son contrôle et fonder son appréciation sur l'ensemble des éléments survenus postérieurement à la décision litigieuse » (voir Bruxelles, 3ème chambre , 16 octobre 2008, Actualités du droit de la famille 2009/7, p. 131 et s. avec note J. Fierens).

En l'espèce, l'officier de l'état civil a justifié son refus en se référant à sa décision du 10 avril 2015 par laquelle il avait refusé de célébrer le mariage des parties, en ajoutant que celles-ci avaient menti en se déclarant célibataires, et donc en taisant leur union contractée au Maroc.

Le refus de célébration se fondait sur les motifs suivants :

- les parcours suspects des deux futurs époux, l'un ayant déjà contracté un mariage annulé et l'autre ayant eu accès au territoire dans le cadre d'un regroupement familial qui s'est également révélé frauduleux (dans le chef de son père);
- la « grande différence d'âge » des intéressés;
- les constatations des services de police qui n'ont pu trouver personne au domicile déclaré, malgré 5 visites à desjours et heures différents,
- les contradictions dans les auditions des requérants et leur faible connaissance réciproque.

Le tribunal relève que, si monsieur X a effectivement réussi à se maintenir sur le territoire, où il était arrivé dans la plus totale illégalité, sans aucun papier, grâce à un premier mariage simulé, rien de tel ne peut être reproché à madame Y qui n'est en rien responsable des actes commis par son père et a par ailleurs obtenu la nationalité belge en 2012.

Une différence d'âge de 12 ans sépare les deux époux, ce qui n'est guère pertinent et n'est pas révélateur, en soi, d'un mariage frauduleux.

Il ressort des dossiers que, depuis les premières enquêtes, de nombreuses autres visites domiciliaires se sont déroulées, et se sont révélées positives : l'une le 13 décembre 2014 (attestation du 29 septembre 2015 de l'inspecteur Audrit, pièce 21), d'autres les 01/10/2014, 02/12/2014, 04/05/2016 et 25/10/2016; la conclusion de l'inspecteur étant la suivante « ayant rencontré les intéressés à plusieurs reprises à l'adresse (deux fois) et ayant pu constater, à de multiples reprises, la présence d'effets personnels de X et Y, nous avons tendance à penser que le couple réside effectivement à l'adresse avec leur enfant, soit xxx (né le [...] 2016) » (pièce 23). Une enquête de voisinage réalisée le 16 octobre 2016 a également confirmé la cohabitation effective des parties ([...]).

Les requérants établissent également que le mariage a été suivi d'une grande fête organisée en Belgique, le 05 décembre 2014, ainsi qu'il ressort du faire-part et des photos déposées, qui illustrent le faste déployé et le nombre important des invités, peu compatible avec une union de complaisance. Il est manifeste que les parties ont menti à cet égard aux autorités, lors de leurs auditions réalisées le 1<sup>er</sup> avril 2015, puisqu'elles ont tu et la célébration intervenue au Maroc et la fête qui s'en est suivie. Ce comportement, pour le moins maladroit, est toutefois compréhensible dans le contexte de l'époque, alors que les requérants entendaient toujours obtenir une autorisation de se marier en Belgique.

Enfin, ceux-ci établissent que madame Y a subi une fausse couche le 07 mars 2015 et a ensuite mené une grossesse à terme, l'enfant xxx étant né le [...] 2016; monsieur X a suivi ces deux grossesses, ainsi qu'il ressort des attestations médicales (pièces 17,1 et 25).

A l'heure actuelle, plus de deux ans après leur union, les requérants cohabitent toujours. Par rapport à ces éléments, les quelques contradictions relevées lors des auditions menées le 1<sup>er</sup> avril 2015, portent sur des points de détail qui ne seront pas retenus en l'espèce, en ce qu'elles ne témoignent pas d'une absence de vie commune ou de projet commun.

Il n'est dès lors aucunement établi que la seule intention des époux, ou du moins de monsieur X en contractant cette union, était de bénéficier d'avantages liés au séjour.

L'article 146bis du code civil n'est dès lors pas rencontré et les conditions de fond du mariage sont en l'espèce remplies.

Monsieur le procureur du Roi estime toutefois qu'il convient de retenir, en l'espèce, également un vice de forme, le mariage ayant été célébré par procuration dans le chef de l'époux, et ce en raison de sa

situation de séjour en Belgique, qui l'aurait sans doute empêché, en cas de sortie du territoire, d'y revenir.

Suivant l'article 47 §1 du Codip, « Les formalités relatives à la célébration du mariage sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le mariage est célébré », soit en l'espèce le droit marocain.

Le droit marocain permet le mariage par procuration « sur autorisation du juge de la famille » en cas de « circonstances particulières empêchant le mandant de conclure le mariage en personne » (article 17 du code de la famille).

En l'espèce, la procuration validée par le juge marocain mentionne « les circonstances de la résidence qui m'empêchent de venir au Maroc ».

Ce procédé peut bien sûr heurter, en ce qu'il permet de pallier les conséquences dommageables d'un séjour irrégulier.

Toutefois, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, et notamment :

- au fait que le requérant est de nationalité marocaine et a respecté sa législation nationale,
- qu'il n'a pas chercher à tromper les autorités marocaines sur les raisons de son empêchement,
- que l'union litigieuse recouvre un vrai projet de vie commune et stable et a été concrétisée par la naissance d'un enfant,

le tribunal estime qu'il n'y a pas lieu de retenir une fraude à la loi qui vicierait ce mariage en Belgique.

Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de considérer que le mariage invoqué est valable et qu'il doit être reconnu en Belgique.

La demande sera en conséquence déclarée fondée dans cette mesure.

Il appartiendra par ailleurs aux parties de demander aux différentes autorités concernées la reconnaissance de leur union, sur présentation de la présente décision.

## **PAR CES MOTIFS,**

## **LE TRIBUNAL,**

statuant en premier resort

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, usage de la langue française ayant été fait ;

Entendu M. de Theux, premier substitut du procureur du Roi en son avis oral donné en chambre du conseil à l'audience du 24 janvier 2017;

Rejetant toutes conclusions autres ou contraires,

Reçoit la demande et la dit fondée ;

En conséquence

Reconnaît la validité, en Belgique, du mariage contracté par les parties à Nador (Maroc) le 07 novembre 2014 et dit qu'il peut sortir ses pleins et entiers effets en Belgique.

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire de la présente décision ;

Délaisse aux requérants les frais de leur intervention ;

Ainsi jugé et prononcé en chambre du conseil par la 12ème chambre du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, tribunal de la famille,

le 07-03-2017 par Nous:

N. Romain	Greffier délégué
S. Annaert	Juge de la famille

## **RECHTSLEER/DOCTRINE**

### **Corneloup, Sabine; Heiderhoff, Bettina; Honorati, Costanza; Jault-Seseke, Fabienne; Kruger, Thalia; Rupp, Caroline; van Loon, Hans and Verhellen, Jinske – Children On The Move: A Private International Law Perspective**

This research paper was requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs and commissioned, overseen and published by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs.

The original version of this study for the JURI committee, June 2017, is available at:

<http://www.europarl.europa.eu/studies>

Sabine Corneloup (coordinator), Professor at the University Paris II Panthéon-Assas, France, member of TEE  
Bettina Heiderhoff, Professor at the University of Münster, member of TEE  
Costanza Honorati, Professor at the University of Milano-Bicocca, member of TEE  
Fabienne Jault-Seseke (coordinator), Professor at the University of Versailles Saint-Quentin, France, member of the GEDIP and of TEE  
Thalia Kruger, Professor at the University of Antwerp, Belgium, member of TEE  
Caroline Rupp, Junior Professor at the Julius-Maximilians-University Würzburg, Germany, member of TEE  
Hans van Loon, Former Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, member of the GEDIP  
Jinske Verhellen, Professor at the Ghent University, Belgium, member of TEE

## **LIST OF ABBREVIATIONS**

<b>Brussels IIa</b>	Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000
<b>Brussels IIaa RecastR</b>	Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) of 30 June 2016, COM (2016) 411
<b>CA</b>	Central Authority
<b>CEAS</b>	Common European Asylum System
<b>CJEU</b>	Court of Justice of the European Union
<b>Dublin Regulation</b>	Regulation No 604/2013 of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person
<b>Dublin Regulation Recast</b>	Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) COM(2016)270 final
<b>ECHR</b>	European Convention of Human Rights
<b>EU</b>	European Union
<b>1980 Hague Convention</b>	Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction
<b>1996 Hague Convention</b>	Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children
<b>MS(s)</b>	Member State(s) of the European Union
<b>PIL</b>	Private International Law
<b>UNCRC</b>	United Nations Convention on the Rights of the Child

## **EXECUTIVE SUMMARY**

### **Background**

The United Nations Convention on the Rights of the Child, as well as the EU Charter on Fundamental Rights, state clearly that the child's best interests must be a primary consideration in all cases concerning children. The scope of this commitment is not limited to EU citizens, but should apply to *all* children, whatever their citizenship (including stateless children) and residence status. Migrant children should, as a matter of principle, not be treated differently than other children.

The recent increase of migration has not been limited to adults. Many children are on the move as well: some travel with their parents, others leave on their own or become separated from their parents, family members or relatives along the route; some claim asylum, others do not. Some who do claim asylum see their application rejected.

Unaccompanied and separated children are entitled to particular protection under international and EU law (specifically the Dublin Regulation). At the same time international and EU law (1996 Hague Child Protection Convention and Brussels IIA Regulation) regulate which State's authorities have the power to take measures on child protection and which law is applicable.

The division of tasks among Member States for the protection of these children under migration law, including asylum law, on the one hand and measures of protection in civil law on the other is not well aligned. First, the distribution of jurisdictions among Member States is different. Second, the authorities that are responsible for migration matters and for civil matters differ. The cooperation mechanisms at an EU level for migration law (through the CEAS/Dublin units) and for civil law (through Central Authorities under Brussels IIA and the 1996 Hague Convention) are unrelated. Third, the recognition of personal status (such as minority) and of family relations (parentage or marriage) is a civil law issue, which is essential for migration rights. Fourth, measures of child protection (such as the appointment of guardians for purposes of asylum procedures) and recognition of care arrangements from other States operate as separate legal questions.

The interface between the CEAS and cooperation in civil matters (or Private International Law) is thus ignored or underestimated.

This study on "Children on the move: A private international law perspective" was requested by the Committee on Legal Affairs to be presented during a workshop, dedicated to the potential and challenges of PIL in the current migratory context.

### **Aim**

The purpose of this research paper is to:

- emphasize the interface between migration law and private international law in relation to unaccompanied and separated foreign or migrant children;
- point out the importance of aligning the rules of migration law and private international law;
- encourage the different Member States' authorities working in these areas to cooperate, especially to protect children and safeguard their best interests; this will also reduce the risk of children disappearing or being exploited or trafficked;
- encourage the EU and its Member States to use the mechanisms provided in Brussels IIA for the application of the Dublin Regulation;
- encourage the EU to frame its policies in regard to migrant children in terms of durable solutions that are in the child's best interest, including integration in a Member State, return

- to the country of origin, resettlement or reunification with family members in a Member State or in a third country;
- encourage the EU and its Member States to establish and intensify cooperation with third States to enhance unaccompanied migrant children protection from those States.

In developing this study, the authors drew on their expertise in the field of PIL and migration law, relevant literature and case law in the area and a limited number of very recent interviews with the National Red Cross Services, Guardianship Services, Central Authorities and asylum and migration authorities in Belgium, France, Germany, Italy and the Netherlands to further identify the interplay between the two sets of rules.

The recommendations have a two-fold objective. First, they present action points for the EU (and more specifically for the European Parliament), including promoting uniform and effective practices among MSs regarding the interpretation and application of existing instruments. Secondly, they call for further research in the field. A summary of their recommendations appears in the "Key Findings" at the beginning of each chapter.

## **GENERAL INFORMATION: PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND CHILDREN ON THE MOVE**

### **Protection of children as a general mainstream aim of all EU rules and policies**

Protection of children – to be organised in light of the child's best interest– has been a general aim of the EU since the Lisbon Treaty. It has since then been a mainstream part in all EU legislation and policies. Since 2010 it has become one of the EU Commission's major aims also in regard to asylum and migration law.<sup>1</sup>

This research paper focuses on unaccompanied and separated foreign children. The same researchers have conducted a related study on "Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential" where a broader approach is taken.

Private International Law (PIL) – i.e. the field of law dealing with the three key issues of: *a*) international jurisdiction (which court?); *b*) applicable law (which law?); *c*) recognition and enforcement of foreign acts and decisions (what legal effects in systems other than the forum?) – can and should provide additional means of promoting this goal. Until now migration law and PIL have been viewed as separate sets of law, and little attention – if any – has been given to the possible interactions between the two fields of law. The purpose of the present study is to investigate how PIL tools may serve the child's best interests with regard to migration law, including refugee and asylum law (protection of children as refugees under the 1951 Refugee Convention or by way of subsidiary protection under complementary EU law), in accordance with the EU Charter of Fundamental Rights (especially Article 24), the ECHR (especially Article 8), and the UNCRC.

### **Brief overview of the main PIL instruments for the protection of children's rights within the EU and the international legal system**

When considering the possible interactions of PIL tools in the field of child protection with migration law, including refugee and asylum law, a number of different PIL instruments come into consideration. Different actors may intervene. The main instrument enacted by the EU is Regulation No 2201/2003,

---

<sup>1</sup> See Action Plan for Unaccompanied Minors (2010-2014), COM(2010) 213 final; European Agenda for Migration, COM(2015)240 final; Communication on the state of play of its implementation, COM(2016)85 final; and most recently, The Protection of Children in Migration, COM(2017)211 final.

hereinafter "Brussels Ila",<sup>2</sup> currently under review. As this Regulation has a general scope of application, it will form the primary focus of this study. Besides this instrument, consideration shall also be given to possible interactions with the 1996 Hague Convention on the Protection of Children<sup>3</sup> – a Convention that binds all the 28 EU MSs, plus another 18 States, among which Morocco and Turkey – and the 1980 Hague Convention on International Abduction of Children. While these two Conventions, together with the Regulation, are the common frame of PIL tools within the European arena, the 1993 Hague Convention on Inter-country Adoption and, though with less practical impact, the 1980 European Convention on Custody of Children (the so-called Luxembourg Convention), as well as the 1996 European Convention on the Exercise of Children's Rights, are equally relevant.<sup>4</sup>

## **Definitions**

Being a "**child**" or a "**minor**" is part of one's personal status. For purposes of migration law, persons below the age of 18 are considered "children" or "minors" and have a right to special protections<sup>5</sup>. This age limit is not subject to a PIL rule referring to the law applicable to the person's status.

This paper focuses on "**unaccompanied children**", while also paying attention to "**separated children**". A child is unaccompanied for the purposes of the Dublin Regulation if he or she is not accompanied by "an adult responsible for him or her, whether by law or by the practice of the Member State (MS) concerned, and for as long as he or she is not effectively taken into the care of such an adult" (Article 2j). Separated children are children "who have been separated from both parents, or from their previous legal or customary primary care-giver, but not necessarily from other relatives. These may, therefore, include children accompanied by other adult family members"<sup>6</sup>. These definitions rely on the concept of parental responsibility, which is governed in all MSs by the same conflict-of-law rules – and therefore by the same applicable law –, since all MSs are party to the 1996 Hague Convention (which in most cases designates the law of the place of the child's habitual residence: see 1.4 below).

## **Structure of the study**

This study is divided into three chapters.

**Chapter one** considers the interactions between PIL and migration law, especially regarding jurisdiction and applicable law. In light of the specific needs of children on the move, it examines the criteria used in PIL for determining the competent court and the applicable law concerning child protection under civil law. The crucial role of the Brussels Ila Regulation as the general PIL tool is highlighted. This chapter identifies several application problems and their practical consequences. As both Brussels Ila and the CEAS are currently under revision, recommendations are made in order to better articulate the two sets of rules. This chapter also takes into account the need to protect those

---

<sup>2</sup> Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. The Regulation is in force in all EU Member States, with the exception of Denmark.

<sup>3</sup> Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. The Convention is now in force among all EU Member States. The following third States are also bound by this Convention: Albania, Armenia, Australia, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Georgia, Lesotho, Monaco, Montenegro, Morocco, Norway, Russia, Serbia, Switzerland, Turkey, Ukraine and Uruguay. It has been signed, but not yet ratified, by Argentina, Canada and the United States of America. See the full status table of the Convention at <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

<sup>4</sup> European Convention on recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, done in Luxembourg on 20 May 1980; European Convention on the Exercise of Children's Rights, done in Strasbourg on 25 January 1996.

<sup>5</sup> See art. 2(i) Dublin Regulation and art. 2(f) Family reunification Directive, to which other EU instruments refer.

<sup>6</sup> United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment N° 6, (2005), *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, para 8.

children who do not claim asylum. The overarching objective to better protect the child's best interests requires the child's migratory status to be coordinated with an appropriate and durable solution to be provided under civil law.

**Chapter two** is dedicated to cooperation between national authorities, which is of crucial importance for the protection of children on the move, whether they claim asylum or not. Cooperation mechanisms exist under migration law and under civil law (PIL), but the national authorities involved under the two sets of rules are not the same. The protection of children on the move requires a better coordination of all of them. This chapter examines cooperation among MSs, for which EU instruments already exist but have to be better coordinated, as well as cooperation between MSs and third countries, where well-operating international conventions on the protection of children are in place, in particular the 1996 Hague Child Protection Convention. Its ratification by third countries has to be further promoted, in order to enlarge the number of countries bound by them.

**Chapter three** deals with major crosscutting issues, which are relevant for the effective protection of all migrant children. Migration law relies on civil law concepts determining the child's personal and family status, such as parentage, child marriage, parental responsibility, guardianship and proof of minority. PIL provides the rules for recognition of foreign status, family ties and foster care arrangements, including the recognition of foreign civil status documents. This chapter examines the operation of these PIL rules under migration law, for instance for the purpose of family reunification, the determination of the responsible MS under the CEAS, the appointment of a guardian during migration law proceedings, etc. The study provides examples from several MSs highlighting the challenges of PIL in the current migratory context.

Each Chapter is preceded by Key Findings.

## 1. INTERACTIONS BETWEEN PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND MIGRATION LAW

### KEY FINDINGS

- Children protection is a general EU aim, to be mainstreamed in all EU rules and policies. It is also, traditionally, a key objective of many PIL instruments binding EU Member States. It is additionally today at the forefront of the crucial field of migration and asylum law and policies. The interaction between PIL and migration (including asylum) law and policies requires urgent attention.
- The Brussels IIA Regulation (Brussels IIA), in particular, has a broad scope of application and plays a crucial role in the protection of children also in the field of migration and asylum law and policies. Its role in this regard should be made more explicit.
- Brussels IIA and the CEAS instruments should be better coordinated to ensure respect for the child's best interests from the perspective of international protection both under migration law and under civil law.
  - In particular:
    - In the context of the revision of Brussels IIA, attention should be paid to the needs of unaccompanied minors, and to the special rules set in the frame of CEAS instruments.
    - In the context of the revision of CEAS instruments, attention should be paid to the Instruments available for the protection of children under civil law, in particular Brussels IIA and the 1996 Hague Convention.
    - Cross-references should be inserted in the relevant instruments (in Brussels IIA and in CEAS instruments), to highlight their interaction.
  - Central Authorities and courts should be sensitized to the specificities of unaccompanied minors and realize that, e.g., the appointment of a guardian with a view to protecting the child in asylum and migration procedures, such as Dublin transfers, is different from appointing a guardian with a view to providing more permanent protection under civil law to a child.
  - The proposal of the Draft Report of the EP's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs on the Dublin recast to delete the reference to the place where the minor first has lodged his or her application is to be approved.
  - The Commission's call for child protective measures to be taken at the hotspots, irrespective of whether children are applicants for international protection or not, is to be supported.
  - The proposal of the Draft Report of the EP's Committee on Legal Affairs on the Brussels IIA recast to amend its Art. 56 (which will become Art. 65.1 – see also Recital 50) in order to extend the application of the placement procedure to placements "with family members" is to be supported.

A preliminary issue that arises when dealing with migrant children, whether eligible for asylum or not, is to determine in which Member State (MS) their legal position should be assessed. This issue is dealt with both under the Dublin Regulation and the Brussels IIA Regulation. The two instruments envisage separate provisions, resulting sometimes in overlaps. The first Regulation considers the issue from the specific viewpoint of asylum seekers and covers minors' rights and protection throughout the asylum procedure; the second instrument covers all general acts of protection under civil law, such as taking into custody and appointing a guardian, but does not deal with any decisions on the right of asylum and migration. Although inserted in different contexts, the two sets of rules should be consistent with each other. Brussels IIA aims at governing all protective measures in relation to children. It should therefore be seen as an instrument of general application (1.1).

In order to find a better coordination between Brussels IIA and Dublin, the two Regulations will be examined separately hereinafter (1.1 to 1.3; 1.5). The law applicable to parental responsibility is determined in all MSs by the 1996 Hague Convention (1.4).

In the context of the current refugee crisis, it is important though not to oversee the group of migrant children – accompanied or not – who have not applied and/or do not qualify for protection (refugee or subsidiary protection status), or whose asylum claim has been rejected. This group of children includes children that come to Europe for economic reasons. Their protection is not linked to the CEAS and has to be considered specifically (1.6).

### **1.1. Brussels IIA Regulation as the general PIL tool**

Together with Brussels I Regulation, Brussels IIA Regulation is one of the two cornerstones of the European Judicial Area, a tool which should be examined first, not only because of its general scope of application in regard to children protection, but also because, over the years, it has been given a wide and far-reaching interpretation, in regard to both its material and personal scope of application.

First of all, Brussels IIA uses the term "**court**" when imposing State's obligations and divisions of tasks (such as for jurisdiction). However, this term covers a broader category than is apparent at first sight: it includes "all the authorities in the Member States with jurisdiction in the matters falling within the scope of this Regulation".<sup>7</sup> Therefore, any authority taking measures concerning parental responsibility over children is bound by the rules set out in the Regulation. In the Proposal for the Recast of Brussels IIA,<sup>8</sup> the Commission systematically replaced the word "court" by "authority" to make this clearer. This language poses difficulties with regard to issues such as seizing a "court" and *lis pendens*; therefore, the Commission might revert to the old ruling. Notwithstanding the wording the final text shall have, there is a common understanding that the notion of authorities covers a rather broad category.

In the second place, when looking at the scope of application of Brussels IIA (formally referring to "parental responsibility"), it is worth clarifying that **issues concerning migrant children, including unaccompanied children**, are actually encompassed by this legal instrument. Recital 10 makes an exception only for issues of immigration in the narrow sense, by stating that the Regulation "is not intended to apply to matters relating to [...] decisions on the right of asylum and on immigration". Specific mention of migrant children is made in Article 13(2), which establishes a ground for jurisdiction based on presence in case of refugee or internationally displaced children. Moreover, the CJEU has since long repeatedly made clear that the scope of this Regulation should be construed as referring to "all measures for the protection of minors", including the ones taken by public/administrative authorities<sup>9</sup>. Therefore, there is no doubt that Brussels IIA applies to the protection and representation of children, even in the context of migration and asylum.

In fact, the scope of Brussels IIA comes very close to the one of the 1996 Hague Convention, which is more clearly drafted in regard to "measures for the protection of children". The scope of application of the Regulation should be modelled on the Convention and its Explanatory Report: Article 4j excludes from the Convention "decisions on the right of asylum and on immigration". Paul Lagarde explained this exclusion in these terms: "These are decisions which derive from the sovereign power of States. Only decisions on these matters are excluded: in other words, the granting of asylum or of a residence permit. The protection and representation of children who are applying for asylum or for a residence

---

<sup>7</sup> Article 2(1) Brussels IIA.

<sup>8</sup> Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) of 30 June 2016, COM(2016) 411.

<sup>9</sup> Measures such as placing the child into childcare facilities or in an institution providing therapeutic and educational care, also when situated in a different Member State, and irrespective of the fact that they are taken by a judicial or an administrative authority undoubtedly fall within the Brussels IIA Regulation. See CJEU: case C-435/06, *C* of 27 November 2007 (ECLI:EU:C:2007:714); case *A* of 2 April 2009 (ECLI:EU:C:2009:225) and *Health Service Executive* of 26 April 2012 (ECLI:EU:C:2012:255).

permit fall, to the contrary, within the scope of the Convention”<sup>10</sup>. This justification is equally valid for Brussels IIA and should be clearly stated within the Regulation.<sup>11</sup>

## **1.2. Jurisdictional rules provided in the Brussels IIA Regulation and in the 1996 Hague Convention**

### ***1.2.1. Habitual residence***

It is well known that Brussels IIA (and the 1996 Hague Convention) adopts the criterion of **habitual residence** as the main connecting factor in all matters related to children. It is generally admitted that this criterion conveys the principle of the child’s best interests in procedural matters<sup>12</sup>, as it expresses the principle of proximity and efficiency, allowing for the “natural” court to hear the child, investigate efficiently the circumstances of the case and decide it promptly. It should also be recalled that in all cases affecting children, time is of the essence.

However, in regard to displaced children, this ground of jurisdiction can no longer be applied with reference to their home country, due to the fact that they had to leave their country. On the other hand, migrant children are in need of protection well before they acquire habitual residence in a new State, being especially vulnerable.

On the one hand, a refugee child that has just reached a MS cannot be considered as having a habitual residence there, because of the lack of the necessary stability the notion implies. On the other hand, courts have assumed a habitual residence, even before the asylum procedure was successfully completed, in cases where the child was determined to stay in the country and had remained there for about 6 or 8 months.<sup>13</sup> In Germany, for instance, in order to stretch the application of the Brussels IIA Regulation, authorities tend to interpret the child’s habitual residence quite generously, and when a child comes to Germany in order to remain there, German authorities often just assume that a habitual residence is established on the day of his/her arrival. However, in some cases this is not possible because it becomes clear that the child does not intend to stay in Germany for a longer period of time.

Even if one applies the notion of “habitual” residence in a very flexible manner, protective measures will often be necessary before a habitual residence is established in the MS (see 1.2.4 below).

### ***1.2.2. Presence***

Article 13(2) of Brussels IIA (and also Article 6 of the 1996 Hague Convention) admits the child’s presence as a basis of jurisdiction for all “displaced children”.

**Article 13(2)** thus provides a specific rule of international jurisdiction over displaced children and gives competence to the MS where the child is present in regard to “*refugee children*” or “*children internationally displaced because of disturbances occurring in their countries*”. The mere presence of the child on a State’s territory is thus considered a sufficient link to allow such State to assert jurisdiction, for example for the purpose of appointing a guardian (or a legal representative),

---

<sup>10</sup> Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, n° 36.

<sup>11</sup> The Recast proposal (COM(2016) 411) modifies Recital 10, and eliminates “decisions on the right of asylum and on immigration”. While this might be seen as a confirmation of the Regulation’s broad application, it does not provide the clarification that is needed and proposed here.

<sup>12</sup> Ruling A, EU:C:2009:225, points 31 et 35, and Mercredi, EU:C:2010:829, points 44 et 46. See also Recital 12.

<sup>13</sup> Oberlandesgericht Karlsruhe, 05.03.2012 - 18 UF 274/11 and 26.08.2015 - 18 UF 112/15; in both cases an unaccompanied minor was considered habitually resident after eight months.

conducting proper investigations into the child's situation and adopting appropriate measures for his/her protection<sup>14</sup>.

This provision is of extreme importance regarding asylum (international protection) claims: according to Article 6 of the Dublin III Regulation, a representative must be appointed for an unaccompanied child. This requirement may only be implemented if the State where the child is present has jurisdiction, albeit provisional, to appoint the guardian (representative) (also see below, 3.4.2).

The CJEU has had the opportunity of clarifying the importance of the criterion of "presence" in a case where the child had applied for asylum in various Member States (see 1.5.2. below).

Jurisdiction based on the child's presence implies **full jurisdiction**, as opposed to the competence aimed at issuing provisional and protective measures provided by Article 20 of the Brussels IIa Regulation (see 1.2.4 below). It should however be noticed that such jurisdiction is nonetheless **temporary**, as it will cease as soon as a stable solution for the child is arranged and he/she settles down and acquires a habitual residence somewhere.

The restriction to "refugee children" and "children who, due to disturbances occurring in their country, are internationally displaced" in Article 13(2) may at first glance seem problematic in the case of children who are not seeking asylum or whose claim for asylum has been rejected, including children who have come for economic reasons from third countries and even children who are EU nationals, as it is often the case, in particular with children from Romania and Bulgaria.<sup>15</sup> In our view, these terms in Article 13(2) should be understood broadly in the light of the Article's object and purpose. This provision is modelled on Article 6.1 of the 1996 Hague Convention – which has exactly the same wording.<sup>16</sup> The Explanatory Report of Article 6.1 recognises that not all children will seek asylum and the category is therefore not restricted to asylum seekers.<sup>17</sup> In our view this is a broad basis of jurisdiction that can provide protection also to children outside any formal procedures.

Some difficulties may occur when outlining the kind of "**disturbances**" that should be met for a child to be considered displaced under the present rule. On a textual construction, the rule would seem not to encompass children who were previously resident in countries where "disturbances" do not raise to the level of riots, civil war or severe discrimination on the grounds of race, sex, religious or other grounds. However, it is here suggested that the rule should be **interpreted extensively**, as it was clearly framed for the protection of all children, irrespective of the reason for which they are "on the move". Thus, the present rule should be construed so as to grant jurisdiction to the State where those children are, when they are not habitually resident in any EU MS, and are in need of legal protection because they lack their parent's or another adult's legal representation, where the latter are legally responsible for their protection. For children who are habitually resident in a MS, the system of mutual trust should be upheld. The jurisdiction remains in the MS where they are habitually resident and the emergency jurisdiction based on Article 20 is sufficient.

---

<sup>14</sup> E. Pataut, "Article 13" in U. Magnus and P. Mankowski (eds), *Brussels IIa* (2012, Munich, Sellier) p.161.

<sup>15</sup> See Terre des hommes, Mario project, [Position paper](#), 2015; Save the children, "[Young, invisible, enslaved](#)", 2016; B. Hurley, M. John-Baptiste, S. Pande, "[Free to Move, Invisible to Care](#)", 2015.

<sup>16</sup> Article 6 1996 Hague Convention reads "(1) For refugee children and children who, due to disturbances occurring in their country, are internationally displaced, the authorities of the Contracting State on the territory of which these children are present as a result of their displacement have the jurisdiction provided for in paragraph 1 of Article 5. (2) The provisions of the preceding paragraph also apply to children whose habitual residence cannot be established". See also E. Pataut, "Article 13" in U. Magnus and P. Mankowski (eds), *Brussels IIa* (2012, Munich, Sellier) p.161.

<sup>17</sup> P. Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention states at para 44: "They [the children] may indeed, for example, be led to apply for asylum..." This implies that they are not necessarily asylum seekers.

### **1.2.3.        *The residual application of national rules, an inappropriate solution***

The need for the suggested extensive interpretation is also based on the lack of an otherwise appropriate and uniform rule.

In regard to children whose habitual residence cannot be ascertained<sup>18</sup>, **Article 13(1)** Brussels IIA also gives competence to the State where the child is present. However, it is generally considered that this rule is **not applicable** to children who do have a habitual residence, even if this habitual residence lies outside the EU.<sup>19</sup> On a strict interpretation of the notion of "displaced children", the forum of the child's presence would therefore not be given in regard to children who a) do not claim to be refugees or are not displaced in the sense of Article 13(2), and b) whose residence is clearly outside the EU. This is quite relevant when looking at the data collected by the Commission which show that the large majority of unaccompanied children – mainly aged 16 and 17 – do not file an application for international protection.

In order to deal with such remaining cases (children whose residence is outside the EU, do not claim refugee status and are not considered to be displaced because of disturbances in their country), the Regulation provides for the **residual application of national rules (Brussels IIA, Article 14)**. This implies that each MS will unilaterally decide whether to exercise competence in regard to such child or not. It may well be that most MSs also provide for a *forum necessitatis* giving competence to their courts on the mere presence of a child on their territory.<sup>20</sup> However, if one of the specific aims of the EU is child protection, then this should be achieved through proper, clearly drafted, and autonomous rules, and not only by relying on national provisions. Therefore, eventually, the introduction of a European *forum necessitatis* should be considered.

The residual jurisdiction rule can only be used if the child is not habitually resident in a third-State party to the 1996 Hague Convention. If a child is habitually resident in such third-State, the Convention has to be respected first (which does not exclude, however, that provisional measures might be possible).

### **1.2.4.        *Grounds for provisional and protective measures in cases of urgency***

An additional ground for international jurisdiction is **Article 20** Brussels IIA. This rule allows a court, **in urgent cases**, to adopt **provisional, including protective, measures**. It covers migrant children as well as EU children on the move. The rule refers to measures that are envisaged by the *lex fori* (it does not provide for an autonomous ground for jurisdiction). This means that a court will have competence to take all measures provided under its internal law, in regard to the children who are present in that same State, including those children who do not qualify as "refugee children" or "internationally displaced children".

Although the ground of jurisdiction is the same as the one used by Article 13.2 Brussels IIA (i.e. mere presence), there is a substantial difference between the two. In fact, measures taken under this head of jurisdiction will cease their effects once the MS having full jurisdiction has taken the appropriate

---

<sup>18</sup> Such as a child who was just abandoned.

<sup>19</sup> E. Pataut, "Article 13" in U. Magnus and P. Mankowski (eds), Brussels IIA (2012, Munich, Sellier) p.160; Oberlandesgericht Koblenz, 14.02.2017 – 13 UF 32/17.

<sup>20</sup> For Belgium: Article 11 of the Code of Private International Law; For Italy: jurisdiction on voluntary matters (i.e. appointment of a guardian) is given in respect of all who are resident in Italy (and residence is ascertained very quickly) - Article 9 of Law n. 218/1995 (PIL Statute). For France: Jurisdiction depends on the domicile/habitual residence of the parents, the guardian or the institution taking care of the child, or of the child's own domicile/habitual residence (Art. 1181 and 1211 *Code de procédure civile*), but on a subsidiary basis, international jurisdiction can also be grounded on the necessity to avoid a denial of justice, provided that at least some kind of links with France exist. For Germany: If neither the 1996 Hague Child Protection Convention nor Art. 8 – 13 provide for a forum, § 99 FamFG (Family Procedure Code) will be applied (no published cases are available). § 99.I S 2 in particular knows *forum necessitates*.

measures. This rule may nonetheless turn to be very useful and especially appropriate when provisional measures of protection should be urgently taken in a State whose authorities do not have full competence to decide on the child's future, or when the existence of such competence is uncertain and requires further investigations. This may be the case for example of measures such as the appointment of a guardian, medical treatment or medical screening (for example for age assessment), that appear to be especially urgent and a pre-requisite for the child's future handling.

A major issue in practice lies in drawing a clear line between what is supposed to be provisional and therefore falls under Article 20 of the Regulation, and what is non-provisional and requires a ground for jurisdiction under Article 13 of the Regulation, with the effect that the measure must be recognized and enforced in other MSs<sup>21</sup>.

Where a child is habitually resident in a third-State Party to the 1996 Hague Convention, that Convention takes precedence over Brussels IIA. In practice this means that the jurisdiction still exists, but on a different basis (it then will be based on **Article 11 of the Convention**).

### **1.3. Management of proceedings: parallel proceedings and transfers**

#### ***1.3.1. Lis Pendens***

To file parallel proceedings before different States' courts is something to be avoided, as this may lead to irreconcilable decisions. Brussels IIA pursues this aim by giving competence to the court first seized and obliging the second one to decline jurisdiction in favour of the first one (Article 19).

The criterion of priority – although objective, logical and easy to apply in normal cases – may not be appropriate in regard to cases concerning minors. More precisely, if the paramount consideration is the child's best interest also in this context, it should be appropriate to always give competence to the court that is closer to the child, which could also be the court last seized. Indeed, in the asylum case C-648/11 (MA and Others v Secretary of State for the Home Department; see 1.5.2 below), the CJEU maintained that, in regard to the filing of multiple asylum applications in different States, the normal rule conferring responsibility on the authority first seized should be discarded in favour of the authority of the State where the child actually is. Physical presence becomes thus the new criterion to solve cases of multiple asylum applications under the CEAS. A similar rule could be envisaged in regard to *lis pendens* under Brussels IIA.

#### ***1.3.2. Transfer of a case to another State under the Brussels IIA Regulation / 1996 Hague Convention***

Both Brussels IIA (Article 15) and the 1996 Hague Convention (Articles 8 and 9) contain a specific rule on transfers of jurisdiction. It can be used when a court or authority has jurisdiction (for instance because this is the place of the child's habitual residence) but another court or authority might be better placed to hear the case. The transfer can be initiated by the court with jurisdiction or by the court wishing to take the case.<sup>22</sup> This mechanism can be used in cases where the child is habitually resident in a State party to the 1996 Hague Convention, e.g. Turkey, but is seeking asylum in another Contracting State, e.g. Finland.

---

<sup>21</sup> A delicate illustration is the new Art. 42a German Social Code VIII that came into force on 1<sup>st</sup> November 2015. This provides the youth welfare office (*Jugendamt*) with the competence to provisionally take into care all unaccompanied foreign minors, regardless of whether they have a habitual residence in another country or not. If the measures taken in this context are just provisional, one can argue that Germany has the right to do so under Art 20. In contrast, if the measures are not provisional, full jurisdiction has to be established under Art. 13 of the Regulation.

<sup>22</sup> Article 15 Brussels IIA specifies that one of the parties may take the initiative. This is not explicitly foreseen in the 1996 Hague Convention, but is not excluded. We will not discuss this issue further here.

When considering a transfer, the court must always take into account the child's best interests (Article 15(1) Brussels Ila; Article 8(4) and 9(1) 1996 Hague Convention).

#### **1.4. Applicable law: the 1996 Hague Convention**

Brussels Ila is silent on which law should be applied. This matter is left to the 1996 Hague Convention, which all EU Member States ratified. Besides EU Member States, the Convention is applicable in 18 other States.<sup>23</sup> The Convention determines the applicable law, irrespective of whether this is the law of a Contracting State or of another country.<sup>24</sup>

The Convention is simple and clear. It contains two main rules on applicable law.

##### ***1.4.1. General rule: forum law with some exceptions***

When a court or another authority is requested to take measures regarding the protection of a child, it applies its own law (Article 15(1)). This simplifies the competent authorities' work. Whenever they need to take measures, they can do so according to their own law. When the child's habitual residence moves to another State, the law of that State becomes applicable (Article 15(3)). Thus, should the child be brought (back) to another Contracting State to (re)join family members or relatives, he or she will enter a different legal system and its sphere of application.

There are, however, some exceptions to this general rule. An authority may exceptionally "apply or take into consideration" another law with which the situation has a substantial connection (Article 15(2))<sup>25</sup>.

##### ***1.4.2. Existence of parental responsibility by operation of law***

The question of whether someone has parental responsibility by operation of law or via an agreement is determined by the law of the child's habitual residence (Article 16(1) and (2)). This provision may cause difficulties in the case of displaced children. If a child is not accompanied by his parent(s), the authorities will have to apply the law of the habitual residence to determine who has parental responsibility over the child. It might be difficult and lengthy to find this law (see chapter 2, in "*Private international law in a context of increasing international mobility, challenges and potential*").

#### **1.5. Children who are claiming asylum – specific rules**

##### ***1.5.1. Overview of the CEAS rules applying to children - Present rules and Proposal for reform***

Unaccompanied children constitute a large percentage of applicants seeking international protection in the EU. In 2016, 63 300 unaccompanied minors lodged a claim for asylum in the EU. More than half of them were Afghans or Syrians.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> These are Albania, Armenia, Australia, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Georgia, Lesotho, Monaco, Montenegro, Morocco, Norway, the Russian Federation, Serbia, Switzerland, Turkey, Ukraine, and Uruguay. See the full status table of the Convention at <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

<sup>24</sup> Called "universal application" in private international law jargon.

<sup>25</sup> This provision may be useful in the case, for instance, where a court or authority seeks to protect the child by assuring the continuity of a factual situation. Perhaps authorities could even use this provision to create a *kafala* if that would be appropriate in the child's circumstances.

<sup>26</sup> Eurostat.

Many provisions and measures are already available in the CEAS for children who are seeking or are granted international protection. We will now proceed to verify if they are consistent and in coherence with PIL instruments.

The principle of the child's best interests has been explicitly embedded in the CEAS instruments and key provisions on unaccompanied children have been strengthened, guaranteeing *inter alia* the right to family reunification. Recital 13 of the Dublin Regulation refers to the child's best interests, just as Recitals 12 and 13 of Brussels IIa.

The Dublin Regulation establishes the criteria and mechanisms for determining which EU MS is responsible for examining an asylum application. The rules aim at ensuring quick access to asylum procedures and examination of an application in substance by a single, clearly determined MS. The country of arrival is, in most cases, identified as the one responsible for the asylum application. The proposal for a recast of the Dublin regulation<sup>27</sup> will introduce a corrective allocation mechanism (the fairness mechanism). An important point should be mentioned: the rules which designate the MS responsible are based on a mechanism which is very similar to private international law rules on child protection.<sup>28</sup> It aims at preventing "asylum shopping" and *lis pendens*. In concrete terms: if an asylum seeker files his/her application in a MS other than the country of arrival, that State transfers the applicant to the responsible MS without examining the application. The mechanism comes very close to the one used in PIL child abduction procedures, which is designed to send children back to the State where they were residing before being abducted. In both cases, one State has the responsibility for deciding. In the asylum procedure, however, this is rather done in the interest of the States than in the interest of the applicant.

Regarding applications made by **children**, the rules aim also at determining a single State responsible but **this determination is governed by the best interests principle**. Indeed Article 8 of the Dublin Regulation (Article 10 of the recast) focuses on the child's best interests, which must not be confused with State's interests. Therefore, if it is in the child's best interests, in case of unaccompanied children, the responsible MS shall be the one where an unaccompanied child's family member or sibling is legally present. Where the applicant is a married minor whose spouse is not legally present on the MS territory, the responsible MS shall be the MS where the father, mother or other adult responsible for the child or a sibling is legally present. If the child has a relative who is legally present in another MS and if it is established that the relative can take care of him or her, that MS shall unite the child with his or her relative and shall be the responsible MS (Art. 8.2). Where family members or relatives are scattered across MSs, "the MS responsible shall be decided on the basis of what is in the best interests of the unaccompanied minor". Finally, in the absence of any family member or relative, the MS responsible shall be the one where the unaccompanied minor (first) **lodged his or her application for international protection**, unless it is demonstrated that this is not in the child's best interests (Art. 8.4). It would be preferable to have this criterion replaced by the MS where the child lodged his or her application and is currently **present**, see the proposal in 1.5.2.

### **1.5.2.       Multiple asylum applications under the CEAS**

The Dublin Regulation does not contain any provision on *lis pendens*. This should not be seen as a loophole. Indeed, as previously seen, in principle, there is only one State responsible for the application. Even if two asylum applications have been lodged, the question is not which State has priority but which State is responsible. Nevertheless, in case of several applications, the determination of the responsible State is affected. This has been clearly highlighted in the case C-648/11 MA and

---

<sup>27</sup> COM(2016)270 final.

<sup>28</sup> See S. Corneloup, "Can PIL contribute to global migration governance?" in Muir Watt and Fernández Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, 2014.

Others.<sup>29</sup> In this case, the CJEU ruled that where an unaccompanied child, with no member of his family legally present in a MS territory, has lodged asylum applications in more than one MS, the MS in which that minor is *present*, once he has lodged an asylum application, is to be designated the "responsible Member State".

In other words, the MS responsible for examining children's asylum requests should be the one where the most recent application has been made, in order to avoid unnecessary movements. The recast proposal, while putting the child's best interests first, takes a different course. Article 10(5) and Recital 20 (Recast) provide that the MS responsible should be the one where the unaccompanied minor first has lodged his or her application for international protection<sup>30</sup>. This solution should "discourage" secondary movements of unaccompanied minors. But it is not satisfactory once such secondary movements have nonetheless occurred. **The Draft Report of the EP's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs on the Dublin recast, which proposes deleting the reference to the place where the minor first has lodged his or her application, is to be approved**<sup>31</sup>. The Parliament's Rapporteur suggests that the MS responsible shall be *determined by the MS in which the applicant is present*<sup>32</sup>. This approach implies to refer to the criterion based on the presence of the child, not directly for the determination of the MS responsible for the application, but for the determination of the MS *that will determine which MS is responsible* for the application. This proposal aims at avoiding secondary movements, which are problematic not only from the perspective of *asylum shopping*, but also from that of child trafficking, which is favored by such secondary movements. Thus, the Draft Report advocates for a compromise between the criterion merely based on the presence of the child, on the one hand, and the criterion based on the first application, on the other. If the objective of the Draft Report is perfectly convincing, one has nevertheless to be aware of the complexity of this solution, which would delay the treatment of the application and would imply in some cases the transfer of an unaccompanied child to another MS, though he/she has no relatives in that State. It is one thing to prevent secondary movements in the general interest and another to protect each individual child, already present in a MS, whose individual best interests have to be a primary consideration. Therefore, the presence criterion might finally be more convenient and in accordance with the child's best interests, as pointed out by the CJEU. In any case, Article 10(5) of the Commission's proposal should be amended, in order to break the link between the registration of an unaccompanied minor and the MS becoming responsible for the minor.

### 1.5.3. *Dublin transfers*

Under the Dublin Regulation (Art. 18), the "responsible" MS is obliged to take back the person applying for international protection present in another MS (the so-called Dublin transfers). Here again, the assessment of the child's best interests is of crucial importance. Following the well-known rulings M.S.S.<sup>33</sup> and N.S.<sup>34</sup> a large number of national court rulings have suspended transfers to other MSs

---

<sup>29</sup> CJEU, Judgment of 6 June 2013, MA and Others vs. Secretary of State for the Home Department, Case C-648/11.

<sup>30</sup> Whereas the Commission's 2014 proposal conferred the responsibility upon the MS where the minor lodged an application and is currently present: Com(2014) 382 final: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 604/2013 as regards determining the Member State responsible for examining the application for international protection of unaccompanied minors with no family member, sibling or relative legally present in a Member State.

<sup>31</sup> Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, [Draft report](#) on the Dublin regulation proposal (recast), Rapporteur: Ms. Cecilia Wikström MEP, Amendments 5 and 60.

<sup>32</sup> LIBE Draft report, prec. Amendment 60.

<sup>33</sup> ECtHR, *M.S.S. v Belgium & Greece*, Application no. 30696/09, Judgment of 21 January 2011 and *Tarakhel v. Switzerland*, Application no 29217/12, Judgment of 4 November 2014.

<sup>34</sup> CJEU, Joined Cases, C-411/10, C-493/10 N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M.E. and others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Judgment of 21 December 2011.

based on a risk of human rights violations in the responsible MS<sup>35</sup>. Moreover, the notion of the child's best interest has given rise to diverging interpretations and sometimes there is some mistrust among the MSs. This is not specific to migration issues. As the same difficulties have been discussed and thought through in the field of child abduction,<sup>36</sup> this question could also be resolved through the development of best practices and cooperation.

The Commission has established a list of means of proof of family/relational ties that can be used in the process of determining the responsible MS for examining the claim for international protection<sup>37</sup>. The Commission has listed the relevant family members or relatives: "father, mother, child, sibling, aunt, uncle, grandparent, adult responsible for a child, guardian". For them, evidence is needed to establish that the persons concerned are related. If this evidence is not available, a DNA or blood test can be asked for ("if necessary"). The Dublin Regulation provides some flexibility (Art. 22.5): if there is no formal proof, the requested MS shall acknowledge its responsibility when the circumstantial evidence is coherent, verifiable and sufficiently detailed to establish responsibility. This flexibility is of crucial importance because of the difficulties applicants for international protection often face in establishing family ties, such as parental ties (see below 3.2.2).

According to Art. 12(5) of the Implementing Regulation,<sup>38</sup> if several family members or relatives are present in another MS, the MS where the child is present shall cooperate with the relevant MS to determine the most appropriate person to whom the child is to be entrusted, and in particular to establish: (a) the strength of the family links between the child and the different persons identified on the territories of the MSs; (b) the capacity and availability of the persons concerned to take care of the child and (c) the child's best interests in each case. This provision fully complies with the search for the most appropriate jurisdiction, which is a key idea in PIL framework. Here again, the coherence between PIL and CEAS rules should be monitored. For instance, the role of the guardian in the Dublin transfers is unclear. Member States' practices diverge. Sometimes, the guardian escorts the child<sup>39</sup>. Sometimes the responsible MS authority comes and collects the child<sup>40</sup>. In order to enhance mutual trust and to ensure the child protection, harmonized rules have to be adopted (see below 3.4.2., Guardianship).

The current practice of Dublin transfers and their compliance/conformity with the child's best interests require further empirical research. The use of the specific provision in the Dublin Regulation, which makes transfers on humanitarian grounds possible, can be another apt illustration. Should an unaccompanied child apply for asylum in Belgium, a transfer of his or her family staying in a Greek refugee camp can be asked for. In case of a request for transfer according to Article 17.2 of the Dublin Regulation, the MS where an application for international protection is made and which carries out the process of determining the MS responsible, or the MS responsible, may, at any time before a first decision regarding the substance is taken, request another MS to take charge of the applicant in order **to bring together any family relations, on humanitarian grounds**, even where that other MS is not responsible. These requests are based on "humanitarian grounds" and give MS authorities the discretionary power to accept or deny the request for transfer. In case the request is denied, it is not

---

<sup>35</sup> See for example, UK upper tribunal 124 (IAC), 12 April 2017: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/uk-r-application-rsm-and-another-v-secretary-state-home-department-2017-ukut-124-iac-12#content>

<sup>36</sup> See the case law evolution after the well-known Neulinger ruling. Beaumont, P.; Trimmings, K.; Walker, L. and Holliday, J., Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 64, Issue 01, January 2015, pp. 39-63.

<sup>37</sup> See Commission implementing Regulation (EU) No 118/2014 of 30 January 2014, Annex II.

<sup>38</sup> Regulation (EC) No 1560/2003 as amended by Commission Implementing Regulation (EU) No 118/2014.

<sup>39</sup> Example given by Nidos during the side event on guardianship for unaccompanied minor with took place in the 10th European Forum on the rights of the child (Brussels, November 2016); [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=34456](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=34456)

<sup>40</sup> For instance, some officers from the UK border agency have collected some children in Calais (France).

clear how the child concerned or his or her representative can challenge this decision. As of today, it is not clear whether these humanitarian Dublin transfers always serve the child's best interests.

#### **1.5.4. *Relocation under the CEAS***

In September 2015, following the publication of the European Agenda on Migration in May 2015, the Council adopted decisions to relocate 160,000 people from Greece, Italy and other MSs directly affected by the refugee crisis within two years. Priority should be given to the relocation of vulnerable persons, including unaccompanied children, provided that a previous assessment of the child's best interests has been made. The Commission regularly calls upon MSs to relocate unaccompanied minors: "Member States should devote particular attention to the needs of unaccompanied minors when carrying out relocation."<sup>41</sup> In fact, after disembarkation, first assistance, first identification and provision of information, children are referred to competent national authorities for the purpose of taking measures of protection (e.g. appointment of a guardian, transfer to dedicated reception facilities etc.) but that often occurs at the end of the process. Despite political initiatives, authorities are still failing to relocate children from overcrowded reception centres in Italy and Greece.

**In practice, relocation does not currently work at all in relation to children.** The help given to national authorities in Greece and Italy<sup>42</sup> is not sufficient: those authorities have to establish whether it is in the child's best interests to be relocated in another MS in the framework of the relocation procedure. This process needs time and resources particularly for family tracing, but the authority of the MS where the child is present (Greece, Italy) is generally overworked. **The question is then whether the assessment of the child's best interests could not be done by another MS.** This would suppose some cooperation among MS authorities (see 2.4 below) and would be a derogation from the general rule under Brussels IIa. This derogation, however, is founded on the child's best interests and also on the idea of solidarity, which is the basis of the relocation process.

### **1.6. Children who are not claiming asylum**

#### **1.6.1. *Children present in the EU in need of protection***

Some foreign and migrant children do not belong to the category of people seeking refuge from persecution and conflict in their home countries. Their move to, or within, Europe is mainly motivated by economic or climatic reasons, and it is important not to overlook them in the context of the current refugee crisis. This category includes unaccompanied **children who have not applied and/or do not qualify for such protection**. They can be either EU nationals outside their MS of habitual residence, e.g. Roma children from Bulgaria,<sup>43</sup> or third-country nationals, e.g. certain children from Balkan or African countries,<sup>44</sup> who are sometimes sent by their families to Europe. **Children whose application for international protection was rejected** should also be included here. They have passed the asylum seeking process, have been identified, but have not obtained international protection status under the CEAS. Nevertheless they may need, and are entitled, to protection under civil law.

Even though the Return Directive (Directive n° 2008/115/EC) does not prohibit in general the return and removal of unaccompanied children who come from third countries (Art. 10),<sup>45</sup> children are excluded from forcible return in several MSs under national law as long as they are minors, i.e. return

---

<sup>41</sup> Communication (10 February 2016) on the State of Play of Implementation of the Priority Actions under the European Agenda on Migration COM(2016) 85 final.

<sup>42</sup> EASO, Practical Guidance Tool on Best Interests Assessment for the Purpose of Relocation.

<sup>43</sup> See footnote 16.

<sup>44</sup> The Save the children report (see footnote 16) mentions, for instance, Egyptian children sent to Europe to work so they can send money back home to their families.

<sup>45</sup> See also the paragraph 13 of the Return Recommendation of 7 March 2017 (COM(2017) 1600 final).

decisions cannot be taken and removal measures cannot be enforced against minors<sup>46</sup>. Therefore, measures of protection under civil law have to be taken in the MS where the child is present, and PIL plays an important role here.

If return is possible under a Member State's national law, Art. 10 of the Return Directive provides guarantees to be observed before deciding to issue such a return decision and, if return is decided, before removing the child from the territory. These guarantees include assistance by appropriate bodies other than the authorities enforcing the return, with due consideration being given to the child's best interests (Art. 10.1) and the assurance that the child will be returned to a family member, a nominated guardian or adequate reception facilities in the third State of return (Art. 10.2)<sup>47</sup>. These migration law requirements bring PIL into play also with regard to the return procedure.

### **1.6.2. Protection to be provided by the competent authorities in the EU**

Member States' authorities must be aware of their jurisdiction to take measures of protection for unaccompanied children who are present in their territory and who do not qualify for asylum or subsidiary protection. As explained above (see 1.2.), even in case the child cannot be considered to have his or her habitual residence in the MS where he or she is present, authorities of that State have either full jurisdiction, in all matters related to parental responsibility, based on the criterion of the child's mere presence, or at least in cases of urgency, jurisdiction to take provisional measures until a stable solution for the child is found. When exercising their jurisdiction, the competent court or authority applies its own law (see 1.4. above).

In order for the Member State's authorities to be able to take protective measures, **it is of crucial importance that the children concerned can be identified and registered as soon as possible**. The Commission's call for child protective measures at the hotspots, irrespective of whether children are applicants for international protection or not, is to be supported<sup>48</sup>. Once a child in need for protection is registered, a legal guardian should be appointed as soon as possible.

If the child is accompanied by a family member, such as a sibling, uncle/aunt, or grandparent, or by an unrelated adult, while his or her parents stay in the country of origin (so-called **separated children**), the legislative framework applicable to unaccompanied children applies, but particularities exist. It must be established whether a family link between the child and the accompanying adult exists. The recognition of foreign civil status documents and the lack of (reliable) documents raise major difficulties in this respect (see 1.2.1 in "Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential"); moreover, in case of married minors, it is highly debated whether child marriages celebrated in the country of origin are to be recognized, with potential consequences on the taking of measures related to child protection (see 1.2.2.2 in "Private international law in a context of increasing international mobility ..."). It is also necessary to assess whether the adult is able to take care of the child. If he or she is abusive, a smuggler/trafficker or is unable to effectively take care of the child, a separation is needed. In contrast, if he or she is able and willing to take care of the child, the accompanying adult might be appointed as a guardian so that they can be accommodated together.

---

<sup>46</sup> See for instance Art. L. 511-4, 1° of the French Code for Entry and Residence of Foreigners and the Right of Asylum (CESEDA). In Belgium the unaccompanied child will not receive an order to leave the Belgian territory (as adults do), but a 'removal order' (*bevel tot terugleiding*), see Art. 61/18 of the Belgian Immigration Act of 15 December 1980 on entry, stay, establishment and removal of foreigners.

<sup>47</sup> The Commission recommends that targeted reintegration policies for unaccompanied children be put in place. This requires cooperation with countries of origin (see 2.1 below).

<sup>48</sup> Communication, *The protection of children in migration*, 12.4.2017 COM(2017) 211 final, p. 6.

### **1.6.3. Search for a durable solution outside the country of origin**

The protection of children who do not claim or qualify for asylum requires durable solutions. Such solutions may first be found in a country other than the country of origin (for solutions in the country of origin, see 1.6.4 below).

If contacts with the child's relatives have been lost, the assessment of the child's best interests first requires measures of **family tracing**. For children holding the nationality of, or habitually resident in, a MS or a Contracting State of the 1996 Hague Convention, or whose family is spread across the EU, information on the situation of the child's family can often be gathered by Central Authorities (CAs) through PIL cooperation mechanisms (see 2. below; and 1.4 in "Private international law in a context of increasing international mobility..."). The example of **France** shows that CAs operating under Brussels IIA and the 1996 Hague Convention are becoming increasingly involved (see 3.5.3 below)<sup>49</sup>. In this respect, a better cooperation with other bodies involved in family tracing, especially with the Red Cross, which is specialized in this field and has a worldwide network, is to be promoted.

Once the child's family circumstances have been assessed, a first alternative is to provide a **durable solution in the MS where the child is present** (placement with a foster family or in institutional care). All measures of protection available under national law are to be considered.

However, it may also be in the child's best interests to **be placed in another State**. In practice, the need for protection is often raised at a moment when the child is still on the move and does not intend to stay in the MS where he or she currently is, but rather tries to reach another MS. The majority of cases take place in Italy (e.g. children in Sicily who want to cross the EU to join family members in Sweden), but also elsewhere (e.g. children in the Calais migration camp who want to reach relatives in the UK)<sup>50</sup>.

Whereas relocation and resettlement programmes only apply to children claiming asylum, Brussels IIA may provide tools for the placement of children in another MS (the 1996 Hague Convention applies to placements in non-EU Contracting States; see Art. 33). Indeed, Article 56 organizes a cooperation mechanism via CAs, based on a request made by the authority having jurisdiction under the regulation and the consent to be given by the competent authority of the MS where the child is to be placed. However, such placements require coordination according to the child's migratory status and distinctions are to be made between different situations. For instance:

- (i) If the child qualifies for family reunification under Directive n° 2003/86/EC, which presupposes that the child's father or mother holds a residence permit in another MS, protection is provided through family reunification.
- (ii) If the father or the mother stays illegally in another MS, neither family reunification, nor the cross-border placement procedure under Brussels IIA applies, because reunification with parents is not a "placement". If the family is not claiming asylum, there is no legal procedure allowing the child to be reunited with his or her parents. The child's best interest faces a legal gap, and the child risks to be left in limbo as to his or her legal status.
- (iii) If relatives other than the parents legally stay in another MS, the cross-border placement procedure does not apply either, as it is limited to placements with foster families<sup>51</sup> or in

<sup>49</sup> In other MS, e.g. Belgium, the Central Authority has had very few cases where it had to help with the tracing of family members, and these cases only concerned children claiming asylum. In Italy, the Central Authority for Brussels IIA was never requested in this area.

<sup>50</sup> A significant number of unaccompanied children leave the Italian reception centers and go missing: R. Raffaelli, *Background Information for the LIBE Delegation on Migration and Asylum in Italy - April 2017*, p. 21.

<sup>51</sup> However, in some countries like Belgium, relatives may become foster families.

institutional care. However, the **Draft report of the EP's Committee on Legal Affairs proposes to extend the application of the procedure to placements “with family members”** (amendment 23)<sup>52</sup>. This would significantly improve the current legal framework; therefore the proposed amendment is resolutely to be supported. Such modification would allow for instance an Italian authority to contemplate a placement of a child, currently in a reception centre in Sicily, with an aunt living in Sweden.

Cooperation between the authorities of the two MSs involved would take place under Brussels IIa, the operation of which will be improved if the recast proposals are accepted. Attention must however be paid to the child’s migratory status. During the cooperation process, it is to be ensured that the entry and residence of the child will be authorized, which requires coordination with the immigration authorities of the State of destination.

For further developments on cooperation mechanisms under civil law, see below 2.1. on cooperation with third States, and 2.2. on cooperation among MS.

If the child is an **EU national** outside his or her country of origin, specific rules for EU citizens apply, whereas child protection under civil law is entirely governed by Brussels IIa.

#### **1.6.4.           *Search for protection in case of return***

If the individual assessment of the child’s best interest, carried out in a multi-disciplinary approach with due involvement of the child and the child’s guardian, comes to the conclusion that return to the country of origin and reunification with the family is in his or her best interest, PIL cooperation mechanisms should be used (see below 2.1. for detail), and their use should be further promoted and developed. PIL cooperation channels should ensure that the return takes place under safe conditions and that the child will actually be returned to a family member, a nominated guardian or adequate reception facilities. Protective measures are needed to allow a transition without disruption between the guardian appointed in the MS and the responsible adult in the State of origin (see 3. below).

---

<sup>52</sup> Committee on Legal Affairs, [Draft Report](#) on the proposal for a Council regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Rapporteur Mr Tadeusz Zwiefka MEP.

## **2. CROSS-BORDER COOPERATION MECHANISMS, ESPECIALLY TO PROTECT UNACCOMPANIED CHILDREN**

### **KEY FINDINGS**

- Central Authorities (CAs) in MSs should use the available mechanisms of the 1996 Hague Convention to cooperate with third States in order to take measures protecting unaccompanied minors.
- Smooth, prompt, and effective communication and cooperation between Central Authorities and courts, and public and private child protection agencies in the State is vital.
- The EU should urgently identify those third States with which cooperation regarding migrant, and in particular unaccompanied, children is necessary and possible, encourage them to join the 1996 Hague Convention, and provide assistance, where needed, to implement the convention.
- The Commission's proposals on Brussels IIa Recast specifying areas of cooperation between Central Authorities should be strongly supported.
- The EU should examine the practical operation of the European Judicial Network (EJN) with a particular eye on migrant, in particular unaccompanied, children.
- The EU should explore whether and how the 'DubliNet' cooperation channel could be aligned with the network of Central Authorities.
- With regard specifically to relocation of unaccompanied children, continuous legal representation of the child - during the whole relocation process between MSs – should be guaranteed.
- A series of pilot gatherings of CAs and CEAS authorities would be useful to further explore how cooperation between the "two worlds" of child protection can be improved.

Cross-border cooperation is crucial in order to protect children on the move. This applies to all migrant children, but in particular to those who are unaccompanied as they depend for their protection essentially on measures taken by State authorities.

### **2.1. Cooperation with third States in the field of child protection under civil law**

Where a migrant child from a third State (i.e. a child who has his or her habitual residence in a non-EU State) arrives or is present in a MS, cooperation may be needed with the authorities from that, or another (e.g. transit), third State, e.g., in order to:

- obtain information on the child's background;
- see if family members can be located;
- in the case of a child who claims international protection, determine whether the departure of the child from the State of his or her habitual residence resulted from an international displacement or refugee situation<sup>53</sup>;
- where appropriate, assist in transferring court jurisdiction or arranging corresponding protection in another State<sup>54</sup>;
- place children in a foster family or institutional care, or otherwise provide care in another State where this requires administrative cooperation<sup>55</sup>;

---

<sup>53</sup> NB. A child protection measure taken under Article 6 of the 1996 Hague Child Protection Convention remains in force even if it is established that the departure did not result from an international displacement, until it is replaced in accordance with Art. 14.

<sup>54</sup> 1996 Convention, Arts. 31, 8, 9.

<sup>55</sup> Idem, Arts. 33, 34.

- ensure the safe return of the child, e.g. if it is found that the child is not entitled to international protection and the child's return is ordered in conformity with the law<sup>56</sup>.

Obviously, such cooperation with third States cannot be established through EU instruments, such as Brussels IIa, since EU Regulations can only provide for cooperation among EU Members. Cooperation with third States therefore necessarily requires cooperative arrangements with such States.

The principal global instrument governing cross-border protection of children under civil law is the 1996 Hague Child Protection Convention. It provides the nuts and bolts so as to give effect to the broad principles and rules of the quasi universally ratified 1989 UN Convention on the Rights of the Child in cross-border situations<sup>57</sup>.

The 1996 Hague Convention excludes from its scope "decisions on the right of asylum and on immigration"<sup>58</sup>, i.e. decisions on whether asylum or a residence permit will be granted or denied. But, as explained above (Chapter 1.1.), ***measures regarding the protection and/or representation of a child applying for a residence permit or asylum fall within its scope.***

The Convention establishes, in its Chapter V, a practical machinery for cross-border cooperation, mainly through Central Authorities to be designated by each Contracting State. The main functions of CAs are to facilitate communication and cooperation between the competent authorities in their respective States, and to transmit requests and information to other CAs, including in situations such as those described above.

All 28 EU MSs are bound by the 1996 Hague Convention. At this point, 18 more States have joined the Convention<sup>59</sup>. Its importance in relation to migrant children from third countries has been recognised by the EU, notably when, in the context of the visa liberalization process, the EU urged Turkey to join the 1996 Convention<sup>60</sup>. Turkey indeed ratified the Convention in October 2016, which hence came into effect between Turkey and all EU MSs on 1 February 2017. Other third States from which migrant children frequently arrive in the EU are also bound by the Convention, including Albania and Morocco.

In situations involving third States bound by the 1996 Hague Convention, the treaty enables EU MSs to cooperate with such States regarding the aforementioned child protection issues; the Convention also provides for the legal infrastructure to resolve issues of jurisdiction of courts, of applicable law, and concerning the recognition and enforcement of decisions<sup>61</sup>.

However, ***a number of third States from which children frequently arrive in the EU are not bound by the 1996 Convention yet.*** In these cases the machinery and infrastructure for cross-border cooperation

<sup>56</sup> In France and Italy, for example, unaccompanied children cannot be expelled or otherwise forced to leave the country. But the child may agree to return to his or her State of origin, and then Central Authority cooperation is obviously needed to ensure the safety of the return.

<sup>57</sup> For example, to Arts. 9 and 10 on personal relations and contact between parents and children; Art. 12 on the child's opinion; Art. 18 on parental responsibilities; Art. 19 on protection from abuse; Art. 20 on protection of children without families; Art. 22 on refugees; Art. 35 on child trafficking.

<sup>58</sup> Art. 4 j.

<sup>59</sup> Albania, Armenia, Australia, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Georgia, Lesotho, Monaco, Montenegro, Morocco, Norway, Russia, Serbia, Switzerland, Turkey, Ukraine and Uruguay. The Convention has been signed, but not yet ratified, by Argentina, Canada and the United States. See the full status table of the Convention at <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

<sup>60</sup> Second Report from the Commission on progress by Turkey in fulfilling the requirements of its visa liberalisation roadmap, 4 March 2016, COM(2016) 140 final, p. 9.

<sup>61</sup> From an EU perspective, the Special Commission of the Hague Conference that has been scheduled from 10-17 October 2017, to review the practical operation of both the 1980 Child Abduction and the 1996 Child Protection Convention will offer an important opportunity to examine the effectiveness of the operation of the 1996 Convention in relation to relevant third States.

are usually not, or only partially, available. This is why the institutions of the EU and the MSs have been urged:

***"to take initiatives with a view to ... promoting the universal ratification of ... the Hague Convention on Protection of Children (1996)"***<sup>62</sup>.

Of course, such initiatives should be realistic, and focus first on countries which have the potential, possibly with some assistance from the EU, to implement and operate the Convention satisfactorily. The practical importance of the 1996 Hague Convention in relation to migrant children, especially unaccompanied children, from third States, cannot be overstated.

## **2.2. Cooperation among EU Member States in the field of child protection under civil law**

The principal instrument enabling EU Member States to cooperate among themselves for the protection of children under civil law is the Brussels IIA Regulation<sup>63</sup>. Like the 1996 Hague Convention, the Regulation does not apply to decisions on the right to asylum or on immigration<sup>64</sup>. However, as already explained, and as in the case of the 1996 Hague Convention, measures regarding the protection and/or representation of a child applying for a residence permit or asylum fall within the material scope of the Regulation (Article 13 - Article 11 in the Commission's proposal of 30 June 2016 for a recast of the Regulation<sup>65</sup>). However, no particular attention is given in the Proposal to migrant children. Indeed, since neither the Regulation, nor the Commission's recast proposal pay much specific attention to issues regarding migrant children, whether or not applying or qualifying for international protection, we have recommended that the EU pays particular attention to unaccompanied children in the context of the revision of Brussels IIA (see above, Chapter 1, Key Findings).

Chapter IV of the Regulation, "Cooperation between Central Authorities in Matters of Parental Responsibility", requires MSs to designate such authorities, whose task is "to communicate information on national laws and procedures and take measures to improve the application of [the] Regulation and strengthening their cooperation"<sup>66</sup>. In theory, these broad general functions are wide enough to enable MS Central Authorities to cooperate effectively in relation also to migrant children. For example, as already mentioned above (see 1.6.3), it may well be that the procedure for the placement of a child in another MS (Art 56, recast 65) could be used to arrange care for unaccompanied migrant children with persons who are not the child's immediate family members (thus also reducing the risk of secondary movements).

However, the provisions of Chapter IV are cast in very general terms. They are considerably less detailed than the cooperation provisions of the 1996 Hague Convention, which (while remaining applicable to children whose habitual residence is in a third Contracting State) are set aside and replaced by those of the Regulation for children having their habitual residence in a MS.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Declaration on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union, adopted by the European Group for Private International Law at its Twenty-fifth meeting held in Luxembourg, 18-20 September 2015, <http://www.gedip-egpl.eu/documents/gedip-documents-25bis.htm>.

<sup>63</sup> It should be noted that Denmark is not bound by Brussels IIA. Child protection issues between Denmark and all other EU Member States are governed by the 1996 Convention. If Brexit becomes a reality, a similar situation might arise in the relations between the UK and the remaining EU Member States.

<sup>64</sup> Recital (10), cf. Chapter 1.1 above.

<sup>65</sup> <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-411-EN-F1-1.PDF>

<sup>66</sup> Art. 54.

<sup>67</sup> Art. 61.

In practice, the generally formulated cooperation tasks of the CAs have proven not to be sufficiently effective, and the Commission's proposal for a recast of the Regulation proposes to introduce more detailed provisions on cooperation, in line with those of the 1996 Hague Convention, noting that:

*"The cooperation between Central Authorities in specific cases on parental responsibility, contained in Article 55, is essential to support effectively parents and children involved in cross-border proceedings relating to child matters. A problem observed by all stakeholders, including Member States, is the unclear drafting of the article setting out the assistance to be provided by Central Authorities in specific cases on parental responsibility. This has led to delays which were detrimental to children's best interests. According to the results of the consultation, the article does not constitute a sufficient legal basis for national authorities in some Member States to take action because their national law would require a more explicit autonomous legal basis in the Regulation"*<sup>68</sup>.

Of particular importance for the purpose of better protecting migrant children, including unaccompanied children, are – in addition to the crucial provision on adequate resourcing and staffing of CAs<sup>69</sup> – the proposed Articles 63 on Cooperation in specific cases relating to parental responsibility, Article 64 on Cooperation on collecting and exchanging information, and Article 65 on Placement of a child in another MS.

More detailed cooperation provisions in Brussels IIA would be of great practical significance in the context of migration of children, and unaccompanied children in particular. Relevant provisions include those on:

- Exchanging information on the migrant child's situation (Article 64);
- Reporting on pending procedures concerning the child, including asylum procedures (Article 64);
- Reporting on decisions taken concerning the child, including the granting or denial of the right of asylum and residence permits (Article 64);
- Requesting a Member State's competent authority to take measures for the protection of the child, including the designation of a guardian (Article 64); this could be helpful e.g. in advance of a placement decision or a Dublin transfer;
- Gathering information or evidence, and making a finding, on the suitability of a person residing in a MS to exercise access to a child who is habitually resident in another MS, and on the conditions under which access should be exercised (Article 64);
- Resolving any parental disputes, including through agreed solutions by mediation or other means (Article 63);
- The placement of children in alternative care across frontiers, e.g. under fostering or other long-term arrangement falling short of adoption (Article 65).<sup>70</sup>

***The Commission proposals in this regard should be strongly supported.***

### **2.3. Coordination, cooperative arrangements and networks in the field of child protection under civil law**

Generally speaking, coordination of the 1996 Hague Convention and Brussels IIA cooperation provisions does not pose problems. They complement each other, and the Central Authorities designated by EU MSs under the 1996 Hague Convention are generally the same as those designated

---

<sup>68</sup> P.5 of the Brussels IIA [Recast proposal](#).

<sup>69</sup> Art. 61 Brussels IIA Recast Proposal.

<sup>70</sup> For the placement abroad of a (migrant) child under (either full or simple) adoption, the 1993 Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption provides the cooperative framework.

under Brussels IIa<sup>71</sup>. If a child arrives in Greece from Turkey, and then moves on to Germany, the 1996 and Brussels IIa CA networks provide, at least in theory, an integrated legal basis for communication and cooperation among the authorities of the three States involved. In practice, however, sizeable disparities exist among CAs in the way they are organised, staffed and actually operate. Our interviews with CAs (and the Red Cross) have confirmed that currently, the available instruments are used only very rarely in the specific context of migrant children. Moreover, the interview with the Belgian Red Cross revealed that it did not even know of the existence of the 1996 Hague Convention. However, CAs are expecting to be more frequently involved in the coming months. One reason for this is the fact that child abduction cases in the context of migration are becoming an increasing issue, as the interview with the Dutch CA revealed. For instance, one case concerned a migrant father in the Netherlands who requested family reunification with the mother and the child, who had meanwhile left their country of origin for another EU MS. As the mother refused to be reunited with the father, the father claimed wrongful retention by the mother.<sup>72</sup>

The need for cooperation is not limited to cooperation between CAs. Firstly, one of the tasks of each CA, both under the 1996 Hague Convention and under Brussels IIa, is to promote *internal* cooperation in each State. The 1996 Hague Convention provides this<sup>73</sup>; Brussels IIa should be understood in a similar way<sup>74</sup>. Smooth, prompt, and effective communication and cooperation between the CAs and the courts, and public and private child protection agencies in the State is vital. In children's lives, in particular the most vulnerable ones', meaning unaccompanied children, time is of the essence.

Secondly, not only is there, in the field of protection of children under civil law, a transnational CA (administrative) network, but there are also networks of judges, in particular the European Judicial Network (EJN) and the International Hague Judicial Network (IHJN). Smooth, rapid and effective cooperation between the actors of these networks is, again, vital. In practice, this is not always the case, and the actors of the two judicial networks in EU MSs are not (necessarily) the same. ***The European Union should examine the practical operation of the EJN with a particular eye on migrant, in particular unaccompanied, children.***

Thirdly, where they do not exist yet, permanent links should be established between CAs and non-governmental organisations in the field of child protection, such as the International Social Service (ISS)<sup>75</sup>, Terre des Hommes (IFTDH)<sup>76</sup>, the International Foster Care Organisation (IFCO)<sup>77</sup>, and the International Guardianship Network (IGN)<sup>78</sup>.

## **2.4. Coordination and cooperation between Central Authorities and other authorities operating in the field of child protection under civil law, and migration and asylum authorities**

Currently, the arrangements and networks of CAs, and other authorities and bodies operating in the field of protection of children under civil law (e.g. youth welfare offices), and those of the authorities

---

<sup>71</sup> In Italy, however, different CA's have been designated for Brussels IIa and for the 1996 Convention.

<sup>72</sup> In another case, one parent applied for the return of the child, while the other (taking) parent applied for asylum in the Netherlands together with the child. In a third case, the Central Authority, on behalf of the migrant mother in the Netherlands, applied for return of father and child from another EU Member State. When return proceedings were presented to court in this Member State however, father and child had left for their country of origin.

<sup>73</sup> Art. 29 (1), see also Art. 30: "...directly or through public authorities or other bodies...".

<sup>74</sup> Cf. the reference in Art. 54 to the use by Central Authorities of the European Judicial Network, and Art. 55 "...acting directly or through public authorities or other bodies...".

<sup>75</sup> <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/>

<sup>76</sup> <http://www.terredeshommes.org/>

<sup>77</sup> <http://www.ifco.info/>

<sup>78</sup> <http://www.international-guardianship.com/>

operating under the Common European Asylum System<sup>79</sup> are, it seems, functioning largely in parallel universes<sup>80</sup>.

With reference to the revision of Brussels IIa, it has been noted:

*"Considering the many issues relating to (unaccompanied) children seeking international protection under the CEAS, **cooperation between CEAS authorities and the network of Central Authorities under the Regulation is needed**, so that Central Authorities would, where necessary, follow up on the activity of the CEAS authorities, and vice versa. While Articles 63 and 64 are broad enough to permit such cooperation, a specific reference to the necessity to cooperation between Central Authorities and CEAS national authorities should be made in Article 63 (3), and a specific reference to such cooperation should be included in the Recitals"*<sup>81</sup>.

One major issue encountered in several MSs is the lack of cooperation between asylum authorities, which are responsible for the decisions on the right to asylum and on immigration, and authorities in charge of child protection under civil law. Ideally, the civil law children's welfare bodies should assume a leading role, with the CEAS authorities following their decisions. For example, in Germany, the youth welfare office's decision as to age assessment, identity, and guardianship should be accepted by the asylum authorities (in practice, this works better in some Lander, e.g. Bavaria, than in others). There is an urgent need to promote and improve cooperation between the two systems of child protection.

Under the CEAS, the exchange of information is precisely defined. National asylum authorities use the electronic communication network 'DubliNet' for the exchange of relevant information in order to determine the responsible MS and before a Dublin transfer is carried out. The 'DubliNet' was set-up under Art. 18 of Regulation (EC) No 1560/2003 and constitutes a frequently used tool for administrative cooperation under the CEAS<sup>82</sup>. During our interviews with Central Authorities, the DubliNet was never mentioned. No interaction seems to exist so far with PIL cooperation mechanisms.

**The EU should explore whether and how the 'DubliNet' cooperation channel could be aligned with the CA network.**

In the specific context of asylum, interviews with national authorities revealed that difficulties currently occur with respect to migrant children's **relocation**, for instance from Greece and Italy to other MSs. In practice, relocation does not work well for unaccompanied children.

In order to improve the current legal framework, **continuous legal representation of the child – during the whole relocation process between MSs – should be guaranteed**. CAs could play a role in this respect, in order to coordinate the activities of the guardian appointed for the time the child is in a reception centre, e.g. in Greece or Italy, with the guardian appointed in the MS of relocation.

However, some of the interviewed authorities expressed the view that efficiency requires the different authorities' respective roles to be clearly defined, and that, in the context of relocation, priority should be given to the authorities in charge of asylum. If asylum provisions are well conceived, it might not be

---

<sup>79</sup> Consisting of the Asylum Procedures Directive, the Reception Conditions Directive, the Qualification Directive, the Dublin Regulation and the EURODAC Regulation, all of which are currently under revision.

<sup>80</sup> There are exceptions to the rule. Apparently, in the Czech Republic the Central Authority under the 1996 Convention and Brussels IIa is also competent to take decisions on the right of asylum and residence permits.

<sup>81</sup> *Resolution on the Commission Proposal for a recast of the Brussels II a Regulation, concerning parental responsibility and child abduction*, adopted by the European Group for Private International Law at its Twenty-six meeting held in Milan, 16-18 September 2016.

<sup>82</sup> Commission Implementing Regulation (EC) No 1560/2003 of 2 September 2003, amended by Commission Regulation (EU) No 118/2014 of 30 January 2014.

necessary to have CAs intervene. Specifically, a clear cooperation mechanism between national asylum authorities under the CEAS should be defined. It could be modelled on the equivalent provisions of Brussels IIa. As asylum authorities in Greece and Italy are overburdened, the following procedure could be suggested: the asylum authorities of the MS where the child is present could take a provisional measure in which they determine the MS of relocation and transfer the file to the asylum authority of that State. The latter would then assess whether such relocation is in the child's best interest. In so doing, it should cooperate with the authorities operating in the field of child protection under civil law, so that the necessary measures of protection can be initiated and the transfer of the child can be accompanied at an operational level. If the relocation is not in the child's best interest, the asylum authority of the requested State should indicate which MS might be better suited for relocation and inform the asylum authorities of both the MS where the child is present and those of the better suited MS.

***Finally, a series of pilot gatherings of CAs and CEAS authorities would be useful to further explore how cooperation between the “two worlds” of child protection might be improved.***

### **3. CROSS-CUTTING ISSUES RELEVANT TO ALL MIGRANT CHILDREN, ESPECIALLY UNACCOMPANIED CHILDREN**

#### **KEY FINDINGS**

- EU MSs should adopt a lenient approach in the child's best interests to the recognition of parent-child relationships established abroad (in particular in third States), and the determination of the applicable law to parentage in such cases. The use of alternative connecting factors is recommended as a means of facilitating the determination of the applicable law.
- *Kafala* is a form of parental responsibility that should be recognised under both Brussels IIA and the 1996 Hague Convention. Moreover, MSs must not deny a child placed under *kafala* the right to enter and reside on their territory without due regard to the interests of the child and his or her *khafils*. PIL recognition rules and migration law should be better coordinated.
- Concerning the recognition of child marriages, MSs should aim at striking a balance between the conflicting interests, on the one hand, of accepting the rights established by marriage under a foreign law and, on the other, of protecting children. The child's best interests must guide the decision in each individual case.
- Age assessment procedures should respect the child's best interests in each individual case. MSs should ensure that minors receive independent support and that a mechanism to legally challenge the outcome of the assessment procedure exists.
- Improving uniformity of age assessment procedures within the EU is an urgent matter. Where this is in the child's best interests, the results of an age assessment procedure in a MS should be accepted by other authorities both within that MS and all other MSs.
- Appointment of a guardian is crucial for unaccompanied children. It should be the first measure taken when a national authority is aware that a child is unaccompanied. Guardians appointed to assist children should be sufficiently qualified to ensure adequate representation in the child's best interests. Where more than one MS is involved, the appointment of guardians should be coordinated, and the powers of a guardian appointed in one MS should be recognised in all other MSs.
- The different authorities dealing with migration and child protection should cooperate for the purposes of family tracing. They should use the mechanisms provided for in Brussels IIA and the 1996 Hague Convention.

#### **3.1. Issues relevant for the effective protection of children**

Several issues concerning the protection of children are common to all migrant children, including unaccompanied children, irrespective of whether they claim asylum and, if so, whether their claim succeeds or is rejected. These crosscutting issues are the subjects of this Chapter.

The first such issue is the recognition of personal status and various family ties such as parentage, parental responsibility, and child marriage (3.2.). The recognition of these statuses and ties is relevant to all migrant children, especially those who are on their own or have become separated from their family or relatives. The second matter is proof of minority (3.3.). The child's position and the protection he or she is entitled to will depend on his or her age. That age is often not known or cannot be proved as birth certificates do not exist or have been lost. The third issue is the taking of measures for the protection of children in the State where they are (3.4.), especially the appointment of a guardian. Lastly, an effort should be made to trace family members of the unaccompanied or separated child (3.5.).

### **3.2. Cross-border recognition of personal status and family ties**

As explained in Chapter I of “Private International law in a context of increasing mobility: challenges and potential”, personal status is of crucial importance in the context of migration, in particular for children. The protection of unaccompanied children depends on the proof of age and requires identifying and tracing possible family members; the right to family reunification depends on the proof of marriage and parentage; the existence of family ties determines which State is responsible for asylum applications, etc. The impossibility for children to prove their civil status accuracy or the non-recognition of their personal status acquired abroad has an enormous impact on their family life and may even lead to the destruction of their family unit.

Registration and recognition of facts and documents concerning children’s personal status immediately brings migration to the field of PIL, more specifically to the rules on the recognition of foreign decisions and authentic acts.<sup>83</sup> This paragraph will focus on a few burning questions concerning recognition of personal status, parentage, and measures of parental responsibility, *kafala* and child marriages.

#### ***3.2.1. Which law determines whether a person is a child or an adult?***

EU law does not govern the recognition of personal status. Brussels IIa applies only to recognition of divorces and of measures concerning parental responsibility. Whether someone is to be considered a child (or becomes of age at the age of 16, or 19, or 21) is thus governed by each Member State’s PIL rules, which determine which law applies to the child’s personal status. In the majority of cases, PIL rules refer to the nationality of the person at stake,<sup>84</sup> but the place of the habitual residence might also be a relevant criterion, especially when the State of nationality’s PIL rules (issue of *renvoi*) come into play. Thus, in some cases a person who is 18 or 19 years old could still be considered as a minor, in need of protection and of a legal guardian, depending on the law that applies to him/her.<sup>85</sup>

The practical relevance of these national PIL rules is however decreasing, because not only EU migration law, including the Dublin regulation, but also the 1996 Hague Convention follow a different approach: a child (or minor) is a person below the age of 18<sup>86</sup>. This coexistence of different approaches can lead to inconsistencies. See the Study “Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential, 3.3.”

For the issue of *proof* of minority, see below 3.3.

#### ***3.2.2. Recognition of parentage***

Similarly, EU law does not regulate the recognition of parentage: Brussels IIa explicitly excludes “the establishment or contesting of a parent-child relationship”<sup>87</sup>. The same is true with the 1996 Hague Convention<sup>88</sup>. This matter therefore also falls under each Member State’s PIL rules. Here again PIL rules often refer to nationality and this will, in cases of migration, generally lead to the application of foreign

---

<sup>83</sup> In this regard, see also “Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential”, Chapter 1.

<sup>84</sup> E.g., in Belgium: Art. 34 PIL code; in Italy: Art. 33 Italian PIL Law; in Germany: Art. 7 Introductory Act to the Civil Code; in France: Art. 3 Civil Code.

<sup>85</sup> Oberlandesgericht Bremen, 23.02.2016 – 4 UF 186/15 (child from Guinea); Brandenburgisches Oberlandesgericht, 26.04.2016 – 13 UF 40/16 (child from Guinea).

<sup>86</sup> See footnote 6, and Art. 2 of the 1996 Hague Convention.

<sup>87</sup> Art. 1 (3) a).

<sup>88</sup> Art. 4 a).

law<sup>89</sup>. Even if the criterion of the habitual residence is used, a foreign law may be applicable unless it is considered that the person at stake has acquired a habitual residence in the host country<sup>90</sup>. The existence or non-existence of the parent-child relationship is however an essential prerequisite for resolving many of the issues that the child will be confronted with (in particular in the process of family reunification, see 3.5.) and, therefore, the recognition of a parent-child relationship established abroad or the application of a foreign law to determine such a parent-child relationship should not constitute an insurmountable obstacle to the conclusion that such parentage exists. ***MSs should therefore take a lenient approach to the recognition of parent-child relationships established abroad, in particular in third States, and the determination of the applicable law to parentage, in light of the child's best interests. Introducing alternative connecting factors is recommended as a mean to facilitating the determination of the applicable law.***

In many cases, no (legalized) documents proving parental ties can be obtained from the administration of the country of origin. The only option left is to resort to the method of factual **proof by a genetic paternity/maternity test**. This is not exactly in accordance with the rules on legal parenthood in several Member States' substantive family laws, which do not necessarily correlate with genetic kinship, but can be established e.g. by the pater-est rule<sup>91</sup> or by adoption. So, while this test can often help, it can also create problems.

Another issue concerning the absence of documents appears in the following example: In **Belgium**, the lack of documentary proof can create frictions between the asylum and migration authorities' decisions and the National Register authorities' ones. When, e.g., a Syrian man is granted refugee status, he will seek a family reunification visa for his wife and children who are still living in Syria or in a refugee camp in Turkey. The current practice is that the man's family members will be granted a visa to come to Belgium, but to satisfy the requirements of registration into the National Register they will need to produce legalised marriage and birth certificates. If they cannot provide these documents, they will be registered as 'unrelated' to the man, with all kinds of negative consequences (e.g. no child or other family benefits). One of the pragmatic solutions is then to make those family members also apply for asylum in Belgium.

In **France**, such frictions are avoided: the asylum authority (OFPRA) establishes documents in lieu of civil-status records for persons granted international protection<sup>92</sup>. This procedure, which is currently only available for refugees and beneficiaries of subsidiary protection, can be seen as a model of good practice.<sup>93</sup>

### ***3.2.3. Recognition of measures of parental responsibility***

Recognition of measures of parental responsibility falls under Brussels IIA and under the 1996 Hague Convention. As explained in para 1.4 above, the main rule is the law of the child's habitual residence and this applies to parental responsibility *ex lege*. If parental responsibility existed in the State of the child's habitual residence prior to moving, it cannot be lost<sup>94</sup>.

While these rules are of primary importance, they do not provide a solution for the situation where a child's parents are not present in a MS, and where the child needs protection. In such a case it remains necessary to appoint a guardian for the child. This issue is dealt with below, 3.4.2.

---

<sup>89</sup> See "Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential" Chapter 2.

<sup>90</sup> See "Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential" Chapter 3 (3.4).

<sup>91</sup> Whereby the husband of the mother is the legal father, no matter whether he is genetically the father.

<sup>92</sup> Art. L. 721-3 Code for Entry and Residence of Foreigners and the Right of Asylum (CESEDA).

<sup>93</sup> See for further details, "Private International law in a context of increasing mobility: challenges and potential" Chapter 1.2.1.4. c).

<sup>94</sup> Hague 1996 Convention Art. 16 (3).

*Kafala* is a specific situation, especially in relation with migration law.

### **3.2.4. Recognition of *kafala*: its effects under PIL and under migration law**

*Kafala* is a form of protection of children that exists in several countries whose legal systems are based on, or inspired by, Muslim law, which prohibits the adoption of children. It entails the conferral of parental responsibility. The conferral can be done voluntarily by a parent (e.g. to a relative such as an aunt or uncle) or in order to protect a child who has been abandoned by his or her parents. The extent to which parental responsibility is conferred varies greatly, which makes it difficult to fit this legal figure into European legal systems. In any event, the legal ties with the original parents are not severed and the child remains part of the original family, e.g., for the purposes of inheritance.

#### **3.2.4.1. Effects under PIL**

Although recognition of *kafala* should now be guaranteed when the arrangement is made in a State party to the 1996 Hague Convention, as this is in force in all MSs and applies to all measures aimed at protecting children, the unknown structure of this measure leads to characterization difficulties when the issue of recognising *kafala* arises in the EU. The following examples from Italy and France illustrate this issue.

In **Italy** recognition of *kafala* was for a long time considered to be a problem<sup>95</sup>. In recent years, courts started recognising some effects of *kafala* in order to give protection to the child and, in a few cases, national rules on custody and adoption were applied to the relations between the parties<sup>96</sup>. In very recent times, however, together with the decision to ratify the 1996 Hague Convention, the Italian Supreme Court<sup>97</sup> made it clear that *kafala* should not be governed by internal rules on adoption, especially because Islamic countries prohibit adoption. Today, having due regard to the minors' best interests which include the need to respect the children's culture, *kafala* is recognized as an instrument for the protection of children providing them with material and affective support for many purposes, but which does not terminate the parenthood of the biological parents or establish a parent-child relationship between *khafil(s)* and child. The actual content of the parental responsibility rights will vary according to, and must be separately appreciated in, each given case.

A similar evolution has occurred in **France**. The content of the decision establishing *kafala* and the child's family circumstances determine the parental responsibility rights<sup>98</sup>. As far as orphans, abandoned children or children with no proven family link are concerned, the *khafil* exercises all parental responsibility prerogatives. Regarding children still having a family link, *kafala* is seen as a – partial or total – delegation of parental authority.

#### **3.2.4.2. Effects under migration law**

Even when *kafala* is recognized under PIL – whether as adoption or as foster care or as an institution *sui generis* – **this is often not sufficient from the perspective of migration law**, in the sense that the recognition of personal status under civil law (i.e. under PIL) is not necessarily followed by the issuance of an adequate status under migration law. This difference in treatment of *kafala* is indeed an eloquent illustration of insufficient coordination between the two sets of rules: while under PIL *kafala* brings

---

<sup>95</sup> See Court of Reggio Emilia, February 9<sup>th</sup> 2005.

<sup>96</sup> See Court of appeal of Brescia, February 2<sup>nd</sup> 2012.

<sup>97</sup> February 2<sup>nd</sup> 2015, No 1843.

<sup>98</sup> See Ministerial reply n° 59244, JOAN, 6 sept. 2016, p. 7980 referring to Circular 22 October 2014, CIV/07/13, n° NOR JUSC1416688C, not published.

about several civil law effects in the EU MSs, this is not systematically followed by the possibility for the child to legally enter/reside in the EU territory.

The *Chbihi Loudoudi* case<sup>99</sup> shows that although Article 8 of the ECHR does not guarantee non-nationals with the right to enter or reside in a particular State, the Convention does not allow MSs to deny a child placed under *kafala* the right to enter and reside on its territory without having examined the interests of the parties concerned. In practice, this means that MSs must strike a fair balance between the child's interests, those of his or her *khafils*, and of the society as a whole. A MS that refuses a child access to its territory might violate Article 8 of the Convention if the refusal creates disproportionate repercussions on the private or family life of the individual(s) concerned.<sup>100</sup>

Although the existence of rights is undebatable in theory, the situation in practice shows that children placed under *kafala* and their *khafils* often face a long legal battle before being granted any form of recognition and right to reside on the State's territory. **The EU should spread awareness of the existence of the 1996 Hague Convention and obligations it imposes in respect of migrant children, including those subject to a *kafala* arrangement.** MSs should be made aware of the fact that *kafala*, although unknown in their own legal system, creates certain rights for migrant children.

Finally, recognition of *kafala* poses a problem of whether the child should be considered *unaccompanied*. If a minor arrives with his or her *khafil*, the situation may lead to different outcomes. If the *kafala* is converted into, or recognised as, an adoption in the receiving State, the minor is not unaccompanied. If the *kafala* is not converted into, or recognised as an adoption, but recognised as a foster arrangement, this should be considered parental responsibility under Brussels Ila and the 1996 Hague Convention. In addition, under the Dublin Regulation, the child should not be considered unaccompanied since there is an "adult responsible for the applicant, whether by law or by the practice of the Member State where the adult is present."<sup>101</sup>

### **3.2.5. *Recognition of child marriages***

In the current refugee and migration context, special attention is needed in relation to child marriages. On the one hand, refusing to accept such marriages in EU MSs necessarily impacts on their legal consequences. This has a huge effect on migration files: no family reunification visa or residence permits, no Dublin transfers, etc. On the other hand, the child who has been married may be unhappy, if not victimised, and may urgently need protection. In more general terms, child marriages may violate public policy. **A balance needs to be struck between these conflicting interests in each single case on the basis of the individual child's best interests.** This issue is further elaborated in "Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential", Chapter 1.2.2.2.

### **3.3. Proof of minority**

#### **3.3.1. *General remarks***

Proof of minority is a key issue for the protection of migrant children. Correct age assessment is important both in order to grant children the protection they need, and to prevent adults from posing as minors. It is crucial, in particular, for unaccompanied children. Unaccompanied minors cannot act without proper representation, and therefore depend on the appointment of a guardian who will act

---

<sup>99</sup> ECtHR 16 December 2014, n° 52265/10, Chbihi Loudoudi and Others/Belgium.

<sup>100</sup> For the situation in Germany see the Study *Private International law in a context of increasing mobility: challenges and potential*, 13,2; and for France, Conseil d'Etat 6 April 2016, n° 378338.

<sup>101</sup> Art. 2 j) of Regulation No 604/2013.

on their behalf, including to apply for asylum, or act for them in asylum proceedings. Often, however, the age of a young person entering the EU is not easy to verify.

If no birth certificate exists or if the foreign certificate is not legalized or is considered to be unreliable, it is necessary to consider other age assessment procedures. Ideally, an independent advisor should assist the child and when the reliability of age assessment techniques is not scientifically established, it should be investigated whether sufficient possibilities of appeal from any decision exist, as a guardian cannot be appointed before minority has been established, and the authorities involved may find themselves in a conflict of interest.

In case the child's State of origin keeps a birth registry, cooperation between CAs could facilitate evidence of age. Within the EU, **Article 14 of Regulation 2016/1191** already provides such a procedure for cooperation between MSs: where an authority has a reasonable doubt as to the authenticity of a public document, such as a birth certificate, it can submit a request for information, through the Internal Market Information System or the relevant CA, to the authority that issued the document. **Similar cooperation procedures should also be developed with third countries.**

### **3.3.2. Age assessment**

According to Art. 25(5) of Directive 2013/32/EU, minority is to be presumed when, after exploring all assessment methods available in the individual case, age determination with sufficient certainty is not possible. This means that in practice the authorities have to assume minority when doubts remain. However, not all MSs have implemented this provision.

The Study "Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential", Chapter 1.2.1.4., provides examples of how several MSs (France, Belgium, Germany, and Italy) have established various rules and practices to assess the age of a child where documents are not available. There is no procedure, be it medical or otherwise, that guarantees 100% accuracy in age assessment – a divergence from the actual age by about three years is not uncommon.

***Improving uniformity of age assessment procedures within the EU is an urgent matter. Minors need to be given independent support, and assessment methods have to respect the children's best interests in each individual case. A mechanism to legally challenge the outcome of the assessment procedure has to be provided.***

### **3.3.3. Recognition of age assessment**

***Where it is in the child's best interests, the results of an age assessment procedure in a MS should be accepted by other authorities, both within that MS and in all other MSs.*** The Commission's proposal of 13 June 2016 replacing the Asylum Procedures Directive with a Regulation goes in this direction: according to Art 24(6) "A Member State shall recognise age assessment decisions taken by other Member States on the basis of a medical examination carried out in accordance with this Article and based on methods which are recognised under its national law."<sup>102</sup> But this Article leaves the method of age assessment decisions to national law, and therefore does not provide for uniformity of age assessment procedures as recommended in 3.3.2. above.

---

<sup>102</sup> COM(2016) 467 final.

### **3.4. Measures of protection for children**

Another crosscutting issue of crucial importance for unaccompanied children is the taking of protection measures in the State where the children are, especially the appointment of a guardian.

#### **3.4.1. *Cross-border placement***

For a discussion on the placement of children under Article 56 of the Brussels IIa and Article 33 of the 1996 Hague Convention, see above, 1.6.3. and 2.2.

#### **3.4.2. *Guardianship***

##### **3.4.2.1. *General observations***

As emphasised in this study and in the study "Private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential", the appointment of a guardian is crucial. The Commission's proposal of 13 June 2016 replacing the Asylum Procedures Directive with a Regulation defines guardianship in Article 4(2)(f) as follows: "'guardian' means a person or an organisation appointed to assist and represent an unaccompanied minor with a view to safeguarding the best interests of the child and his or her general well-being in procedures provided for in this Regulation and exercising legal capacity for the minor where necessary".<sup>103</sup>

An unaccompanied child urgently needs to be supported in all legal and other matters. Therefore, guardianship should be installed as quickly as possible in order to assist the child throughout the asylum procedures and all other important issues (be it legal, medical, and schooling ones). In some MSs a person under 18 who is not properly represented by a guardian (or similar legal representative) cannot apply for asylum or validly act during asylum proceedings. The CEAS is less restrictive: a guardian has to be appointed but that can be done once the application is lodged; the responsible authorities shall, as soon as possible and not later than five working days from the moment when an unaccompanied minor makes an application, appoint a person or an organisation as a guardian.<sup>104</sup> This provision is to be criticized: the appointment of a guardian should be the first measure to be taken when a national authority is aware that the child is unaccompanied. **Therefore, a guardian should be appointed as soon as possible and before any asylum application is made.**

The rule of the Dublin Regulation according to which an unaccompanied child will not be transferred under the Regulation before a guardian or representative has been appointed (this follows from Article 6(2) which does not allow any procedures without a representative) can mean a hindrance, because it often entails a loss of time<sup>105</sup>: where a placement with a relative in another MS can be arranged within a short time frame, waiting for the formal appointment of a guardian unduly delays the proceedings. Additionally, it seems disproportionate to establish full guardianship for short, transitory periods of time (e.g. until reunification with family members who will take care of the child). For this reason, it would be helpful for MSs to offer preliminary custody measures, which would allow the authorities to take responsibility and implement quickly the necessary protection measures. In **Germany**, this has been achieved by introducing § 42a German Social Code VIII which is aimed in particular at the protection of unaccompanied children. Under this rule, the youth welfare office (*Jugendamt*) has an emergency competence (and duty) to provisionally take into care all unaccompanied foreign minors.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> COM(2016) 467 final.

<sup>104</sup> See recast proposal of the Asylum Procedures Directive, Art. 22; the current Art. 25 of directive 2013/32/EU is less detailed.

<sup>105</sup> The Belgian practice, according to which the appointment of a guardian is a very expeditious procedure, is an exception.

<sup>106</sup> For a general overview of the youth welfare office's role and competences, see Lack, K., "Die Rechte unbegleitet in die Bundesrepublik eingereister Minderjähriger", in: Heilmann, S. / Lack, K. (eds.): Die Rechte des Kindes, Cologne 2016, 85-114,

Similarly, in the **Netherlands**, NIDOS can exercise the task of provisional guardian under the so-called Schiphol project.<sup>107</sup> The Council for the protection of children (*Raad voor Kinderbescherming*) requests the provisional guardianship, which is usually granted for three months.<sup>108</sup>

### 3.4.2.2. Varying practices in Member States

Currently, the practice concerning the appointment of guardians in the various MSs seems to be very different. While in some MSs (e.g. the **Netherlands, Belgium, France** and **Germany**) a guardian is appointed almost immediately after the child has entered the country, other MSs (e.g. **Italy**), due to the huge numbers of incoming unaccompanied children, as a first measure first relocate children within their territory, and subsequently, during the first interview or as soon as doubts arise regarding their age, appoint a (provisional) guardian. In **Germany**, as already mentioned, a guardian will be appointed for any minor, no matter whether he or she has refugee status. The guardian will then start the asylum proceedings, if need be. This is also the case in **Belgium**, where the Federal Guardianship Service within the Federal Public Service Justice is responsible for designating guardians for unaccompanied minors<sup>109</sup>. Currently, however, the fact of beginning asylum proceedings at a late stage brings about another problem: some children go “missing”. This is due to the fact that children’s identification (registration of fingerprints for EURODAC) only takes place once they apply for asylum. If a minor moves to another MS (or even another town within the MS) before that occurs, he or she cannot be traced. On the other hand, fingerprinting of minors without the consent of a guardian may raise delicate issues of personality rights and data protection, so that there is no simple means of avoiding this gap.

While in **Germany** the youth welfare office is not granted custody of the child at the stage of the provisional taking into care<sup>110</sup>, it has the right to act as an interim representative for the child in all matters that require urgent attention, which may especially include asylum and/or immigration matters. Once it is established that there is no one in Germany exercising parental custody over the foreign minor, long-term taking into care is carried out by the youth welfare office<sup>111</sup>, which immediately informs the court that the appointment of a guardian and/or curator is necessary. In the course of the proceedings, the court hears the child, and, if possible, also the parents. The hearing of the parents seems to cause the greatest practical problem. If the minor provides the court with a telephone number of his or her parents who may then be reached, a hearing is usually performed. However, the urgency of the appointment of the guardian and the time required to reach the parents for a hearing always need to be balanced.

There are differences in Germany as to the choice of the person who will be appointed as guardian. In the large majority of cases, the youth welfare office itself is appointed as official guardian<sup>112</sup>. This double role of the youth welfare office may lead to conflicts of interests as, in their position as representative/guardian, they are bound to assert the child’s interests, while as a state authority, they may need to make decisions which might be disadvantageous for the child (e.g. age assessment, local allocation procedures, not to mention fiscal concerns). One solution could be to split the tasks among different people within the office, but that may prove difficult in practice, especially in smaller

---

and Veit, B., “Das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher”, FamRZ 2016, 93-98.

<sup>107</sup> NIDOS is an organisation with the task of acting as guardian for unaccompanied minors and to help them in the asylum procedure. See [www.nidos.nl](http://www.nidos.nl) and specifically their Annual Report of 2016 (<https://www.nidos.nl/wp-content/uploads/2017/05/Nidos-jaarverslag-2016.pdf>).

<sup>108</sup> See Nidos Annual Report 2016 at p. 7.

<sup>109</sup> Article 3, § 2, 1° and 5° Guardianship law, Moniteur belge, 31 December 2002.

<sup>110</sup> Art. 42a SGB VIII.

<sup>111</sup> § 42 German Social Code VIII.

<sup>112</sup> § 1791b I 1 German Civil Code.

branches. However, Federal states (*Bundesländer*) differ in their approach to the guardian's necessary specific qualifications: while some require the guardian to be a person acquainted with the asylum procedure, in other states, any person qualified for guardianship may generally be appointed. Apparently in some states, it is quite common to appoint a minor's relatives, even older siblings. This is problematic as one of the guardian's main responsibilities is to make decisions on behalf of the child regarding asylum and/or immigration matters (e.g. whether to apply for asylum). Claiming that they lack in-depth knowledge of asylum and immigration law and are hence not qualified to represent the unaccompanied child in these matters, youth welfare offices frequently apply for the appointment of a specialized attorney as supplementary curator<sup>113</sup> or joint guardian.<sup>114</sup> Currently, the permissibility and necessity of this point is strongly debated.<sup>115</sup>

In **Italy**, the current reception procedure provides that the public security authority which comes into contact with unaccompanied children gives notice of his/her presence to a) the Guardianship Judge ('giudice tutelare' located at the Ordinary Tribunal) in order to open guardianship procedure and to appoint a guardian; b) the Youth Prosecutor's Office, who asks the Youth Court to open a procedure for the confirmation of the measures adopted; and c) the General Direction for Immigration and Integration Policies of the Ministry of Labour and Social Policies, for its census skills and liaising with IOM (International Organization of Migration), which is responsible for gathering information in the country of origin. The same goes for unaccompanied children who landed on Italian coasts and were allocated from Prefectures to Municipalities (Local Authorities) of all the Italian national territory.

Normally, the legal representative of a reception centre receiving an unaccompanied minor performs *ex-lege* the tasks of provisional guardian (or ad interim guardian), in order to deal with all the guardian's functions (not limited to the asylum/international protection request), until the Judicial Authority appoints the latter<sup>116</sup>. This is usually provided by the Guardianship Judge or, in some southern districts such as Catania (Sicily) where the judicial authorities of the district have agreed to proceed differently, by directly involving the Youth Court.

Due to the high number of unaccompanied children and therefore the number of guardians that are needed, the municipality of the child's place of residence (or where the child was tracked or first aid was provided) is normally appointed as provisional guardian. Some courts have long begun the practice of appointing a natural person as a "volunteer" guardian (for example in the courts of Bologna, Cagliari, Florence, Trento and Venice). Article 11 of the new Law 47/2017 provides for the establishment of a list of "Voluntary Guardians" by the Youth Court, where any private citizens "can be registered, selected and adequately trained by Regional Ombudsman for Children".

---

<sup>113</sup> § 1909 I 1 German Civil Code.

<sup>114</sup> § 1775 S. 2 German Civil Code. For an overview, see Riegner, K., "Sachkunde und schwierige Geschäfte bei der Vormundschaft", NZFam 2015, 193-198; Lettl, T., "Die Vertretung unbegleiteter Minderjähriger nach §§ 1773 ff. BGB", JA 2016, 481-487; Etzold, R., "Bestellung eines rechtskundigen Mitvormunds für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge nach § 1775 S. 2 BGB", FamRZ 2016, 609-613, and Erb-Klünemann, M. / Kößler, M., "Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge – eine verstärkte familiengerichtliche Herausforderung", FamRB 2016, 160-165.

<sup>115</sup> As the arguments for both sides hinge on the interpretation of the child protection rules of European law (Art. 6 II Dublin III regulation ["the representative shall have the qualifications and expertise to ensure that the best interests of the minor are taken into consideration during the procedures carried out under this Regulation"] and Art. 25 I lit. a) directive 2013/32/EU, Art. 24 I 1 directive 2013/33/EU ["the representative [...] shall have the necessary expertise to that end"]), a clarification on the EU level would be welcome. It needs to be borne in mind, however, that demanding specific legal expertise in the person of the guardian him- or herself would in practice lead to the need for appointing a specialist lawyer as a co-curator or co-guardian in practically all cases. This may not be feasible in practice, especially as guardianship duties would extend beyond providing legal advice.

<sup>116</sup> Article 402 Civil Code.

The Guardianship Judge does not convene and hear the child before appointing a guardian; once appointed, the guardian does not always make an effective supervision of the placement and of the project prepared by the reception centre.

In France, as unaccompanied children do not have any legal capacity, they must be represented for any act under all asylum procedures. The guardian appointed by the court that is competent for the protection of children (guardianship judge) is the child's representative in all procedures, including procedures relating to migration. If no guardian has been appointed by the guardianship judge before placing the child into care, the Public Prosecutor, notified by the Prefecture, should without delay appoint an *ad hoc* administrator (a legal representative) who will represent the child throughout the asylum procedure<sup>117</sup>. There are two lists of *ad hoc* administrators drawn up within the jurisdiction of each Court of Appeal: one list is dedicated to asylum while the other list focuses on border procedure. The July 2015 reform of the law on asylum consolidates the status of *ad hoc* administrators. However, they represent the child in administrative and judicial procedures related to asylum claims only, without the need to more generally ensure the child's welfare the way an ordinary guardian would.

Before the asylum authority (OFPRA), the *ad hoc* administrator is the only person authorised to sign the asylum application form. The French court of asylum (CNDA) has recently annulled an OFPRA decision rejecting an asylum claim of an unaccompanied child, after an interview conducted in the absence of the *ad hoc* administrator<sup>118</sup>. In this decision, the Court held that the interview conducted under these circumstances constituted a violation of the asylum seeker's fundamental guarantees.

### **3.4.3. *Recognition of the guardian***

As mentioned above (see 1.2.4.), the appointment of a guardian by a MS' authorities may be based on a jurisdictional ground defined by Brussels IIA itself, or, via its Article 20, on a national law ground. In the latter case, however, recognition of the appointment abroad is uncertain, because this will, again, depend on the national law of the other MS. By contrast, if the appointment of the guardian is based, e.g., on its Article 13(2), Brussels IIA guarantees the recognition of the appointment and the guardian's powers. It should be noted that a professional guardian appointed in the first MS will usually have to be replaced if the child is transferred to a second MS as he or she cannot support the child adequately after the transfer.

## **3.5. Family Tracing**

### **3.5.1. *Overview***

Family tracing is a matter at the crossroads of international jurisdiction, administrative cooperation and the recognition of personal status acquired abroad.

In order to get some insights from practice, the National Red Cross in Belgium, France, Germany and the Netherlands and the Central Authorities under Brussels IIA (which also act as CA under the 1996 Hague Convention) were interviewed. The Red Cross was chosen because the National Red Cross or Red Crescent Societies are contacted by hundreds of families who have lost contact with their relatives somewhere within or on their way to Europe. The Tracing Services of the National Societies try to help these families find their family members. The interviews with the National Red Cross in Belgium and the Netherlands stressed the importance of the "Trace the Face" website<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Art. L. 741-3, Code for Entry and Residence of Foreigners and the Right of Asylum.

<sup>118</sup> CNDA, Mme Y, Decision No 14012645, 5 October 2016.

<sup>119</sup> Families can have their photo published on this website (<https://familylinks.icrc.org/europe/en/Pages/publish-your-photo.aspx>) with the aim of tracing and restoring families.

Differently from above, in Italy, family tracing is mostly carried out by the International Organization for Migration (IOM). The latter has been cooperating since 2001 with the General Department for Immigration Policies (a division of the Ministry of Labour and Social Policies).

Again, the few interviews carried out revealed that further empirical research is needed to obtain a better insight into the different methods, and their effectiveness.

### **3.5.2.      *Legal context***

Family tracing is a preliminary measure that is often a first step in order to prepare family reunification. Family reunification is carried out under harmonized EU law (Family Reunification Directive (2003/86/EC) and Dublin Regulation Art. 6.4).

Art. 10.3 of the Family Reunification Directive provides that MSs shall authorise the entry and residence of the minor's first-degree relatives in the direct ascending line; they may also authorise such entry and residence for the minor's legal guardian or any other family member, "where the refugee has no relatives in the direct ascending line or such relatives cannot be traced." Various legal problems may occur here that have been tackled in this paper. In particular, legal parentage or guardianship/*kafala* may have to be proven (see 3.2.4). Even more complicated issues arise if a minor has already entered the EU and is to be reunified with one parent while the other parent cannot be reached or is not in favour of the move. Here, parental responsibility will have to be investigated (see 3.2.3).

Under Art. 6.4 of Dublin Regulation, family tracing is undertaken for the purposes of determining the MS responsible. The assistance of international or other relevant organizations is specifically provided. The question is whether family tracing requires the informed consent of the child<sup>120</sup>.

### **3.5.3.      *National practices in the Member States***

The interview with the **Belgian Red Cross** revealed the **contradiction** that exists between the mission of the Red Cross to trace and restore families, on the one hand, and family reunification procedures, on the other hand, **with regard to the concept of "family"**. In the eyes of the (Belgian) Red Cross, the concept of family encompasses not only people who share a biological tie, but also people who have built up a socio-affective bond with each other in the absence of a biological tie. In many countries, it is not uncommon to take care of family members' children or in extreme circumstances of neighbours' children (the interviewee gave the example of a child from Somalia taken in when the neighbours were killed by Al Shabaab). This transmission of parental authority and responsibilities is seldom officially registered. The absence of a biological tie or another official document, which may prove the existing family tie, leads to problems in the event of a request for family reunification. Belgian migration authorities have shown little flexibility with regard to the interpretation of the notion of "family member". If no authentic documents are available, DNA tests will be carried out leaving little room to balance the interests at stake. As a result, families are denied the right to live together in a safe country (apart from the psychosocial impact of these family reunification rules, which may lead to a child discovering that he/she is not a biological child of the family that has taken care of him or her)<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> See ECRE Comments on Dublin Regulation, [https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Comments-on-the-Dublin-III-Regulation\\_March-2015.pdf](https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Comments-on-the-Dublin-III-Regulation_March-2015.pdf).

<sup>121</sup> The **Belgian CA** within the Federal Public Service Justice has in the past two years had two cases where it had to help with the tracing of family members and thereafter establishing contact between children and a parent. Both cases concerned refugees from Iraq. In one case the children and one parent were in Belgium while the other parent was in Sweden. In the other case the children and one parent were in Belgium while the other parent was in Denmark. The Central Authority received a request to locate the children in order to establish contact with the parent in Sweden/Denmark. For this the CA

In **Germany**, family tracing begins at an early stage along the preliminary taking into care procedure. During the initial interview with the minor, s/he is asked about relatives in Germany and/or Europe. If family reunification is possible in the short term (usually 4 weeks) and lies in the child's best interest<sup>122</sup>, it will be immediately carried out.

If a minor is taken into long-term care, family tracing forms part of the direct pedagogical work. The youth welfare office holds a central role and cooperates with the private youth care organisations involved and the guardian, using all methods available. This may include e.g. the private organisation's own network or the Red Cross. The Red Cross actively conducts searches for relatives in 190 countries worldwide, cooperating with the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the International Social Service. A major problem is posed by the loss or lack of documents as (legalized) birth and marriage certificates are needed by Embassies, which are strict on the requirements for authenticity; concerning children, DNA tests are commonly used instead. Additionally, the analysis and application of foreign law proves problematic for the diplomatic missions involved. The Red Cross also advises guardians who may be less specialised and gives information on the prerequisites and chances of such unification.

In assessing the possibilities of, and interest in, family reunification, the youth welfare office may work together with Brussels IIa and Dublin authorities. While the German Brussels IIa Central Authority (Federal Office of Justice) has not often been approached in refugee cases yet, they are able to provide help in tracing family members (e.g. when family members have migrated to different EU MSs), although, strictly speaking, Brussels IIa does not provide for a mechanism to find them. The youth welfare office in the family members' country is then contacted and asked to investigate the family situation and provide a report on their circumstances and the possibilities of placing the child with them ("Sozialbericht"). However, using the Dublin procedures and mechanisms primarily and relying on the Brussels IIa options only in a subsidiary manner may make more sense in a migration/refugee context.

In **France**, the CA plays a role in family tracing for children who are already on the French territory. Requests from *conseils départementaux* (departmental boards) are sent to the Central Authority since the *circulaire* (ministerial circular) of 25 January 2016 on unaccompanied children<sup>123</sup> has stated that departmental boards have to assess whether a child is unaccompanied. The circular refers explicitly to the 1996 Hague Convention, explaining that information can be gathered on the situation of the child and his/her family, if the child holds the nationality of a MS or of a Contracting State of the 1996 Hague Convention, by contacting the French CA, which cooperates for that purpose with the authorities of the State of origin. Regarding family tracing, no cooperation exists so far between the CA and the Red Cross, but the CA has contacts with the International Social Service, with foreign CAs, and also with the consulates of foreign States in France, where no international agreement exists.

---

used the procedures provided in the 1980 Hague Child Abduction Convention. It managed to locate the children and institute proceedings for the establishment of contact. In these cases they also had contact with the Red Cross.

<sup>122</sup> § 42a V 2 German Social Code VIII.

<sup>123</sup> BOMJ n°2016-01 du 29 janvier 2016 – JUSF1602101C.

## **ANNEX I: BIBLIOGRAPHY**

### **Books / Articles**

- Amadeo S., Spitaleri F. (eds), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015.
- Amadeo S., *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 345-393.
- Antomo, J., *Eheschließung Minderjähriger und das deutsche Recht*, NZFam 2016, 1155-1161.
- Antomo, J., *Kinderehen, ordre public und Gesetzesreform*, NJW 2016, 3558-3563.
- Baetge, Dietmar: *Gewöhnlicher Aufenthalt und Personalstatut von Flüchtlingen*, StAZ 2016, 289.
- Balboni A., Il «diritto al riconciliamento familiare» dei minori tra tutela del loro superiore interesse e dell'interesse generale in materia di politica migratoria, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 163-206.
- Baruffi M. C., *Recognition and enforcement of measures concerning the rights of access*, in F. Ippolito, G. Biagioli (eds.), *Migrant children: challenges for public and private international law*, Napoli, 2016.
- Baruffi M. C., *Sulla tutela internazionalprivatistica dei diritti dei minori stranieri nella Convenzione dell'Aja del 1996*, in *Minori e immigrazione: quali diritti?*, a cura di C. Fratea, I Quadranti, Napoli, 2015.
- Basedow, J., "The Law of Open Societies, Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws", Brill Nijhoff, 2015, 634 p.
- Bouteillet, D., Daem, G. and Odofin, C., "Safe at last, Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence", UNHCR, 2011, available at <http://www.refworld.org/docid/4e2ee0022.html>.
- Caggiano G. (ed), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014.
- Campiglio C., *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista diritto internazionale*, 2011, pp. 1029-1064.
- Carlier, J.-Y, Sarolea, S., *Droit des étrangers*, Larcier, 2016.
- Carlier, J.-Y., « Droit d'asile et des réfugiés de la protection aux droits », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2007*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Tome 332, 2007, 9-354.
- Carpaneto, L., "Cross-border placement of children in the European Union", Study for JURI Committee, May 2016, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL\\_STU\(2016\)556945\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU(2016)556945_EN.pdf).
- Chetail, V., « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre », *Journal de droit international*, 2014, 447-475.
- Corneloup S., *Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire?*, in *Rev. crit. dr. int. Privé*, 2000, pp. 641-680.
- Corneloup, S., « Analyse d'ADN et regroupement familial : le Ministère a renoncé, mais le droit commun subsiste », *JCP*, éd. G 2010, n° 16 du 19 avril, 450.
- Corneloup, S., "Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?" in H. Muir Watt and D.P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, 301-317.

- Corneloup, S., « Les zones de non-accès au juge. L'ambiguïté du droit des étrangers face à la vulnérabilité », in L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne, V. Donier, B. Lapérou-Scheneider (dir.), Edition l'Epitoge/Lextenso, 2015, p. 181-195.
- Corneloup, S., « Procédure de regroupement familial : précision par la Cour européenne des droits de l'Homme des conditions du respect de la vie familiale », Rev. crit. DIP 2015, 373.
- Costello, C., The Human Rights of Migrants and Refugees in European law, Oxford University Press, 2015, 400 p.
- de Boer, T., "Living apart together: the relationship between public and private international law", Netherlands International Law Review, 2010, 183-207.
- Declerck, K., Boubakri, A., Arbee, A. and Hakansson, G., "How Other countries do it: Belgium, North Africa, South Africa and Sweden" in G. Care (ed.), Migrants and the Courts, A Century of Trial and Error, Ashgate Publishing, 2013, 171-192.
- Duncan W., Future Developments in International Family Law with Special Emphasis on Cross-border Child Protection: A View from The Hague, in Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr, eds. K. Boele-Woelki et. al., The Hague- Zürich, 2010, pp. 221-241.
- Fiorini A., The Protection of the Best Interests of Migrant Children Through Private International Law and Habitual Residence in Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law, 2016, p. 379 ss.
- Fratea C., Quando il diritto si scontra con la realtà: i minori migranti quali soggetti titolari del diritto al ricongiungimento familiare, in Minori e immigrazione: quali diritti?, a cura di C. Fratea, I Quadranti, Napoli, 2015.
- Del Guercio A., Superiore interesse del minore d determinazione dello stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea, in Diritti Umani e Diritto Internazionale, 2015, 243-248.
- J. Doek, H. van Loon, and P. Vlaardingerbroek, *Children on the Move – How to Implement Their Right to Family Life*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1996.
- Erb-Klünemann, M. / Kößler, M., "Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge – eine verstärkte familiengerichtliche Herausforderung", FamRB 2016, 160-165.
- Etzold, R., "Bestellung eines rechtskundigen Mitvormunds für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge nach § 1775 S. 2 BGB", FamRZ 2016, 609-613.
- Feller, E., Türk, V. and Nicholson, F., Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge University Press, 2003, 778 p.
- Fratea C., Quadranti I. (eds.), Minori e immigrazione: quali diritti?, Napoli, 2015Grahl-Madsen, A., The status of refugees in International Law, Vol 1, Refugee Character, Leiden, Sijthoff, 1966, 499 p.
- Fritzsch, F.: Neue Bleiberechte aufgrund der UN-Kinderrechtskonvention oder der EU-Grundrechtecharta?, ZAR 2014, 137-142.
- Goodwin-Gill, G. and Mc Adam, J., The Refugee in international law, Oxford University Press, 2007, 285-345.
- Grabenwarter, C., Das Recht auf Familienleben von Migranten im Spiegel der Rechtsprechung des EGMR, in: Astrid Deixler-Hübner/Martin Schauer, Migration, Familie und Vermögen, Wien 2014, 77-90.
- Hathaway, J., The rights of refugees under international law, Cambridge University Press, 2005
- Hong, K., From Footnote to Footprint: Obergefell's Call to Reconsider Immigration Law as Family Law, in: John Eekelaar (ed.), Family law in Britain and America in the new century, Leiden 2016, pp. 249-264.
- Huber, B.: Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im Migrationsrecht, NVwZ 2016, 1216.
- Ippolito F., Biagioli G. (eds.), Migrant children: challenges for public and private international law, Napoli, 2016.

- Jaffary, R. and Sheikholeslami, M., "Personal status of refugees in the convention of United Nation regarding the status of refugees, 1951", Journal of Social Issues & Humanities, Volume 1, Issue 5, 2013, 62-66.
- Jault-Seseke F., Corneloup S., Barbou des Places S. : Droit de la nationalité et Droit des étrangers, PUF Thémis, 2015.
- Jault-Seseke F., Nationalité et fraude en matière d'état civil, in E. Ralser et J. Knetsch « La nationalité française dans l'Océan indien », Société de législation comparée 2017, p. 227-241 (on recognition of civil status documents).
- Kölbl, Katrin: Normenkonkurrenz im internationalen Minderjährigenschutz, Hamburg 2011
- Kruger T. and Samyn L., "Brussels II bis: successes and suggested improvements" 12 (2016) Journal of Private International Law 132- 168 (<http://dx.doi.org/10.1080/17441048.2016.1151150>).
- Kruger T., "Enhancing cross-border cooperation" in Recasting the Brussels IIA Regulation, WORKSHOP by JURI Committee, 8 November 2016, Compilation of briefings ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL\\_STU\(2016\)571383\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf)).
- Kruger T., "International Child Abduction" in G Biagioli & F Ippolito (eds), Migrant Children in the XXI Century. Selected Issues of Public and Private International Law, Series "La ricerca del diritto", Editoriale Scientifica, 2016.
- Kruger T., "Internationale kinderontvoering" in D Vanheule (ed) Migratie- en migrantenrecht - Deel 17, die Keure, 2016.
- Lack, K., Die Rechte unbegleitet in die Bundesrepublik eingereister Minderjähriger, in: Stefan Heilmann/Katrin Lack (Hg.), Die Rechte des Kindes. Festschrift für Ludwig Salgo, Köln 2016, 85-114 - Laquer Estin, A. and Stark, B., Global issues in family law, West Academic Publishing, 2007, 201 p.
- Lass, C., Der Flüchtling im deutschen internationalen Privatrecht, München 1995.
- Lettl, T., "Die Vertretung unbegleiteter Minderjähriger nach §§ 1773 ff. BGB", JA 2016, 481-487.
- Lübbe, A., Migrationspartnerschaften: Verweisung auf Transitstaaten ohne Rücksicht auf die Familieneinheit?, ZAR 2017, 15-21.
- Maiani, F. / Hruschka, C., Der Schutz der Familieneinheit in Dublin-Verfahren, ZAR 2014, 69.
- Majer, C. F., Flüchtlinge im internationalen Privatrecht – Vorschlag für eine teleologische Reduktion des Art. 12 GFK, StAZ 2016, 337.
- Mankowski, P., "Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration", IPRax, 2017, 40-49.
- Martone A., Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati tra disposizioni europee e normative nazionali, in Caggiano G (ed), I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano, Torino, 2014.
- Meeusen/Pertegás/Straetmans/Swennen (eds), International Family Law for the European Union, Antwerpen – Oxford, 2007.
- Mills, A., The confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law, Cambridge University Press, 2009, 420 p.
- Mormile L., Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale, in *Familia*, 2004, pp. 57-105.
- Morrone, L'interesse superiore del minore straniero non accompagnato nella prassi internazionale, in I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità, a cura di Annoni A., Mori P., Torino, 2015, pp. 103-125.

- Muir Watt, H. and Fernandez Arroyo, D. (eds.), *Private international Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, 301-317.
- Nestler, Robert / Vogt, Vinzent: Dublin-III reversed – Ein Instrument zur Familienzusammenführung?, *ZAR* 2017, 21-29.
- Pataut E., "Article 13" in Magnus U. and Mankowski P. (eds), *Brussels Ila* (2012, Munich, Sellier)
- Palladino R., La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema commune europeo di asilo, in *Minori e immigrazione: quali diritti?*, a cura di C. Fratea, I Quadranti, Napoli, 2015, pp. 89-112.
- Rieger, K., Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge in asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten, *NZFam* 2014, 150-155.
- Shamseldin, L., "Implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 in the Care and Protection of Unaccompanied Asylum Seeking Children: Findings from Empirical Research in England, Ireland and Sweden", *International Journal of Children's Rights*, 2012, Vol. 20.
- Tiedemann, Paul: *Flüchtlingsrecht. Die materiellen und verfahrensrechtlichen Grundlagen*, Berlin/Heidelberg 2015 Tonolo S., *La famiglia transnazionale fra diritti di cittadinanza e diritti degli stranieri*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa* (eds Amadeo S., Spitaleri F.), Torino, 2015, pp. 117-161.
- Van Den Eeckhout, V., "Private International Law questions that arise in the relation between migration law (in the broad sense of the word) and family law: subjection of PIL to policies of migration law?", January 20 2013, <http://ssrn.com/abstract=2203729>.
- Van den Eeckhout, V., *Instrumentalisation of and by Migration Law. Instrumentalisation and Private International Law*, <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/13855/V%20Van%20Den%20Eeckhout%20-%20Instrumentalisation%20of%20and%20by%20Migration%20Law.pdf?sequence=1>
- Van den Eeckhout, V., The personal status of migrants: still a matter of private international law? – The dark side of the picture, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/13853>
- Van Loon H., *Managing international migration: time for a new approach*, 2007.
- Van Loon, H. "Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale – réflexions à partir de certaines techniques de coopération développées au sein de la Conférence de La Haye", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, 420 – 434.
- Van Loon, H. and De Deycker, S., "The role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law," in *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, One Century Peace Palace, from Past to Present, Asser Press, 2013, 73-119.
- Van Loon, H. "El desafío doble de la migración internacional", in *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68 (2), 2016, 15-17.
- Van Loon, H. "The Brussels Ila Regulation: towards a review?", in *European Parliament Cross-Border Activities in the EU – Making Life Easier For Citizens*, 2015, 178-207.
- Van Loon, H. "Protecting Children Across Borders", in T. Liefaard and J. Sloth-Nielsen, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden/Boston, 2017, pp. 31-46.
- Vargas Gomez-Urrutia, M., « Le rôle du droit international privé face au "nouveau" modèle de migration "temporaire ou circulaire": la technique de coopération des autorités et quelques questions du statut personnel des étrangers face au pluralisme » in H. Ruiz-Fabri, R. Wolfrum and J. Gogolin (eds.), *Select Proceedings of the European Society of international law*, Hart Publishing, 2012, 112-140.
- Velluti, Samantha: *Reforming the Common European Asylum System. Legislative developments and judicial activism of the European Courts*, Berlin/Heidelberg 2014.
- Verhellen, J., *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken*, Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk, die Keure, 2012, 513 p. (The Belgian Code of Private International Law in family

matters. Field-test research of legislative intentions and the actual practice of courts and administrations).

- Verhellen, J., "Balancing migration policy and personal autonomy in private international law: a shattered illusion?" in M.C. Foblets, A. Renteln and M. Graziadei (eds.), *The paradoxes of personal autonomy*, Routledge, 2017, in press.
- Verhellen, J., "Real-life international family law: Belgian empirical research on cross-border family law" in K. Boele-Woelki, N. Dethloff and W. Gephart (eds.), *Family law and culture in Europe : developments, challenges and opportunities*, ed. Cambridge, Intersentia, 2014, 323-333.
- Verhellen, J., "Lost in nationality: private international law and cultural diversity", in M.C. Foblets and N. Yassari (eds.), *Approches juridiques de la diversité culturelle/Legal approaches to cultural diversity*, Académie de droit international de La Haye, 2013, 521-572.
- Verhellen, J. and El Kaddouri, Y., "De kafala in de Belgische rechtsorde. Opent het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven", *Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrechten* 2016, Vol 4, 343-351.
- Verhellen, J., *La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés. Situer les interactions entre le droit international privé et le droit international des réfugiés*, Rev.crit.dip 2017, n° 2 (forthcoming).
- Welte, Hans-Peter: *Der Familienschutz im Spektrum des Ausländerrechts*, Baden-Baden 2012.
- Zimmerman, A., *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1979 protocol. A commentary*, Oxford University Press, 2011, 1936 p.

## Reports / Declarations

- Committee on the rights of the child, *The Rights of All Children in the Context of International Migration*, Report of the 2012 Day of General Discussion, 2012.
- Deutscher Caritasverband, *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Deutschland: rechtliche Vorgaben und deren Umsetzung*, Freiburg, 2. Auflage 2017.
- European Commission, "A European Agenda on Migration", COM (2015), 240 final.
- European Commission, Communication (10 February 2016) on the State of Play of Implementation of the Priority Actions under the European Agenda on Migration COM(2016) 85 final.
- European Commission, Communication of the European Commission to the European Parliament and the Council, *The protection of children in migration*, 12 April 2017.
- EASO, Practical guide on family tracing, 2016. EASO, Age assessment practice in Europe, 2013.
- EASO, Age assessment practice in Europe, 2013.
- ECRE, Comments on Dublin Regulation, [https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Comments-on-the-Dublin-III-Regulation\\_March-2015.pdf](https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Comments-on-the-Dublin-III-Regulation_March-2015.pdf)
- FRA, *Guardianship for children deprived of parental care*, 2014; <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/guardianship-children-deprived-parental-care-handbook-reinforce-guardianship>
- FRA, *Guardianship systems for children deprived of parental care in the European Union*, 2015, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/guardianship-children-deprived-parental-care>
- GEDIP, Declaration on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union, 25th Meeting, Luxembourg, September 2015, available at [http://www.gedip-egpil.eu/gedip\\_documents.html](http://www.gedip-egpil.eu/gedip_documents.html)
- GEDIP, Résolution sur la proposition de la Commission pour une refonte du règlement Bruxelles IIbis, concernant la responsabilité parentale et l'enlèvement d'enfants / Resolution on the Commission Proposal for a recast of the Brussels IIa Regulation, concerning parental responsibility and child abduction, September 2016, available at [http://www.gedip-egpil.eu/gedip\\_documents.html](http://www.gedip-egpil.eu/gedip_documents.html)

- Lagarde P. Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention
- NIDOS, Annual Report of 2016 at <https://www.nidos.nl/wp-content/uploads/2017/05/Nidos-jaarverslag-2016.pdf>
- UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, December 2011, 200 p.
- United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment N° 6, (2005), *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin.*
- 10th European Forum on the rights of the child (Brussels, November 2016); [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=34456](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=34456)

# **Corneloup, Sabine; Heiderhoff, Bettina; Honorati, Costanza; Jault-Seseke, Fabienne; Kruger, Thalia; Rupp, Caroline; van Loon, Hans; Verhellen, Jinske – Private International Law In A Context Of Increasing International Mobility: Challenges and Potential**

This research paper was requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs and commissioned, overseen and published by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs.

The original version of this study for the JURI committee, June 2017, is available at:

<http://www.europarl.europa.eu/studies>

Sabine Corneloup (coordinator), Professor at the University Paris II Panthéon-Assas, France, member of TEE  
Bettina Heiderhoff, Professor at the University of Münster, member of TEE  
Costanza Honorati, Professor at the University of Milano-Bicocca, member of TEE  
Fabienne Jault-Seseke (coordinator), Professor at the University of Versailles Saint-Quentin, France, member of the GEDIP and of TEE  
Thalia Kruger, Professor at the University of Antwerp, Belgium, member of TEE  
Caroline Rupp, Junior Professor at the Julius-Maximilians-University Würzburg, Germany, member of TEE  
Hans van Loon, Former Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, member of the GEDIP  
Jinske Verhellen, Professor at the Ghent University, Belgium, member of TEE

## **LIST OF ABBREVIATIONS**

<b>1996 Hague Convention</b>	Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and measures for the Protection of Children
<b>CJEU</b>	Court of Justice of the European Union
<b>Dublin Regulation</b>	Regulation no. 604/2013 of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)
<b>ECHR</b>	European Convention of Human Rights
<b>EU</b>	European Union
<b>GRC</b>	Geneva Refugee Convention (1951)
<b>Hague Conference</b>	Hague Conference on Private International Law
<b>MS</b>	Member State(s) of the European Union
<b>PIL</b>	Private International Law

## **EXECUTIVE SUMMARY**

### **Background**

This study on private international law (PIL) in a context of increasing international mobility was requested by the Committee on Legal Affairs to be presented during a workshop dedicated to the potential and challenges of PIL in the current migratory context.

The research paper examines the difficulties faced by judicial and administrative authorities in EU MS when they are called on to apply PIL tools in the current migratory context, with a view to providing an overview of the challenges that PIL faces nowadays, in its interaction with migration law, in particular refugee and asylum law.

Chapter one considers issues of personal status in a cross-border context, and more specifically the recognition of personal status acquired abroad. Personal status is of crucial importance in a migration context: the protection of unaccompanied children depends on proof of age and requires the identification and tracing of possible family members; the right to family reunification depends on proof of marriage and parentage; the existence of family ties determines which MS is responsible for asylum applications, etc. In all these situations, migration law, including refugee and asylum law, interacts with PIL. However, the way those two sets of rules interact may have different effects: in some situations compliance with PIL rules is a necessary precondition for acquiring a residence status in a MS, while in other situations it does not have any effect on the migration status. The study will adopt this twofold structure as a basis to elaborate on several issues: missing and absent authentic documents, fraudulent documents, child marriages, polygamy and *kafala*/adoption. Without being exhaustive, the paper provides examples from several MS highlighting the challenges of PIL in the current migratory context and the search of more coordination/harmonisation in the EU, as well as coordination with other organisations such as the Hague Conference and the International Commission on Civil Status.

Chapter two pinpoints specific difficulties in the migration context regarding the application of foreign law. While the issue of access to, and treatment of, foreign law is generally considered in PIL from a judicial perspective (i.e. when a question brought before a court is governed by foreign law and the court has to apply that law), a different focus is needed in the context of migration. First, particular attention must be paid to the assessment of foreign law by non-judicial authorities. Secondly, the main issue is not the application of foreign law by the courts but the access to, understanding and treatment of, foreign law within the context of the migrant's personal status *recognition*. Such recognition often requires assessing whether a foreign civil status (and, where available, foreign civil status documents) are to be recognized, which implies the understanding and treatment of foreign law by administrative and judicial authorities.

Chapter three looks into a very specific but important issue, the PIL rule in Article 12 of the 1951 Geneva Refugee Convention. This provision states in its first paragraph a classic conflict of laws rule: the refugees' personal status is governed by the law of the country of their domicile or, if they have no domicile, by the law of the country of their residence. The second paragraph provides for protection of rights previously acquired, subject to an *ordre public* reservation. This rule applies in all MS, except Sweden which made a reservation to Article 12. The practical application of this provision is diverging in the MS as to the following four questions: Who is a refugee? What is personal status? What is domicile? And is the application of the rule mandatory? Moreover, since the change of the connecting factor carried out by Article 12 may entail a change, or even multiple changes, of the applicable law, the question arises as to how rights previously acquired should be protected. There is an urgent need for consistent interpretation and application of this important Article.

## **Aim**

The aim of the present study is to provide an overview of the interactions between PIL and migration law (including refugee and asylum law) and recommendations that could address the ineffective interplay between these two sets of rules and the subsequent impact on the right to respect for refugees' and migrants' family life.

In developing this study, the authors drew on their expertise in the field of PIL and migration law, relevant literature and case law in the area and a limited number of very recent interviews with the National Red Cross Services, Guardianship Services, Central Authorities and asylum and migration authorities in Belgium, France, Germany, Italy and the Netherlands to further identify the interplay between the two sets of rules.

The recommendations have a two-fold objective. First, they present action points for the EU (and more specifically for the European Parliament) including promoting uniform and effective practices among MS regarding the interpretation and application of existing instruments. Secondly, they call for further empirical research in the field. A summary of the recommendations appears in the "key findings" at the beginning of each chapter.

## GENERAL INFORMATION

The major policy challenge is to improve the interactions between migration law (including asylum law) and private international law (PIL) in the current context of global migration. These interactions – and more specifically the recognition of facts and documents concerning migrants' and refugees' personal status (such as birth, marriage and death) – were clearly highlighted by the European Group for Private International Law in its [Declaration](#) on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union (September 2015).

Even though both PIL and migration law belong to the Area of Freedom, Security and Justice, there is no actual unity of approach: each field has its own rules and (almost) no links exist between them. A better interplay and coordination, in the two directions, is necessary.

International migration entails many private law issues, such as the protection of children (especially unaccompanied children), age assessment, marital or parental ties and their consequences on family reunification. In this context, the PIL issue of foreign documents recognition is of crucial importance. The potential of PIL in this respect is twofold.

First, adopting a private law perspective will imply a focus on migrants as individuals rather than on the State's interests. States often focus on ideas of burden-sharing and fraud prevention. They manage international migration from a very distant and even statistical perspective (flows of people and figures), while consideration of migrants and their family members' interests requires a more concrete approach.

Secondly, PIL offers specific instruments, tools and methods, which may prove efficient for a better governance of the increasing international mobility of persons. This potential of PIL is to be further explored regarding the following three problems: the recognition of foreign documents, the application of foreign law and the scope of application of Article 12 of the 1951 Geneva Refugee Convention. However, for all three topics, it is crucial to overcome the traditional public-private law divide.

In order to get a clear view of the practical reality of these problems, it is necessary to adopt a twofold comprehensive approach:

The in-depth analysis focuses not only on people seeking refuge from persecution and conflict in their home countries (asylum and subsidiary protection), but also on migrants seeking family reunification or migrants moving to Europe for economic or environmental reasons. Whereas the first category of migrants may decrease if the political situation in the countries of origin improves or may at least

strongly fluctuate over time, the second category will probably be of a more long-lasting nature and must not be overseen in the context of the current refugee crisis.

The in-depth analysis elaborates on the challenges faced by judicial and administrative authorities. Problems arise in the daily practice of ‘civil judges’ who are often called upon to recognize foreign documents (such as birth and marriage certificates) and apply foreign law. However, sufficient attention must also be paid to the practice of ‘administrative’ authorities, such as civil servants, asylum and migration authorities.

## 1. RECOGNITION OF PERSONAL STATUS ACQUIRED ABROAD

### KEY FINDINGS

- The EU should promote cooperation between national authorities responsible for civil law matters (civil registry authorities, child protection (Central) authorities) and asylum and migration authorities, while respecting their specific responsibilities.
- The EU should promote unification of practices within and across MS to combat fraud relating to personal status documents in an efficient manner without depriving migrants of their right to family life.
- Bilateral negotiations between the EU, on the one hand, and specific third States, on the other hand, should be initiated, with the objective of ensuring the authenticity of personal status documents through bilateral agreements. The European cooperation mechanism should be adapted to the particular situation of each country of origin. Moreover, the cooperation procedure needs to be accompanied by policies to help the country of origin develop reliable registration systems.
- The EU is encouraged to support EU MS in developing alternative methods to replace missing documents.
- Urgent attention should be given to the implementation of Art. 25(5) of Directive 2013/32/EU (so-called Asylum Procedures Directive) across the EU, and further efforts, inspired by recent practice and law reforms in some MS, should be made to improve uniformity of age assessment across the EU. In particular, a guardian should assist the child and when the reliability of age assessment techniques is not scientifically established, it is necessary to investigate whether the possibilities of appeal are sufficient.
- Recognition of child marriages lawfully concluded in third States should be decided throughout the EU on a case-by-case basis taking into account the best interests of the child and all circumstances.
- The EU is encouraged to spread awareness of the 1996 Hague Convention, which is in force in all EU MS, and the obligations it imposes on EU MS in respect of migrant children, including those subject to a *kafala* arrangement. In case of recognition of a *kafala* under the 1996 Hague Convention rules, children should be granted visa or residence permits if their right to respect for their family life so requires.
- In-depth (empirical) research is necessary to see how private international law and migration law, including refugee and asylum law, interact. This research should be comparative, comparing both law and practice of MS.

#### 1.1. Identification of cross-border personal status issues in a migration context

##### 1.1.1. *Interactions between private international law and migration law*

The registration and recognition of facts and documents concerning migrants' personal status immediately brings migration into the field of private international law (PIL), and more specifically of the rules on the recognition of foreign decisions and authentic acts (marriage and birth certificates, dissolutions of marriage, etc.).

**Personal status is of crucial importance in a migration context:** the protection of unaccompanied children depends on proof of age and requires the identification and tracing of possible family members; the right to family reunification depends on the proof of marriage and parentage; the existence of family ties determines which State is responsible for asylum applications, etc.

In all these situations, **migration law, including refugee and asylum law, interacts with PIL**. However, the way those two sets of rules interact may have a different effect: in some situations, compliance

with PIL rules is a necessary precondition for acquiring a residence status in a EU MS (1.1.2), while in other situations this compliance does not have any effect on the person's migration status (1.1.3). As recognized in several interviews with national authorities, **cooperation between national authorities responsible for civil law matters** (civil registry authorities, child protection (Central) authorities) and **asylum and migration authorities** is crucial.

### **1.1.2. *Recognition of personal status under PIL as a prerequisite for migration status***

Most commonly, the recognition of personal status under PIL is seen, from the perspective of migration law, as **a precondition for acquiring a specific migration status** (e.g. obtaining refugee status, subsidiary protection status or other residence statuses). For instance, the recognition of a foreign marriage has a decisive impact on migration matters: visas or residence permits are granted on that basis, family reunification becomes possible, transfers under the Dublin Regulation<sup>1</sup> are performed, etc. The rules on family reunification between spouses seem to be relatively clear, but in practice major problems exist due to the fact that sufficient evidence of marriage is often lacking. The person applying for family reunification bears the burden of proof. If official documents cannot be obtained from the administration of the country of origin, alternative methods have to be found. The same tension between migration rules and PIL rules is visible in the field of parentage, e.g. in the situation where a unaccompanied child is granted refugee status in a MS and applies for family reunification with a parent still staying in a refugee camp in another MS or in the country of origin. Under Article 10(3) of the Family Reunification Directive (2003/86/EC), any MS shall authorize the entry and residence of his or her "first-degree relatives in the direct ascending line". The reverse situation is common as well, where a parent is granted refugee status and applies for family reunification, in order to allow the children left behind to join the parent in a MS.

Yet, migrants regularly find themselves confronted with the impossibility of submitting a document to provide evidence of their family relationship (see 1.2.1). In many countries, birth or marriage certificates do not exist or are unreliable. Even if migrants can produce the necessary documents, they are often confronted with non-recognition of their personal status acquired abroad (see 1.2.2). The impossibility for migrants to prove the accuracy of their personal status or to have their foreign personal status accepted in the host country has an enormous impact on their family life and may even lead to the destruction of their family unit. Respecting the right to family life (protected e.g. by Article 8, ECHR, and Art.7 of the EU Charter of Fundamental Rights) however is a key premise for the successful integration of migrants and refugees into a host society.

Not only does the evidence of family ties constitute a problem in asylum and migration procedures, but it is also an often-raised obstacle within the **family tracing process**. Hence, this study cannot ignore the issue of family tracing. In order to get some insights from practice, the National Red Cross in Belgium, France, Germany, Italy and the Netherlands were interviewed (see below 1.4). The National Red Cross or Red Crescent Societies are contacted by hundreds of families who have lost contact with their relatives somewhere within or on their way to Europe. The Tracing Services of the National Societies try to help these families find their family members. Personal status issues often complicate the work. For unaccompanied children, family tracing begins at the early stage of the preliminary procedure of taking into care. If family reunification is possible and lies in the best interest of the child, it can be effectuated, but in practice tracing may be a lengthy process, and reunification still presupposes that the family ties are properly proved.

---

<sup>1</sup> Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person.

### **1.1.3. No migration status despite recognition of personal status under PIL**

In other instances, the recognition of personal status under PIL is not sufficient from the perspective of migration law, in the sense that the recognition of personal status under civil law (i.e. under PIL) is not necessarily followed by the issuance of an adequate status under migration law. Different explanations exist for this **ineffective interplay between PIL and migration law**.

In some cases, the foreign personal status does not fit into the categories of migration law of the State of destination. The Islamic institution of *kafala* is a well-known illustration (see below 1.3.2).

In other cases, the migration authorities' discretionary power over the entry and stay of non-nationals may lead to an insufficient interplay between PIL and migration law. For instance, even though foreign adoption is recognized under the national rules of PIL, the issuance of a visa allowing the child to access the territory of the adopting parent is not necessarily automatic in all MS and may take a long time. In France, in case of an *adoption simple*, the child can become French by mere declaration.<sup>2</sup> However, in practice, to make the declaration, the child has to be in France, and in some cases the entry of the child in France is delayed/the visa is denied implying that the child often has to wait for years in his/her country of origin.

Finally, there are also cases where migration law has developed specific rules, which derogate from general PIL rules. For instance, under the PIL of the MS, foreign polygamous marriages may have some legal effects. Yet, when spouses invoke their polygamous marriage for a migration purpose, specific, overriding migration rules exist (see below 1.3.1).

### **1.1.4. Burning questions at two levels**

All these interactions between PIL and migration law have led to several burning questions concerning the different aspects of personal status: marriage, marriage dissolution, parentage, adoption, *kafala* and age.<sup>3</sup>

The study will take the above-mentioned twofold structure as a basis:

- Recognition of personal status under PIL as a precondition for migration status (1.2)
  - o **Documents:** Foreign (authentic) personal status documents are missing or are (considered to be) fraudulent and alternative methods have to be found to prove personal status and family ties (1.2.1);
  - o **Personal status per se:** Personal status acquired abroad cannot be recognized/accepted in EU MS (1.2.2). This study will take **child marriages** as a case.
- Recognition of personal status under PIL without consequences upon migration status (1.3)
  - o **Polygamous marriages** (1.3.1)
  - o **Kafala and adoption** (1.3.2)

Without being exhaustive, the paper provides examples from several MS highlighting the challenges of PIL in the current migratory context and the search for more coordination/harmonisation in the EU (coordination with other organisations such as the Hague Conference and the International Commission on Civil Status).

---

<sup>2</sup> Art. 21-12 Code Civil.

<sup>3</sup> For an overview, see J. Verhellen, « La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés. Situer les interactions entre le droit international privé et le droit international des réfugiés », Rev.crit.dip 2017, n° 2 (forthcoming).

## **1.2. Recognition of personal status under PIL as a precondition for migration status**

### **1.2.1. Documents**

#### **1.2.1.1. No authentic documents**

Migrants often only have copies or affidavits (sworn statements) of their personal status documents. This may generate problems, as the submission of ‘authentic’ documents is the first step towards recognition in a MS of a personal status acquired abroad.

Personal status documents (like all foreign decisions or authentic acts) must be legalized or apostilled in order to certify the authenticity of the signature and the capacity in which the person signing the document has acted. The foreign personal status document must be legalized in the country of origin and by the MS competent consular post for that country. For some countries, such legalization is completely impossible because they are in war or there is no functioning administration (e.g. Somalia). **Further research will be necessary to map in a more coherent way whether procedures/exceptions exist in MS to overcome this force majeure situation, whether these procedures are uniform within any MS and are uniform (portable) across the EU.**

#### **1.2.1.2. No documents**

The absence of ‘authentic’ documents is one thing, the absence of ‘any’ document another. Civil registrars and judges in EU MS are often confronted with people who are unable to deliver a marriage or birth certificate.

People who fled their country with the fear of being persecuted often had no time to collect important documents. In many countries, marriage and birth certificates are not issued or individuals were unable to access the official authorities at the time of marriage or birth.

#### **1.2.1.3. Fraudulent/false documents**

In some countries, in order to obtain a certificate people have to wait until the authorities come to their village, which occurs for instance twice a year. As a result, birth certificates from those countries only have January or June as birth months, which may lead to suspicion of fraud, discussion whether a person is still a minor or not and thus entitled or not to a guardian, etc. Similar problems can occur when people come from countries that use another era (for instance the Persian calendar).

As personal status has a decisive impact on the legal condition of third State nationals under migration law, fraud with respect to civil status documents has become a major problem for receiving MS.<sup>4</sup> In order to combat fraud, restrictive legislations have been adopted in many MS during the last decades (e.g. legislative measures to fight against marriages of convenience). As a result, migrants from countries whose birth and marriage certificates are notoriously unreliable are facing today a systematic suspicion of fraud. Alternative methods of proof are not always available and therefore migrants regularly find themselves confronted with the impossibility of proving the accuracy of their civil status. In practice, this leads to the destruction of family unity and constitutes a violation of the right to respect for family life, guaranteed by Art. 8 ECHR and Art. 7 of the EU Charter of Fundamental Rights.

---

<sup>4</sup> See D. Macniven, « Fraud with respect to civil status », Note requested by the EP’s Committee on Legal Affairs, 2012 (PE. 462.499).

**Innovative approaches are urgently needed**, recognizing that it is a complex issue, **allowing host countries to combat fraud efficiently without depriving the right to family life of its effectiveness** due to a mere factual impossibility to provide full proof.

**Cooperation with the State of origin**, if possible, is certainly the best approach. However, countries of origin are very heterogeneous. Their public administration structures have to be sufficiently developed to allow the development of international cooperation. The way forward should be realistic, advancing on an experimental basis with a limited number of countries of origin.

EU Regulation n° 2016/1191 on the circulation of public documents, which is applicable only between EU MS, should be used as a model for the relationships with a few selected third States, such as the Balkan States and Morocco, which are big countries of origin for the EU and have well-functioning civil status authorities. Article 14 of the Regulation provides a very promising procedure for cooperation between MS: where an authority has a reasonable doubt as to the authenticity of a public document, such as a birth certificate, it can submit a request for information, through the Internal Market Information System or the relevant central authority, to the authority that issued the document.<sup>5</sup> International agreements with selected third States could be modelled on this provision, so as to facilitate circulation of foreign documents.

#### 1.2.1.4. *Alternative methods*

If no (authentic) documents exist, many questions arise both at the level of migration procedures and at the level of civil status procedures. The lack of documents may block migration files, but also has an impact on the migrants' family life in the host country. What are the alternative procedures/methods to replace missing personal status documents? Are these procedures adequate? Are there sufficient procedural guarantees, e.g. in case of age assessment procedures? Are such procedures uniform within any EU MS? Are they uniform across the EU: in particular, is Article 25(5) of Directive 2013/32/EU applied in a uniform manner? According to this provision, minority is presumed when, after exploring all age assessment methods available in the individual case of an unaccompanied minor, age determination with sufficient certainty is not possible. This presumption is not really applied in all MS, as attested by the illustrations below.

---

<sup>5</sup> Regulation (EU) 2016/1191 of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012:

« Article 14 Requests for information in cases of reasonable doubt

1. Where the authorities of a Member State in which a public document or its certified copy is presented have a reasonable doubt as to the authenticity of that public document or its certified copy, they shall take the following steps to dispel their doubt: (a) check the available models of documents in the repository of IMI as referred to in Article 22; (b) if a doubt remains, submit a request for information through IMI: (i) to the authority that issued the public document or, where applicable, to the authority that made the certified copy, or to both; or (ii) to the relevant central authority.
2. A reasonable doubt as to the authenticity of a public document or its certified copy as referred to in paragraph 1 may relate, in particular, to: (a) the authenticity of the signature; (b) the capacity in which the person signing the document acted; (c) the identity of the seal or stamp; (d) the document having been forged or tampered with.
3. Requests for information made under this Article shall set out the grounds on which they are based.
4. Requests for information made under this Article shall be accompanied by a copy of the public document concerned or of its certified copy, transmitted electronically by means of IMI. Such requests and any replies to those requests shall not be subject to any tax, duty or charge.
5. The authorities shall reply to requests for information made under this Article within the shortest possible period of time and in any case within a period not exceeding 5 working days or 10 working days where the request is processed through a central authority. In exceptional cases where the time limits referred to in the first subparagraph cannot be adhered to, the requested authority and the requesting authority shall agree upon an extension of the time limit.
6. If the authenticity of the public document or of its certified copy is not confirmed, the requesting authority shall not be obliged to process them. »

Several alternatives are available in the absence of (authentic) documents:

a) Supplementary judgments

A first alternative may be to produce a supplementary judgment concerning birth or marriage performed abroad. Such supplementary judgments are generally rendered in the country of origin, where the birth or marriage took place, and therefore are an alternative only in so far as the law of the country of origin provides for them. The supplementary judgment may replace a missing document or a non-authentic document. If it pertains to birth abroad, it may prove age and parentage; if it pertains to marriage abroad, it may prove marriage and sometimes also parentage (e.g. paternity presumption based on marriage). Its probative value is recognized, unless the judgment itself lacks authenticity or fraud is suspected.

b) Proof of minority: age assessment procedures

Correct age assessment is important in two regards: on the one hand, all children need to be given protection; on the other hand, adults posing as minors should be prevented from being admitted into child/youth care facilities as that may not serve their needs and also endanger the welfare of the other children placed there.

It is crucial for unaccompanied children to have a guardian appointed: without proper representation they cannot act legally, and especially not apply for asylum/act in asylum proceedings. A guardianship should, therefore, be named as quickly as possible (see in more detail the study ‘Children on the move: a private international law perspective’). This may involve complicated prerequisites, such as proof of age.

If no birth certificate exists or if the foreign birth certificate is not legalized or is considered to be unreliable, it is necessary to consider other **age assessment procedures**. The examples below from France, Belgium and Germany illustrate how asylum and migration authorities deal with the lack of documents and search for alternative methods, or how they have adopted restrictive practices showing a general suspicion of fraud towards third country nationals.

In **France**, the new Article 388 of the French *Code civil*, as amended in 2016, provides that minority should be presumed until the contrary is proven.<sup>6</sup> Bone tests have to be authorized by the court and need the child’s prior consent; moreover, they must indicate the margin of error. Examination of pubertal status is forbidden. This provision should change the practice of French migration authorities, which so far have not followed such legal presumption. Previous solutions were considered to be in breach of Article 8, ECHR, and the right to family life established therein.<sup>7</sup>

Unaccompanied children have, first of all, a right to an emergency shelter as soon as they declare they are minors. The age assessment procedure comes afterwards. A ministerial ruling clarifies the evaluation procedure.<sup>8</sup> The evaluation is based on documents and interviews with the migrant. If doubts remain, the president of the county council (*conseil départemental* in charge of the child welfare services) can contact the service in charge of combating fraud<sup>9</sup> or seize the juvenile Court. The

---

<sup>6</sup> Law n° 2016-297 of 14 March 2016.

<sup>7</sup> See for instance: ECHR, 10 July 2014 (4 decisions) n° 52701/09, n° 2260/10, n° 19113/09, and n° 23851/10, D. 2015. 455, F. Jault-Seseke, Rev. crit. DIP 2015 p. 373, S. Corneloup.

<sup>8</sup> Arrêté du 17 novembre 2016 pris en application du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 relatif aux modalités de l’évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

<sup>9</sup> For the verification of documents, in each Prefecture (the home office in each county), there is a service dedicated to the documentary fraud. The matter can also be referred to the central department of the border police. The process is long (long-waiting time), costs are important and it is questionable whether it furthers the child’s best interests.

implementation of this provision, while still in the initial phase, shows that a well-done evaluation results in avoiding the need for medical tests. This is particularly important since those tests do not clear up any possible doubts. In the family reunification process, however, the competent authority (the *Préfecture*<sup>10</sup> on the one hand, the French consulate on the other) can deny the age minority without seizing the juvenile Court. The decision can be challenged before the administrative courts. Should they apply Article 388 of the *Code civil*? In our view, the answer should be positive, even though the exact scope of application of this provision is not completely clear regarding children holding a foreign nationality and not present in France.

In **Belgium**, there is no such legal presumption of minority. However, under the Guardianship Law, the Federal Guardianship Service within the Federal Public Service Justice, which is responsible for designating guardians for unaccompanied minors, decides whether or not a person has attained the age of majority. If the Guardianship Service or the asylum and migration authorities have reasonable doubts as to the age of the person concerned, the Guardianship Service immediately orders a medical (skeletal and dental age) examination by a doctor<sup>11</sup> in order to verify whether or not the person is younger than 18 years old.<sup>12</sup> In case of doubts as to the result of the medical examination, the youngest age has to be taken into consideration. Once the Guardianship Service has decided on the age assessment, the Office of the Commissioner General for Refugees and Stateless Persons and the Immigration Office must respect the assessment.

It is important to mention here a decision of 18 July 2013 of the Constitutional Court clarifying that the age determination procedure with a view to the possible appointment of a guardian is an application of a police and security law.<sup>13</sup> Pursuant to Article 144 of the Constitution, however, civil courts are exclusively competent for legal actions concerning civil rights. Consequently, if the child wishes to have his or her name and date of birth confirmed with *res judicata* effect, he or she has to initiate legal proceedings before the competent civil court.<sup>14</sup> An interesting example can be found in a case before the court of first instance in Hasselt (25 February 2008).<sup>15</sup> The case concerned a child who arrived in Belgium on 19 December 2004 and subsequently asked for asylum. Since the child was unable to hand over any document proving his age, the Guardianship Service ordered an age assessment. The result of the test showed that the child was 17,5 years and therefore had to be treated as a minor. During his stay in Belgium, the child was able to obtain three documents: 1) his *taskara* (Afghan identity card), 2) a document from the Afghan embassy proving his date of birth which had been legalized by the Belgian Public Service Foreign Affairs and 3) an Afghan passport. Since the Guardianship Service refused to take note of the child's date of birth mentioned in these documents, the child initiated proceedings before the court. Bearing in mind that the child, due to the war and the communication problems in his country of origin, could not obtain an original birth certificate, the court decided that the child could prove his birth by all legal means. The court concluded that preference should be given to the information provided in the documents handed over by the child.<sup>16</sup> The fact that the court decided to award more weight to the (non-authentic) documents than to the medical age assessment is important especially since the use of medical procedures for age assessment is considered to be controversial.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> In France, the *Préfecture* is an administrative authority, forming part of the Ministry of Home Affairs and representing it locally.

<sup>11</sup> The costs of these medical tests are at the expense of the requesting authority (e.g. the Guardianship Service, the migration authorities).

<sup>12</sup> The Council of State explicitly decided that *the only aim of the medical examination is to verify whether the person is younger than 18. The Guardianship Service cannot replace the date of birth in the foreign birth certificate by a new date based on a medical examination* (Council of State 31 March 2015, n° 230.704, available at <http://www.raadvst-consetat.be>).

<sup>13</sup> Constitutional Court, 18 July 2013, n° 106/2013, available at <http://www.const-court.be>.

<sup>14</sup> Article 569 of the Judicial Code, Article 46 of the Civil Code and Article 27 of the Belgian PIL Code.

<sup>15</sup> Available in Dutch at <http://www.kruispuntmi.be/rechtbank-van-eerste-aanleg-van-hasselt-2008-02-25>.

<sup>16</sup> In accordance with Article 47 of the Belgian Civil Code and Article 27 of the Belgian PIL Code.

<sup>17</sup> See V. Feltz, „[Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood](#)”, 28 August 2015, p. 17.

In Germany, the youth welfare office (*Jugendamt*) has an emergency competence and duty to provisionally take into care (including the right to act as their interim representative) all foreign unaccompanied minors, defined as those under the age of 18.<sup>18</sup> This is followed by an age assessment procedure.<sup>19</sup> The youth welfare office is not bound by the age assessment given by the asylum authorities. Guidelines for the age assessment procedure have been developed by the national working group of state youth welfare offices.<sup>20</sup> Under these guidelines, which seem to be applied uniformly across Germany, the assessment will be based primarily on the documents (especially identity documents) provided by the child. According to the Bavarian state youth welfare office, documents/certificates are accepted as a basis for age assessment if they appear “reasonably dependable” which is the case for most documentation.<sup>21</sup>

If documents are not available or inconclusive, a “qualified inspection” of the child is conducted by two experienced pedagogical staff of the local youth welfare office who also have knowledge of the child’s cultural background. This inspection includes an examination of the outward appearance (criteria are e.g. voice, hair/beard, crease lines) as well as the content of the interview conducted with the child with the help of a language mediator/interpreter (e.g. whether the child’s description of his role within his family at home matches the role typically assumed by boys of that age in his cultural background). Additionally, witnesses and experts may be questioned and further documents (e.g. from asylum authorities) taken into consideration. The age assessment decision is based upon the individual appreciation of the combination of the various factors in each case.

In case doubts remain, a medical examination may take place (upon the child’s request or an order by the youth welfare office). However, there seem to be regional differences as to the cases, in which this examination is carried out. This is due to the unprecise results of the medical examination which is only reliable where the young person is at least 21 years old.<sup>22</sup> The examination requires the consent of the child and his/her guardian. This causes a problem, as an official guardian has not yet been appointed at this stage. If minority cannot be excluded with certainty, the youth welfare office will usually take the person into preliminary care and can then consent to the examination based on its emergency competence – but this leads to a conflict of interest. In practice, the youth welfare offices will assume minority whenever the age remains unascertainable.

The youth welfare office’s decision as to age is not legally binding upon other authorities and courts. However, it has become established practice for other authorities to respect the youth welfare office’s assessment in order to avoid conflicts between authorities.<sup>23</sup> The youth welfare office’s decision can

---

<sup>18</sup> For a general overview of the youth welfare office’s role competences, see Lack, K., “Die Rechte unbegleitet in die Bundesrepublik eingereister Minderjähriger”, in: Heilmann, S. / Lack, K. (eds.): Die Rechte des Kindes, Cologne 2016, 85-114, and Veit, B., “Das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher”, FamRZ 2016, 93-98.

<sup>19</sup> Lack, K., cited, at 102 ff.; critical analysis Veit, B., cited, at 96 f.

<sup>20</sup> Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter, „Handlungsempfehlungen zum Umgang mit minderjährigen Flüchtlingen“, 2014, [http://www.bagljae.de/downloads/118\\_handlungsempfehlungen-umf\\_2014.pdf](http://www.bagljae.de/downloads/118_handlungsempfehlungen-umf_2014.pdf), 15 f.

<sup>21</sup> If however criminal investigations point to a type of documents (e.g. Afghan *taskara*) being faked in a multitude of cases and it is difficult to ascertain their authenticity, these documents are seldom used as the (sole) basis of age assessment decisions.

<sup>22</sup> The youth welfare offices seem to take a slightly different approach here. In Westphalia, the examination is only conducted when the young person seems to be way older than he or she claims to be, and far beyond the age of majority. In any other doubtful cases the young person is treated as a minor. In Bavaria, the examination is taken more often. Depending on the individual case, methods include e.g. an examination of the clavicle bone or dental examinations. It is currently debated how far the use of x-ray examinations is admissible (see e.g. OLG Hamm 30.1.2015 – 6 UF 155/13, FamRZ 2015, 1635; OLG München 12.3.2012 – 26 UF 308/12, FamRZ 2012, 1958; OLG Köln 28.6.2012 – 25 WF 107/12, MDR 2013, 286). More advanced methods (use of methylation marker set for forensic age estimation) are not used in practice yet.

<sup>23</sup> E.g. there was a case where a person assessed to be an adult by the youth welfare office and accordingly placed in adult asylum seekers’ accommodation claimed again to be a minor towards the Federal Office for Migration and Refugees who transferred him back to the youth welfare office.

be contested in the administrative court (this may entail a detailed expert opinion). For this reason, proper documentation of the assessment procedure is of paramount importance.

In **Italy**, the new Statute on Protection of Foreign Unaccompanied Children (Law No 46 of 7 April 2017) has extended to all children the procedures already envisaged by Ministerial Decree No 234/2016 on Assessment of Age of Children Subject to Human Trafficking. Under the present legal frame, judicial or administrative assessment of age should only be made when age cannot be ascertained through a document containing proof of age, if possible, in cooperation with the diplomatic or consular authorities of the child's alleged place of residence. Diplomatic channels should not be used when the child asks, or could ask, for international protection. When such documents are not available, age is assessed by public authorities, firstly, through an interview with the child in the presence of a cultural mediator and a (provisional) guardian. The child and his legal representative are informed of the need to ascertain the age and the consequences thereof. In case of doubt on the child's declared age, authorization can be asked to the Prosecutor to order social-health checks to assess the child's age. The child and his legal representative are informed of the need to ascertain the age through medical checks and the legal consequences thereof, and the right to oppose such procedure.<sup>24</sup> Results are notified to the foreign child in a manner compatible with his age, maturity and level of literacy, using a familiar language. Moreover, results are notified to the person who holds parental responsibility as well as to the judicial authority which requested the assessment.

c) Proof of parenthood: genetic tests

If (legalized) documents cannot be obtained from the administration of the country of origin, the only option left is to resort to the method of factual **proof by a genetic paternity/maternity test**. This is not exactly in accordance with the rules on legal parenthood in several MS' substantive family law, which do not necessarily correlate with genetic kinship. While it can often help, it can also create problems as will be illustrated below.

In **Germany**, when a parent is granted refugee status and applies for family reunification with his or her children, the German embassy in the country where the children are present is responsible for issuing the visa. If the child cannot present sufficient certificates, the refugee may try to prove genetic parenthood by presenting the results of a genetic paternity test. This method, which must be fully paid for by the refugee, is regularly used.<sup>25</sup> With regard to unaccompanied minors entering Germany, family reunification is seen as one of the tasks of the youth welfare office (see above). As soon as the minor is granted refugee status, the guardian will investigate whether family reunification is reasonable and can be performed. However, the child must prove parenthood if the necessary documents cannot be presented. Here, again, the genetic testing method is used.

In **Belgium**, the lack of documentary proof can create frictions between the asylum and migration authorities' decisions and the National Register authorities' ones. When e.g. a Syrian man is granted refugee status, he will seek family reunification with his wife and children still living in Syria or in a refugee camp in Turkey. The current practice is that the man's family members will be granted a visa to come to Belgium, but to satisfy the requirements of registration into the National Register they will

---

<sup>24</sup> Medical age assessment is made by a multidisciplinary team, and includes a psychological and auxological interview that shall be conducted with due regard to the child's vulnerable situation and right to privacy; only as a last resort a wrist X-Ray examination is performed. All officers are advised of the error-rate of this exam and in doubt they shall apply a presumption of minority. Accompanying literature and real practice show that XR-results often do not assess the real age, not only because of the technical uncertainty of this exam, but also because the comparison tables are drawn on human-typo (typically North-Western population) that do not reflect the typical social-medical growing environment of Middle-East population.

See also [https://www.unicef.org/protection/Age\\_Assessment\\_Practices\\_2010.pdf](https://www.unicef.org/protection/Age_Assessment_Practices_2010.pdf).

<sup>25</sup> The DNA sample of the child (and the other parent) is generally taken under the witness of a member of the staff of the Embassy and sent to a German clinic, where it will be compared to the DNA of the parent who is in Germany.

need to produce legalised marriage and birth certificates. If they cannot provide these documents, they will be registered as ‘unrelated’ to the man, with all kinds of negative consequences (e.g. no child or other family benefits). The pragmatic solution is to make those family members also apply for asylum in Belgium.

In **France**, the 20 November 2007 Act allowed DNA evidence but under very restrictive conditions.<sup>26</sup> It could only be used with regard to maternity proof. However, the decree which was necessary to implement the test was never passed because biological identification established for foreign nationals only generated a lot of reactions leading to the solution being dropped. Therefore, the Council of State denied applications for genetic tests made by migrants who sought such tests in order to establish parentage and therefore obtain family reunification.<sup>27</sup> Criticism was based on different arguments, such as the fact that in civil law parentage is not necessarily based on genetics, and that genetic tests are extremely intrusive. Moreover, it was feared that they might be used as a means to prevent migration, and regrettably their usefulness for migrants themselves, when they are not able to prove their parenthood otherwise, was not sufficiently put forward. Children’s best interests are obviously awaiting a reform.

In **Italy**, Article 29 of the Consolidated Text on Immigration<sup>28</sup> provides that where:

- a) family relationship cannot be proven with certainty by certificates or attestations by the competent foreign authorities,
- b) there are no recognized authorities, or
- c) there are reasonable doubts as to the authenticity of the abovementioned documents, the Italian diplomatic or consular representatives shall issue certificates on the basis of DNA tests.

The rule applies to all foreigners who have a residence permit in Italy and are seeking family reunification for their relatives. In relation to refugees, however, Article 29-*bis* further provides that proof may also be given by any other means that may show the existence of a family bond, including elements drawn by documents and reports adopted by international organizations that are considered suitable by the Italian Foreign Ministry. Furthermore, the law stresses that an application for family reunification shall not be refused on the sole ground of lack of documentary proof. DNA test is done through saliva testing and is voluntary. The costs (ca 230 euro/per person) are normally born by the person resident in Italy and seeking to show the family relation for the purpose of reunification. However, in regard of those who have been granted international protection (refugee status or subsidiary protection) and who are in proven financial difficulties and for whom it is objectively impossible to cover the costs, these are covered by the Italian State. DNA sampling is performed in Italy, in front of public officers so as to ensure the identity of those who take the test, while family members are tested in their country of residence, at the Italian Embassy or Consulate. DNA samples are sent to Italy and compared at a genetics laboratory in Rome.

- d) No proof of marriage

Unlike parenthood, **missing marital status documents cannot be replaced by medical tests**. This is often problematic in family reunification files.

In **Germany**, a couple in asylum proceedings claiming to be married will be interviewed separately about their relationship. If their answers are plausible, they will be deemed to be married. Also, if the

---

<sup>26</sup> Law n° 2007-1631; Art. L. 111-6 Code for Entry and Residence of Foreigners and the Right of Asylum (CESEDA).

<sup>27</sup> Conseil d’Etat, 2 Jan. 2009, n° 323129. Currently, a right to DNA tests exists in French family law in order to prove parentage (see Civ. 1re, 28 March 2000, Bull. n° 103), but this right presupposes French law to be applicable (which is not the case when the mother holds a foreign nationality, see Art. 311-14 *Code civil*) and requires a court order.

<sup>28</sup> Legislative Decree No 286/1998, as modified by Legislative Decree No 5 of 8 January 2007, implementing Directive No 2003/86/EC on the right to family reunification.

couple has a child and tests of genetic parenthood show that both are the child's parents, this will be taken as proof of marriage.

In **France**, the asylum authority OFPRA establishes documents in lieu of civil-status records for persons granted international protection.<sup>29</sup> The Office issues a marriage certificate after interviewing the person concerned and, if necessary, after investigations in cooperation with its information mission abroad. The document replaces the missing foreign marriage certificate. This procedure is only available for refugees and beneficiaries of subsidiary protection.

A similar procedure exists in **Belgium** where the Office of the Commissioner General for Refugees and Stateless Persons (CGRS) issues a marriage certificate to recognized refugees - however, this procedure only applies provided that both spouses reside in Belgium.<sup>30</sup>

### **1.2.2. Personal status per se**

#### **1.2.2.1. General**

Legalization or apostille does not certify the 'content' of the underlying document itself. To evaluate its content, PIL provides for **specific grounds for non-recognition**. One of those grounds is **public policy**. A Syrian couple, for instance, might be confronted with a 'substantive' ground for non-recognition, e.g. the fact that one of the spouses is a minor. Child marriages are considered to be contrary to public policy in most EU MS. In a similar way, polygamous marriages will undergo the test of the public policy exception.

How does this public policy exception function in a migration context, for instance towards child marriages which are concluded in extreme circumstances to protect girls from sexual violence in refugee camps?<sup>31</sup>

**There is no uniformity among EU MS regarding the recognition of (the validity of) marriages entered into other States** (whether EU MS or third States).<sup>32</sup> In most EU countries no formal marriage recognition procedure exists, implying that recognition of foreign marriages has to be effected by each authority that has to register the marriage (e.g. civil registry, asylum and migration authorities).

From a private international law perspective, the fact that a foreign marriage is not accepted/recognized in an EU MS implies that such a marriage may be deprived of its legal consequences. This non-recognition will have a huge impact on migration files: no family reunification visa or residence permits will be granted, no transfers under the Dublin Regulation will be performed, etc.

This paper will focus on the **currently much-discussed topic of child marriages**. The issues that arise relate, firstly, to the legal recognition of such marriages: should their recognition be banned, in an effort to prevent forced marriages, or is it possible to undertake a case-by-case analysis of the circumstances of each marriage in order to determine what, in practice, is in the best interest of the child? The issue becomes even more complex when we take into account the fact that several MS allow underage nationals to get married (either from a certain age, or with specific types of

---

<sup>29</sup> Art. L. 721-3 Code for Entry and Residence of Foreigners and the Right of Asylum (CESEDA).

<sup>30</sup> See <http://www.cgrs.be/en/documents>.

<sup>31</sup> See the European Commission Communication on the protection of children in migration, [COM\(2017\) 211](#), 12 April 2017, p. 2.

<sup>32</sup> The 1978 Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages only applies in Luxembourg and The Netherlands. EU wide ratification of this Convention which deals with the recognition of the validity of marriages entered into *any* foreign State (not just contracting States) would bring much needed harmony in this respect throughout the EU.

authorisation, or both). In some cases, children on the move claim that they married of their own free will; in other cases, girls are encouraged to get married in order to protect them from the risk of being raped during the journey bringing them to Europe. How is the best interest of the child assessed in such cases? From a practical point of view, the issue also arises as regards accommodation - should child spouses be accommodated together, like a family, or not?

#### 1.2.2.2. *Recognition of foreign marriages: the case of child marriages*

In many EU MS a distinction is made between formal and substantive requirements to determine whether the marriage was validly created abroad. As a rule, the law of the State where the marriage was celebrated governs the formal requirements, and the national law (in the UK and Ireland, the law of the domicile) of each spouse will determine the substantive requirements.

Under this rule, in **Belgium**, the substantive validity of a marriage concluded in Iran between a 15-year-old Iranian girl and an 18-year-old Iranian boy is determined by Iranian law, under which the marriage is valid.<sup>33</sup> However, the public policy exception allows Belgian authorities to refuse the recognition of such marriages if this would result in a violation of fundamental values. In general, it is widely accepted that child marriages fall under the notion of forced marriages since children lack the capacity to take a fully informed and consensual decision that may have consequences on their legal status. This does not, however, mean that the recognition of all child marriages should be refused. The Belgian minister of Justice recently (June 2016) stated in Parliament that the use of the public policy exception in cases of child marriages requires an *in concreto* balance of interests.<sup>34</sup> Taking into account the fact that it is also possible for Belgian citizens to enter into marriage without having attained the age of majority (through a procedure before the family court, Article 145 Belgian Civil Code), a foreign child marriage cannot automatically be declared contrary to public policy.

Although no recent case law with regard to the recognition of foreign child marriages is publicly available, questions raised in the Belgian Parliament show that the issue is very much alive. The subsequent discussion revealed that in April 2016, 24 children were registered in asylum centres as being under-aged and married. In most cases, the child is separated from his or her partner/spouse. In practice this means that the person who already attained the age of majority will be referred to one asylum centre, while the child will be referred to another centre for unaccompanied minors. Only in exceptional cases - namely if the age of majority is soon to be attained, the age difference with the partner is limited and a socio-affective bond exists - will the partners be allowed to reside in the same asylum facility.

During the discussion in Parliament, the importance of figures was also emphasized. Although such data would be of crucial importance to comprehend the problems encountered by children on the move, Belgian authorities do not keep track of statistics with regard to foreign child marriages. Taking into account the absence of statistical information, the fact that the decision is made *in concreto*, that the Belgian authority has the right to examine each request independently, and in the absence of general guidelines for authorities confronted with foreign marriage certificates (involving a minor), it is – at this stage – impossible to draw up general conclusions with regard to the current practice in Belgium. Further empirical research is needed.

The situation in **France** is generally similar to the one in Belgium. For a French child to marry in France, a prior authorization by the *procureur de la République* for serious reasons is required (Art. 145 *Code civil*). Regarding child marriages celebrated abroad, though, the French approach is rather tolerant

---

<sup>33</sup> <http://www.girlsnotbrides.org/child-marriage/iran/>

<sup>34</sup> Question n° 1021 de madame de la députée An Capoen du 3 mai 2016 au ministre de la Justice (*Enfants mariées dans les centres d'asile*), Parliamentary Record of the Belgian Chambre of Representatives, 2015-2016, QRVA 54 077, p. 336-337.

and, applying a criterion of reasonableness, France admits the validity of a child marriage celebrated by a foreign authority abroad, if the age is not below the age of natural puberty, provided that the requirements of the national law of the spouses are met.<sup>35</sup> No recent case law is publicly available, and no political debate exists so far in France.

In our view, such a non-dogmatic approach is to be supported: actually, if the objective of combating forced marriage may advocate for a stricter attitude towards child marriage, the child's best interest *in concreto* may lie in the recognition of the marriage, in particular in the context of asylum.

In **Germany**, married children are in any case considered unaccompanied minors so they are taken into care by the youth welfare office, which usually means a separation from their spouse. The issue of recognition of marriages concluded by children is currently under reform (see below). The basic principle is that a marriage that is invalid under the spouses' national law can never be recognized as valid in Germany. This applies to a great number of marriages concluded by minors in refugee camps or shortly before leaving their home country. Even if the marriage was validly concluded under the law of nationality, its recognition might be denied if contrary to public policy. Irrespective of the spouses' age, a marriage that was concluded without the free consent of one or both spouses is always contrary to public policy.

As for the general marriage age, marriages of children under 14 years are contrary to German public policy and will not be recognised. On the other hand, it is mostly agreed that (as German law currently permits marriages from age 16 onwards in exceptional cases), if the spouse was 16 at the time of marriage, this points towards recognisability. The age bracket from 14 to 16 causes the greatest difficulty, especially when the child still belongs to such age group at the time of recognition. Such a marriage is rather not in accordance with German public policy. However, when dealing with children, the child's best interest must also be considered when applying the public policy exception. Therefore, the marriage of a child who entered it before the age of 16 may sometimes be recognised. Whether the full validity of the marriage is in the child's best interest will be determined in each individual case after careful scrutiny of all circumstances.<sup>36</sup> In a highly publicized case, the Bamberg Higher Regional Court decided after careful deliberation that it was in the child's best interest to recognize the marriage of a now 15-year-old girl who had married at the age of 14 in Syria.<sup>37</sup> An appeal to the Federal Court of Justice is pending.

The ensuing heated public debate related to this case has led the Federal Government to propose a draft law aimed at preventing underage marriages.<sup>38</sup> The law was voted on the 1st of June and sets the minimum age for marriages under German law at 18 years, with no possible exceptions. These rules are to be applied not only to marriages concluded in Germany, but also - through a modification of the PIL rules - to child marriages concluded under foreign law. The strict recast rules leave very little room for the recognition of child marriages. The draft law has been criticized as its very restrictive approach disregards general principles like the protection of acquired rights and leaves no room for individual decisions taking into consideration the child's best interest.<sup>39</sup> Additionally, treating these marriages as

---

<sup>35</sup> See for instance, I. Barrière-Brousse, *JurisClasseur Civil*, App. Art. 144 to 227, Facs. 10, *Mariage. – Conditions de fond*, 2014, n° 95.

<sup>36</sup> For further information, see Andrae, M., "Flüchtlinge und Kinderehen", NZFam 2016, 923-929; Antomo, J., "Kinderehen, ordre public und Gesetzesreform", NJW 2016, 3558-3563; Coester, M., "Kinderehen in Deutschland – Stellungnahme der Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V. (DFGT) v. 29.11.2016", FamRZ 2017, 77-80.

<sup>37</sup> OLG Bamberg 12.05.2016 – 2 UF 58/16, FamRZ 2016, 1270, with notes by Mankowski, P., FamRZ 2016, 1274 und Majer, C., NZFam 2016, 1019.

<sup>38</sup> [https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung\\_Kinderehe.html](https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung_Kinderehe.html) with various official responses.

<sup>39</sup> See, e.g. Coester, M., "Kinderehen in Deutschland – Stellungnahme der Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V. (DFGT) v. 29.11.2016", FamRZ 2017, 77-80; Antomo, J., "Verbot von Kinderehen?", ZRP 2017, 79-82.

never having existed legally entails negative consequences concerning maintenance, succession, paternity and social law which may well result in children being ultimately given less protection, even though the draft provides that such non-recognition is not to have negative consequences in terms of family, asylum or residence permits.

### **1.3. Recognition of personal status under PIL without consequences upon migration status**

#### ***1.3.1. Polygamous marriages in a migration context***

In several MS (Belgium, France, Germany, Italy) each spouse's national law is decisive for the question of whether he or she has validly entered into a polygamous marriage. As a result, a polygamous marriage is impossible when one spouse has (*inter alia*) a EU nationality and is only possible if both spouses come from legal backgrounds that allow polygamous marriages. Even in such cases, however, recognition of polygamous marriage may be refused on the grounds of public policy.

From a PIL perspective, **a particular aspect of the public policy exception** becomes important here: **the proximity of the marriage** to the MS. For instance, when a man comes to Germany from Iraq with his two wives and it turns out he had validly married the second wife with the judge's permission in Mosul many years ago, the second marriage will usually not infringe German public order. This is due to the fact that there was no connection with Germany at the time of the marriage. It would be quite different if a man had returned to his home country from his habitual residence in Germany in order to marry a second wife in Iraq. In PIL a distinction can be made between recognizing a foreign polygamous marriage in general terms (something that will fall into the public policy exception) and recognizing the *effects* of a situation that was lawfully created abroad (which would affect less the common values underlying public policy, the so-called *effet attenué* - and that could, in specific cases, be acceptable). Based on such distinction, courts in several MS (such as France, Belgium, Italy, Germany) have already accepted various effects of polygamous marriages, for example in regard of maintenance obligations, widows' pension, some social security benefits, etc. The main, and probably only consistent, exception to accepting the effects of polygamous marriages is to be found in the field of migration, in particular with regard to family reunification. It remains impossible for a married man to have a second wife come to a EU MS. In particular, polygamous marriages are excluded from the right to family reunification Europe-wide,<sup>40</sup> and residence permits, for instance, are systematically denied to polygamous spouses under national migration laws (e.g. Belgium<sup>41</sup>, France<sup>42</sup>, Italy<sup>43</sup>).

In a migration context the question arises whether it is still really about the incompatibility of polygamy and its effects with regard to public policy, or whether it boils down to finding ways to control the flow of immigrants from certain countries. This can be illustrated by the complicated immigration (policy) constructions created by the Belgian Immigration Office: through the non-recognition of foreign marriage dissolutions, the person(s) involved are considered to be polygamous and family reunification is denied. Indeed, Article 57 of the Belgian PIL Code provides a specific and severe recognition rule for foreign marriage dissolutions based on the will of the husband. The basic principle of Article 57 is non-recognition of repudiation. Two elements are definitive in this: the unilateral character of the marriage dissolution and the fact that the repudiation is the husband's prerogative. When these two elements are present, recognition is not possible, unless a number of restrictive conditions are cumulatively met. In practice, this provision - which aims at protecting the equal rights of women and men - is in danger of being used as a tool for a restrictive migration policy at the expense of the fundamental right to

---

<sup>40</sup> Directive n° 2003/86/EC of 22 Sept. 2003 on the right to family reunification, Art. 4 (4).

<sup>41</sup> Article 10, § 1 al. 2 of the Belgian Immigration Act of 15 December 1980 on entry, stay, establishment and removal of foreigners, according to which family reunification of a spouse is impossible to a polygamous foreigner when the foreigner already has another spouse residing in Belgium.

<sup>42</sup> Article L. 314-5 Code for Entry and Residence of Foreigners and the Right of Asylum (CESEDA).

<sup>43</sup> Article 29, par 1-ter of Legislative Decree No 286/1998.

family life. When Belgian embassies and consulates for instance legalize foreign divorce documents, they tend to qualify marriage dissolution documents from Islamic countries rather *pro forma* as repudiations; this, even in the case of documents from countries where repudiations do not exist, e.g. Tunisia.<sup>44</sup> This qualification results in the application of article 57 and the use of the ‘article 57 sticker’ in the framework of legalization. This sticker has a huge impact. The ‘Article 57 sticker’ or the stance of the Ministry of Foreign Affairs under which the embassies and consulates fall, takes the form of a binding opinion which other administrations, such as the immigration office and local authorities in Belgium, then simply take over. Civil servants rarely question the embassies’ and consulates’ judgment, as they are considered to be in the best position to assess these matters locally. Based on this qualification the recognition of a divorce/repudiation of a Moroccan man, for instance, is easily refused. When this man marries again with another Moroccan woman and this woman requests a family reunification visa, this visa will be easily denied for reasons of polygamy (the man being considered still to be married to this first wife when he remarried in Morocco). **Recognition of foreign marriages/marriage dissolutions under PIL are one thing, the way these PIL rules are used (instrumentalized) in a migratory context another.**

### **1.3.2. *Recognition of kafala/adoption without consequences for migration***

The unsatisfactory interaction between PIL and migration law has also given rise to difficulties under the 1996 Hague Convention, which is in force in all MS. The Convention applies to measures aimed at protecting children and to foster care, including *kafala*, but not to decisions on the right of asylum and on immigration. This causes difficulties: States are supposed to recognize the foster care arrangements obtained abroad (i.e. in third countries), but they do not necessarily (and often do not) allow children to enter their territory (refusal of visa or residence permit). The recognition of the *kafala* is a well-known illustration of insufficient coordination between the two sets of rules. **While under PIL, the *kafala* brings about several civil law effects in EU MS, it is not systematically followed by the possibility for the child to legally enter/reside in the EU territory.**

The Chbihi Loudoudi case<sup>45</sup> shows that although Article 8 of the ECHR does not guarantee non-nationals with the right to enter or reside in a particular State, the Convention doesn’t allow Member States to deny a child placed under *kafala* the right to enter and reside on its territory without having examined the interests of the parties concerned. In practice, this means that Member States must strike a fair balance between the child’s interests and those of his/her *khafils*, and of society as a whole. A MS that refuses a child access to its territory might violate Article 8 of the Convention if the refusal creates disproportionate repercussions on the private or family life of the individual(s) concerned. In some Member States (e.g. Germany), the idea of protecting the *de facto* family under the ECHR and the German constitution (Art. 6 GG) is applied, if the child has really lived together with the *khafils* as a family. However, it is unclear whether these standards are fully implemented with regard to applications for family reunification. If the child has never lived with the *khafils*, the prevailing opinion is that the protection of the family does not apply and that a *kafala* cannot be used as a basis for a family reunification.

Although the existence of rights is undebatable in theory, the situation in practice shows that children placed under *kafala* and their *khafils* often face a long legal battle before being granted any form of recognition and right to reside on a MS’ territory. The EU should spread awareness of the existence of the 1996 Hague Convention and the obligations it imposes on EU MS in respect of migrant children, including those subject to a *kafala* arrangement. MS should be made aware of the fact that the *kafala*,

<sup>44</sup> Henricot, C., « L’application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », Journal des Tribunaux, 2011, 648-650 ; Verhellen, J., “Real-life international family law. A Belgian empirical research on cross-border family law” in K. Boele-Woelki, N. Dethloff and W. Gephart (eds.), Family law and culture in Europe : developments, challenges and opportunities, ed. Cambridge, Intersentia, 2014, 328-330.

<sup>45</sup> ECtHR 16 December 2014, n° 52265/10, Chbihi Loudoudi and Others/Belgium.

although unknown in their own legal system, creates certain rights for migrant children. More information on the *kafala* can be found in the paper “Children on the move: a private international law perspective” (at 3.2.4).

In some MS similar difficulties exist with regard to certain foreign adoptions. Despite a foreign adoption judgment, **French authorities** for instance often do not issue a visa allowing the child to enter the French territory. These difficulties exist in particular for intra-family adoptions, for example the adoption of the child by an aunt (suspicion of adoption of convenience) and adoptions from specific countries of origin (for instance Benin and Congo). In these cases, PIL rules on the recognition of the foreign adoption conflict with the discretionary power of visa authorities. In **Germany**, the distinction between full and simple adoptions is decisive: a visa for family reunification will always be issued in the case of full adoptions (when the adopting family entirely replaces the previous family), but may be problematic in simple adoption cases (when the family ties with the previous family are not severed by the adoption so double family relationships exist).

## **1.4. Family Tracing**

### **1.4.1. *Family Tracing – Belgium***

The interview with the Belgian Red Cross emphasised the importance of the ‘Trace the Face’ website. Families can have their photo published on this website (<https://familylinks.icrc.org/europe/en/Pages/publish-your-photo.aspx>) in the aim of tracing and restoring families. Nevertheless, major problems remain. First, family tracing authorities are often confronted with the fact that a person is registered under different names due to language differences. When confronted with a name that contains symbols unknown to the Latin alphabet (e.g. a name written in Pashtun), the authority concerned needs to adapt the name in order to fit into the Belgian registers. As a result, it becomes very difficult to trace people by name. The interview revealed that throughout the years the organization gained knowledge on the way foreign names are being ‘converted’ into the Belgian registers. The Red Cross cooperates very closely with the National Register and the Immigration Office. Secondly, problems remain with regard to a migrant’s date of birth, as mentioned above (1.2.1.3).

The interview with the Belgian Red Cross further revealed the contradiction which exists between the mission of the Red Cross to trace and restore families, on the one hand, and family reunification procedures, on the other hand, with regard to the concept of ‘family’. In the eyes of the (Belgian) Red Cross, the concept of family encompasses not only people who share a biological tie, but also people who have built up a socio-affective bond with each other in the absence of biological ties. In many countries it is not uncommon to take care of family members’ children or in extreme circumstances of neighbours’ children (the interviewee gave the example of a child from Somalia taken in when the neighbours were killed by Al Shahaab). This transmission of parental authority and responsibilities is seldom officially registered. The absence of biological ties or any official documents which may prove existing family ties leads to problems in the event of a family reunification request. Belgian migration authorities have shown little flexibility with regard to the interpretation of the notion of ‘family member’. If no authentic documents exist, DNA tests will be carried out leaving little room to balance the interests at stake. As a result, families are denied the possibility to live together in a safe country (apart from the psychosocial impact of these family reunification rules - for instance, in the case of a child discovering that he/she is not a biological child of the family that has taken care of him/her, and that he/she therefore is not allowed to follow them abroad).

#### **1.4.2.           Family Tracing – Germany**

The Red Cross actively conducts searches for relatives in 190 countries worldwide, cooperating with the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the International Social Service. A major problem is posed by the loss or lack of documents as (legalized) birth and marriage certificates are needed by the Embassies and the requirements for authenticity are strict; for children, DNA tests are commonly used instead. Additionally, the analysis and application of foreign law proves problematic for the diplomatic missions involved. The Red Cross also advises the guardian who may be less specialised and gives information on the prerequisites and chances of such unification.

Problems arise when parents are not in Germany or Europe, but still in the country of origin. They will then only be authorised to enter Germany if the minor has been granted refugee status (§ 36 German Residence Act). Currently, it seems to be a major impediment that only the parents, but not the siblings, of the minor may be authorised to enter Germany. The law allows exceptions only in cases of exceptional hardship, which are very rare.

#### **1.4.3.           Family Tracing – France**

Family tracing essentially relies on the child's declarations.

Family tracing is done by the *Préfecture* when children claim asylum. *Préfectures* work mainly with consular and diplomatic services. In those instances, family tracing is done in order to determine which State is responsible for the asylum claim and not at a child's request. The notion of family is narrow.

In other cases, family tracing requires a request from the child and is done by children welfare services in cooperation with associations like the Red Cross. The notion of family is then broader.

#### **1.4.4           Family Tracing – Italy**

Family tracing in Italy is mainly carried out through the Red Cross and the International Organization for Migration. The latter cooperates since 2001 with the General Department for Immigration Policies (a governmental entity under the Ministry of Labour and Social Policies). Family tracing and assessment is carried out directly in the minor's family's place of residence through local staff. Once concluded, the assessment report is sent to Italy, finalized and sent to the Ministry of Labour and Social Policies, which in turn forwards it to the local authorities that are in charge of the minor. The final outcome of the assessment is a relevant tool not only when the child explicitly requires to be reunited with the family and the responsible authorities consider such an option to be in the child's best interest, but also for the definition of the child's integration and reception path in Italy by the competent social services.

## 2. APPLICATION OF FOREIGN LAW

### KEY FINDINGS

- The migratory context has its specific difficulties regarding the application of foreign law: 1) the assessment of foreign law by non-judicial authorities requires more attention and 2) the application and understanding of foreign law also arises in the context of recognition of personal statuses acquired abroad.
- There is a clear need for empirical research, such as interviews with civil registrars and asylum and migration authorities and the thorough collection of figures and practical data on the application of foreign law.
- There is a clear need for a EU initiative in order to improve the access to and the treatment of foreign law at a global level, both for administrative and judicial authorities. Action should be taken by the EU to follow up on the conclusions and recommendations of the Joint Conference of the European Commission and the Hague Conference of 2012.

The application of the law of foreign States is a well-known PIL issue which has already been the object of extensive research,<sup>46</sup> both within the EU and in the Hague Conference.<sup>47</sup> How do judges and administrative authorities access and treat the law of foreign States? How do they ensure that the law they are applying is up-to-date and accurate (both regarding its substance and, where applicable, its translation), and that their interpretation is in line with the interpretation given by the authorities of the relevant foreign State?

This in-depth-analysis is not the place to repeat the research and work already done so far, but to focus on specific migration-related issues.

#### 2.1. Identification of specific migration-related issues

In the context of migration, specific difficulties regarding the application of foreign law arise in particular from the perspective of non-judicial authorities, such as civil status registrars and administrative authorities competent in the area of migration including asylum. Indeed, while the issue of access to, and treatment of, foreign law is generally considered in PIL from a judicial perspective (i.e. when a question brought before a court is governed by foreign law and the court has to apply that law), a different focus is needed in the context of migration. More precisely, the PIL issue of access to and treatment of foreign law has two specific features in a migration context, which need to be further explored.

---

<sup>46</sup> See in particular: Esplugues, C., Iglesias, J.L. and Palao, G., Application of foreign law, Sellier, 2011; Schweizer Institut für Rechtsvergleichung, The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, ([http://ec.europa.eu/justice/civil/files/foreign\\_law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/foreign_law_en.pdf)). See also, in alphabetical order: Corneloup, S., L'application de la loi étrangère, Rev. int. dr. comp. 2014, p. 361-388; Corneloup, S., Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich, Rabels Zeitschrift 2014, p. 844 ff.; Fentiman R., Foreign Law in English Courts, 1998; Hartley T., Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, ICLQ 45 (1996) 271; Jantera-Jareborg, M., Foreign law in national courts. A comparative perspective, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 2003; Kieninger E.-M., Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom I-Verordnung?, 2013, 479; Lalani S., Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study, in Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 20, n. 1, 2013, p. 75 ss.; Lalani S., A Proposed Model to Facilitate Access to Foreign Law, in Yearbook of Private International Law, 2011, vol. 13, p. 299 ss.; Pauknerova M. Treatment of Foreign Law in a Comparative Perspective" RHDI 2011, 5-25; Trautmann, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren, 2011; Verhellen, J., Access to foreign law in practice: easier said than done, Journal of Private International Law, 2016, Vol. 12, No. 2, 281-300.

<sup>47</sup> On access to foreign law, several studies have been published by the Hague Conference on its website: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/studies/access-to-foreign-law1>.

First, attention must be paid more specifically to **the assessment of foreign law by non-judicial authorities**. Indeed, when a private law dispute regarding a migrant is brought before a court (for instance, to obtain a divorce), no particularities exist as to the ascertainment and correct application of foreign law, compared to other PIL cases. A specific issue arises, on the contrary, when foreign law has to be applied by different migration-specific authorities.

- For instance, when a migrant arrives at the border, the border police may have to assess the authenticity of personal status documents or, for unaccompanied children, the proof of age minority.
- In case of family reunification, the competent administrative authorities may have to decide over marriages celebrated abroad under a foreign law. While this has become much easier since Art. 4(4) of the Family Reunification Directive (Council Directive 2003/86/EC) introduced a clear rule for polygamous marriages – stating that just one spouse's entry may be authorised – there may still remain doubts concerning the validity of a monogamous marriage.
- Visa authorities may have, for instance, to decide whether a foreign adoption of a child (or a foster care arrangement, including *kafala*) is to be recognized, allowing the child to apply for a visa in the adopting parents' or the foster parents' country of origin (*khafils*).
- Asylum authorities applying the Dublin Regulation have to ascertain whether there are family members in other MS, with the consequence of conferring on that State the responsibility to decide on the asylum claim, which here again may require the application of the foreign law governing parentage and other types of family relationships. Moreover, asylum authorities generally issue national civil status documents to refugees, once international protection is granted, which may imply the need to transpose foreign civil status documents into national equivalents, or in the absence of foreign documents, to establish national documents relating to facts, which occurred abroad under a foreign law.

Secondly, as the first point already illustrates, the main issue is not the *application* of foreign law by a court, but the access to, understanding and treatment of, foreign law within the context of **the recognition of the migrant's personal status**. Such recognition often requires assessing whether a foreign civil status, and where available, foreign civil status documents, are to be recognized (see also Chapter 1). In other words, in such cases, access to foreign law is not necessary for the purpose of applying this law to a dispute, in the stricter sense, but rather for the recognition of a personal status acquired abroad, which implies the understanding and treatment of foreign law.

In such instances several burning questions arise:

- Do the migration/asylum authorities have an obligation to apply foreign law?
- If so, do these authorities systematically apply the governing PIL conflict of laws rules and other PIL tools, or more generally are they aware of this PIL issue?
- How do these authorities ascertain the content of foreign law?

To the best of our knowledge, **no scientific research exists** on these burning questions.

## **2.2. Illustrations from different Member States**

### **2.2.1. *Examples from France: proposed extension of the definition of 'family members' to siblings under the Dublin Regulation and law applicable to consent to marriage***

The European Commission, in its proposal to recast the so-called Dublin Regulation ([COM \(2016\) 270](#)), has proposed to extend the definition of family members under Art. 2 (g) of the regulation to “the sibling or siblings of the applicant”, which would become a binding criterion to determine responsibility for asylum claims introduced by unaccompanied children. The Explanatory Memorandum states that “siblings are a rather targeted but important category where the possibility to prove and check the

family relation is relatively easy and thus the potential for abuse is low".<sup>48</sup> If the proposal is adopted, which is to be hoped, parentage has to be established in order to assess whether the MS is responsible for examining the asylum application under the regulation. In France, the competent administrative authority is the « *préfet* ».<sup>49</sup> In case of doubt, the *préfet* has to check whether the legal requirements of the applicable law are met. According to Art. 311-14 Civil Code, parentage is governed by the mother's national law, which leads to the applicability of a foreign law in almost all asylum cases. Given the important number of asylum applications and the strict time limits for the applications to be processed, is the *préfet* obliged to apply the conflict of laws rule of Art. 311-14? How does the *préfet* access the law of foreign States? How can he ensure that the law applied is up-to-date, and that his interpretation is in line with the interpretation given by foreign courts?

Courts can also have difficulties applying foreign law. This has led the French legislator to adopt a new provision over consent to marriage.<sup>50</sup> Consent to marriage is governed by the French Civil Code, regardless of the nationality of the spouses and of the place of its celebration. The conflict of law rules which designate the national law of each spouse do not play a role anymore.

Such examples demonstrate that PIL rules may not always fit, and that **autonomous and harmonized EU concepts** may sometimes be preferable. Such autonomous definitions of the concept of 'family members' could, for instance, explicitly prohibit any discrimination against children whose parents are not married, determine the age of majority<sup>51</sup>, exclude the recognition of forced marriages, etc.

## **2.2.2.        Example from Germany: assessment of foreign law by administrative authorities**

Public administration, such as the youth welfare offices, must often apply foreign law. This is mainly due to the fact that under the German conflict of laws rule, the law of the nationality is applicable to many personal or family related issues. We informally interviewed the heads of several authorities/departments and it seemed that they were in general very well informed about the need to apply foreign law. They do not have means to investigate foreign law, though. In order to ascertain the foreign law on the age of majority (which is not the 18th birthday in all countries) they often keep lists or registers, which they try to update whenever they get reliable information (e.g. when an international expertise was obtained in a court judgement).

Concerning refugees, the problem is often shifted because certificates are lacking. In a family reunification context, it might then be uncertain whether two people are married at all and even the kinship between parent and child may need to be ascertained. In such cases, it is not the application of foreign law that causes the difficulty but the lack of proof (see Chapter 1). However, cases remain where certificates can be obtained and the problems are caused by the foreign law itself.

For instance, foreign rules often need to be investigated when refugees claim to have concluded a traditional form of marriage in their home country and it must be decided whether this marriage is considered to be valid. The registry offices use a particular collection of foreign marriage laws.<sup>52</sup> However, the Embassies, which are in charge when the spouses apply for family reunification, often judge the law on the basis of their own expertise. One example that was brought to our knowledge by

---

<sup>48</sup> See European Commission, Child-specific provisions in the CEAS package, p. 19 f.; [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights\\_child/ceas\\_provision\\_on\\_children\\_table\\_updated.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights_child/ceas_provision_on_children_table_updated.pdf). A similar extension to siblings should be considered in the context of related reform proposals such as that contemplated for Regulation 2003/109/EC on standards for the qualification of third-country nationals and stateless persons as beneficiaries of international protection.

<sup>49</sup> Art. L. 741-1 ff. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>50</sup> Article 202-1, Code civil (Law n° 2014-873 of 4 August 2014).

<sup>51</sup> Article 2 the 1996 Hague Convention can serve as model.

<sup>52</sup> Bergmann/Ferid/Henrich which is regularly updated.

the Red Cross is the situation in Eritrea. Here, the assumption used to be that there were three different types of marriage: state marriage, religious marriage with state registration, and purely religious marriage. However, the Embassy apparently does not accept religious marriage certificates at the moment, because they believe that such marriages are not valid under the law of Eritrea.

### **2.2.3. *Example from Belgium: parenthood and the application of foreign law***

In family reunification procedures, the asylum and migration authorities often decide on the validity of parental ties created abroad. In Belgium, this implies a control of the applicable foreign law, also in the context of recognition of foreign birth certificates or documents relating to parenthood (Article 27 PIL Code).

Empirical research in Belgium revealed that courts and administrative bodies frequently have to apply foreign law on the basis of the conflict of law rule over parentage; indeed, art. 62 of the Belgian PIL Code refers to the national law of the person whose parenthood has to be established/is being disputed. Interviews with judges (2010-2012) made it clear that they often manage to find the statutory provisions of the foreign law, but that it is virtually impossible for them to find recent changes in the law, foreign jurisprudence and the functioning of these provisions in the foreign legal system.<sup>53</sup> This burden must be as huge for asylum and migration authorities, but **figures do not exist** on the application of foreign law by those administrative authorities. The interview with the Red Cross revealed – very generally – that the understanding of foreign law in migration and asylum files is of crucial importance.

When it comes to parental ties, the Belgian asylum and migration authorities frequently ask for DNA testing, often not taking into account parental ties acquired abroad according to the applicable foreign law (see Chapter 1). This is different for the Civil Registry, which takes the foreign document as a starting point for updating civil status records.

### **2.3. Need for further research**

No empirical data is currently available as regards access and treatment of foreign law in such migration-related contexts. Therefore, in order to get a comprehensive understanding of the reality, it is necessary to start by conducting **interviews with different non-judicial authorities involved in migration in several MS**. In particular, interviews with civil registrars and administrative migration and asylum authorities are needed. Without such prior empirical research, it is not possible to draw any conclusion, or to make any recommendation.

Regrettably, the time frame for the present in-depth-analysis did not allow us to **collect reliable and comprehensive empirical data**, which would have taken several months. However, all members of our research team are convinced that further research would be extremely valuable.

### **2.4. Need for further action: desirability of an EU initiative for improving access to, and treatment of, foreign law at a global level**

As pointed out above, the issue of access to, and treatment of, foreign law is a general issue that arises in all fields of civil and commercial law. Authorities, including courts, throughout the EU, are struggling with this issue. The principal instrument available to provide information on foreign law is the out-

---

<sup>53</sup> Verhellen, J., *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoest aan de praktijk*, die Keure, 2012, 80-178 (The Belgian Code of Private International Law in family matters. Field-test research of legislative intentions and the actual practice of courts and administrations)– for a brief overview in English, see Verhellen, J., *Access to foreign law in practice: easier said than done*, *Journal of Private International Law*, 2016, Vol. 12, No. 2, 281-300.

dated, geographically limited, and often slow-operating 1968 European Convention on Information on Foreign Law (known as the London Convention).<sup>54</sup> In intra-EU cases the European Judicial Network may provide relief. But there is an obvious need for a modern, multilateral, global legal framework to assist authorities, including courts, in accessing foreign law and treating it correctly. Thorough, practical proposals to that effect have been developed in the context of the Hague Conference, and were the object of an in-depth global Joint Conference of the European Commission and the Hague Conference in 2012.<sup>55</sup> So far, however, no action has been taken to follow up on the conclusions and recommendations of this joint conference.

The issues relating to the assessment of foreign law arising in the context of migration, including migration for economic purposes, will subsist, and this reinforces the urgency of **the need of global work on access to, and treatment of, foreign law for both administrative and judicial authorities.**

---

<sup>54</sup> See <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/062>.

<sup>55</sup> See <https://assets.hcch.net/docs/b093f152-a4b3-4530-949e-65c1bfc9cda1.pdf>.

### 3. ART. 12 GENEVA REFUGEE CONVENTION (GRC)

#### KEY FINDINGS

- The EU should adopt a common understanding of the personal scope of application of Art. 12 GRC. The provision should be applied not only to refugees in the Geneva Convention sense, but also to beneficiaries of subsidiary protection.
- The EU should adopt a common list of matters included in the category of personal status under Art. 12 GRC.
- The EU should adopt a common understanding of the concepts of domicile and residence within the scope of Art. 12 GRC. Such autonomous definition should not be based on an intentional element, but rather on a factual ground, coinciding with the place of the person's principal home.
- The application of the law of the domicile/residence according to Art. 12 GRC should not be imposed on the refugee. The EU should allow a choice between the law of nationality and the law of domicile.
- The EU is encouraged to consider harmonizing the temporary scope of application of Art. 12 GRC, in order to avoid divergent national interpretations, on the one hand, and multiple changes of the applicable law due to the high mobility of many refugees, on the other hand.
- The EU is encouraged to promote better information to refugees on the change of the law applicable to their personal status, as well as on the main substantive rules becoming applicable under the new law. Such information could be provided through a brochure for refugees, to be distributed by national asylum authorities.

#### 3.1. Introduction to the Geneva Refugee Convention

The 1951 Geneva Refugee Convention provides for a PIL rule in its Art. 12, which states as follows:

*Personal status.*

1. The personal status of a refugee shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence.
2. Rights previously acquired by a refugee and dependent on personal status, more particularly rights attaching to marriage, shall be respected by a Contracting State, subject to compliance, if this be necessary, with the formalities required by the law of that State, provided that the right in question is one which would have been recognized by the law of that State had he not become a refugee.

The first paragraph states a classic conflict of laws rule: the refugees' personal status is governed by the law of the country of their domicile or, lacking domicile, by the law of the country of their residence. The second paragraph provides for the protection of rights previously acquired, subject to an *ordre public* reservation (para. 2). This rule applies in all EU MS except Sweden, which made a reservation to Art. 12.<sup>56</sup>

To understand the practical relevance of this provision and its interaction with PIL rules, it is to be kept in mind that the GRC was adopted in 1951, at a time where personal status was still governed by the person's national law in many European countries. This is not true anymore to the same extent, because in modern PIL, nationality as a connecting factor has widely been replaced by habitual residence. Therefore, applying Art. 12 to refugees does not necessarily entail a general derogation

<sup>56</sup> According to the reservation made by Sweden, the Geneva Convention shall not modify the rule of Swedish PIL under which the personal status of a refugee is governed by the law of his country of nationality.

from PIL rules. This is only the case in States where personal status matters are governed by the law of nationality.

This being said, the rules of Art. 12 take precedence over the contracting States' national PIL rules, while at the same time they have to be used in conjunction with national and/or European PIL rules. This means that their practical application is in fact diverging. Indeed, divergent interpretations can be observed as to the following four questions: who is a refugee? (3.2); what is personal status? (3.3); what is domicile/residence? (3.4); and is the application of the rule mandatory? (3.5). Moreover, the change of the connecting factor effected by Art. 12 GRC may entail a change of the applicable law (*Statutenwechsel* or *conflit mobile*). Therefore, the protection of rights previously acquired is needed, provided that they are compatible with the public policy of the protecting State. But here again, divergent national approaches exist (3.6).

### **3.2. Who is a refugee?**

In and of itself, Art. 12 GRC is applicable only to persons who are "refugees" according to the Convention definition in Art. 1 GRC. Opinions diverge on whether the rule of Art. 12 GRC should also be applied to persons who are not refugees in the Convention sense but have been granted subsidiary protection status. This category of migrants comprises a significant number of current migrants to the EU, e.g. civil war refugees. A total of 258 000 persons were given subsidiary protection status in the EU-28 in 2016, while 366 000 were granted refugee status.<sup>57</sup> As subsidiary protection was introduced much later than the 1951 Convention, Art. 12 GRC does not, by itself, extend to this category *per se*. However, some MS have decided to extend the Art. 12 GRC rule in their national PIL codifications while others take a more restrictive approach. This is not satisfactory.

In France, the *Cour de cassation* applies the law of the country of the refugee's domicile not only to refugees in the Geneva Convention sense, but also to refugees who enjoy protection under national rules.<sup>58</sup>

As to the persons who were granted subsidiary protection, in the absence of any specific provision on the law applicable to the personal status of beneficiaries of subsidiary protection, the French Office for the Protection of Refugees and Stateless Persons (OFPRA) considers French law to be applicable, provided that the person is domiciled in France and that his/her civil status has been established by the OFPRA.<sup>59</sup> Consequently, if such a person wants, for instance, to get married in another State, he/she has to comply with the substantive requirements of French law. Otherwise, the marriage would be deprived of any legal effect in France.

In Germany,<sup>60</sup> Art. 12 GRC is understood to apply directly only to persons who are refugees according to the GRC's own definition. German asylum law then extends GRC refugee status to persons entitled to (political) asylum under Art. 16a Basic Law (§ 2.1 German Asylum Act): they are given the same legal position as GRC refugees, including Art. 12 GRC, once their application for asylum has been granted (§ 3.4 German Asylum Act).<sup>61</sup> The question whether the asylum authority's decision to grant asylum and

---

<sup>57</sup> Eurostat, Asylum statistics, [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum\\_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics).

<sup>58</sup> Cass. 1re civ., 25 June 1974, Martini, Rev. crit. DIP 1974, p. 678, A. Ponsard, JDI 1975, p. 330, F. Deby-Gérard.

<sup>59</sup> <https://www.ofpra.gouv.fr/fr/protection-etat-civil/mariage>

<sup>60</sup> For an overview of the PIL status of refugees and other migrants under German law, see Lass, C., *Der Flüchtling im deutschen internationalen Privatrecht*, Munich 1995 (pre-Dublin-regulations); Mankowski, P., "Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration", IPRax 2017, 40-49; Baetge, D., "Gewöhnlicher Aufenthalt und Personalstatut von Flüchtlingen", StAZ 2016, 289-295. Very critical of Art. 12 GRC and suggesting its reduced application Majer, C.F., "Flüchtlinge im internationalen Privatrecht – Vorschlag für eine teleologische Reduktion des Art. 12 GFK", StAZ 2016, 337-341.

<sup>61</sup> J. von Hein, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 10, Munich 6th ed. 2015, annex II to Art. 5 EGBGB no. 72; K. Thorn, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich 76th ed. 2017, annex to Art. 5 EGBGB no. 15.

legal refugee status is binding for the purposes of Art. 12 GRC (§ 6 German Asylum Act) is debated. The majority opinion is that a positive decision is binding so that, once asylum is granted, no further investigation of the refugee status is needed.<sup>62</sup> On the other hand, a negative asylum decision or a pending asylum application procedure does not have any binding effect on the application of Art. 12 GRC.<sup>63</sup> In these cases, for the purposes of PIL the court/authority (e.g. the civil registry office) has to determine independently whether the person is a refugee under the GRC definition. This entails various problems. However, decisions diverging from those of the administrative authorities are rare.<sup>64</sup>

Art. 12 GRC is not extended by German law to persons who are granted subsidiary protection (§ 4 German Asylum Act) or no protection at all (e.g. economic migrants). While the analogous application of Art. 12 GRC for persons who were granted subsidiary protection status has been suggested,<sup>65</sup> subsidiary protection in itself currently does not entail any modification of the national or European PIL rules.<sup>66</sup> Unless the PIL court/authority independently decides that the person also fulfils the GRC's refugee criteria, the connecting factor remains the person's nationality.<sup>67</sup>

In **Austria**, according to § 9.3 PIL Act (1978), the law of the State of domicile (in the absence of domicile, habitual residence) is applicable to the personal status of refugees as well as persons "whose relations with their home State are broken off for similarly severe reasons".

In **Poland**, Art. 3.2 of the PIL Act (2011) replaces the connecting factor of nationality with domicile (or, where domicile is not established, habitual residence) for persons to whom protection was granted because of fundamental human rights violations in their country of nationality.

§ 28.4 of the **Czech Republic** PIL Act (2012) extends the application of "provisions of international agreements" (including Art. 12 GRC) also to persons who were granted subsidiary protection and to persons who have applied for international protection (but not granted it yet).

In **the Netherlands**, under Book 10 Art. 10:17 Civil Code, domicile (or, in the absence of domicile, habitual residence) is used as a connecting factor for persons who have been granted a residence permit for an indefinite or long term period.

The EU should adopt a **common understanding of the personal scope** of application of Art. 12 GRC. The provision should be applied not only to refugees in the Geneva Convention sense, but also to beneficiaries of subsidiary protection. Such modification would be in line with the general trend in PIL (within the EU and at a global level) to replace nationality by habitual residence as the connecting factor. Moreover, in migration law, the general trend over the past years has been to treat the various kinds of international protection increasingly similarly, aligning the subsidiary protection status with that of refugees. Such extension would avoid discrimination at the PIL level and further promote the migrant's integration in the protecting State.

### **3.3. What is personal status?**

The consequences of the application of Art. 12 GRC depend largely upon the understanding of the term 'personal status'.

---

<sup>62</sup> P. Mankowski, IPRax 2017, 40, 41f.; Thorn, in: Palandt, annex to Art. 5 EGBGB no. 22.

<sup>63</sup> P. Mankowski, IPRax 2017, 40, 45; Baetge, StAZ 2016, 289, 290f.; von Hein, in: Münchener Kommentar, annex II to Art. 5 EGBGB no. 72.

<sup>64</sup> P. Mankowski, IPRax 2017, 40, 47; Majer, StAZ 2016, 337, 339; von Hein, in: Münchener Kommentar, annex II to Art. 5 EGBGB no. 75; Thorn, in: Palandt, annex to Art. 5 EGBGB no. 22.

<sup>65</sup> P. Mankowski, IPRax 2017, 40, 44.

<sup>66</sup> K. Thorn, in: Palandt, annex to Art. 5 EGBGB no. 20.

<sup>67</sup> P. Mankowski, IPRax 2017, 40, 46; Thorn, in: Palandt, annex to Art. 5 EGBGB no. 5.

Despite the increasing use of habitual residence over nationality as a connecting factor, several MS still use nationality in their PIL for many family law questions as well as for other matters concerning the person, like legal capacity, capacity to contract or name.

For instance, in **France**, nationality is a connecting factor *inter alia* in matters of parentage. Art. 370-3 Code civil provides that the adoptive parent's national law governs the requirements for an adoption. In a case where the adoptive parent was a recognized refugee in France, the Court of appeal of Paris applied French law as the "national law of the adoptive parent who was granted refugee status in France by the OFPRA"<sup>68</sup>.

It is debated whether all PIL rules using nationality as a connecting factor are 'personal status' rules in the sense of Art. 12 GRC, or whether 'personal status' should be interpreted narrowly to include only questions of family and succession law.

In **Germany**, while it is strongly argued that when applying Art. 12 GRC 'nationality' should generally be replaced by 'domicile',<sup>69</sup> some courts interpret personal status narrowly to include only questions of family and succession law.<sup>70</sup> The difficulties resulting from this can be illustrated by the example of legal capacity. Applying Art. 12 GRC to legal capacity (Art. 7 Introductory Act to the German Civil Code) means that the refugees' legal capacity is determined according to their domicile/habitual residence – so that refugees living in Germany will reach majority at the age of 18 (§ 2 German Civil Code). However, for persons granted subsidiary protection or no protection, legal capacity is still determined by their national law – which may have a higher age of majority than 18. Whether legal capacity is reached or not will in many cases depend on the somewhat arbitrary decision of whether refugee status/asylum or subsidiary protection is granted. For example, under Algerian law majority is reached at age 19 – an 18-year-old from Algeria will be considered to be of age (under German domicile law) if he is a refugee, but considered to be a minor (under Algerian national law) if he is granted subsidiary or no protection. On the other hand, excluding the question of legal capacity from the scope of application of Art. 12 GRC means that it is always determined according to the national law. This narrow interpretation avoids a distinction between refugee and subsidiary protection status – for example, an 18-year-old Algerian will always be considered a minor. This may in some instances be more advantageous for young refugees, who might prefer to be treated under the law of their nationality and be considered to be minor (like those young persons who are not refugees in the sense of the GRC). Even within Germany, divergent interpretations on this issue exist,<sup>71</sup> and it is doubtful that a uniform interpretation at the EU level could be reached without a EU legislative initiative.

### **3.4. What is domicile/residence?**

Art. 12.1 GRC replaces the refugee's national law with the law of his/her domicile or, lacking this, the law of residence. However, the GRC does not provide what domicile is, or what residence is.

---

<sup>68</sup> Court of appeal Paris, 23 Oct. 2003, n° 2003/04398, JurisData n° 2003-231214 (all requirements of the French law were met and the adoption accepted).

<sup>69</sup> Baetge, StAZ 2016, 289, 291f.; Majer, StAZ 2016, 337, 337f.; von Hein, in: Münchener Kommentar, Art. 5 EGBGB no. 6; Thorn, in: Palandt, annex to Art. 5 EGBGB no. 23.

<sup>70</sup> See OLG Karlsruhe 23.7.2015 – 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820. This decision was strongly criticized, e.g. by von Hein, J., critical note on OLG Karlsruhe 23.7.2015, FamRZ 2015, 1822, 1823 and Baetge, StAZ 2016, 289, 291f.

<sup>71</sup> The Bavarian state youth welfare office is of the opinion that once children live in Germany, German law should always be applicable to questions of majority. On the contrary, the Westphalian state youth welfare office follows the narrow interpretation and does not apply Art. 12.1 GRC in guardianship cases as it would be disadvantageous for young refugees – leading them to apply the law of the nationality in all cases.

In PIL, domicile and residence are well-known connecting factors, but the national understanding of these concepts may diverge from one MS to another, in particular, according to the weight given to the intentional element (intention of settling / intention to make a place their permanent home). Consequently, no guarantee exists that these concepts are uniformly interpreted across the EU.

Moreover and most importantly, for the purpose of applying Art. 12 GRC, domicile and residence are not interpreted in several MS according to PIL standards. A widely shared view is rather that these terms need to be interpreted autonomously in the context of the Geneva Convention.<sup>72</sup>

In **Germany**<sup>73</sup> and **Belgium**<sup>74</sup>, for instance, the understanding of “domicile” under the GRC corresponds to the “habitual residence” connecting factor, which is popular in modern European PIL, while “residence” under the GRC is interpreted as “simple residence”.

In **France**, the asylum authority OFPRA makes no explicit distinction between domicile, habitual residence and residence. Regarding Art. 12 GRC, it refers merely to the refugee’s “residence”<sup>75</sup>.

These interpretations are to be supported. The concepts of domicile and habitual residence cannot be understood in the traditional PIL sense, in particular because of the intentional element both terms require - while people seeking asylum do not necessarily have the intention to make the protecting State their new permanent home. They fled persecutions, but often hope to be able to return to their country of origin once the political situation has improved. The intention of settlement, required for domicile (and to a lesser extent also for habitual residence) under PIL, is often lacking in such situations, which would lead to the application of the law of the country of origin and deprive Art. 12 GRC of its very purpose.

### **3.5. Is the application of the law of the domicile mandatory?**

It is debated whether the replacement of the law of nationality by the law of domicile is mandatory or whether Art. 12.1 should be applied with some flexibility, allowing a choice between the two laws.<sup>76</sup> At the Conference of Plenipotentiaries, the non-governmental concern was expressed that greater deference should be paid to the preferences of the refugees themselves about how their personal status should be determined.<sup>77</sup>

Practices therefore may not be uniform across the EU. However, scholars generally agree that the purpose of Art. 12 is not to deprive the refugee from the application of other conflict of laws rules, if these rules are more favourable to him/her.<sup>78</sup> This interpretation is also in line with Art. 5 of the GRC, providing that “nothing in this Convention shall be deemed to impair any rights and benefits granted by a Contracting State to refugees apart from this Convention”.

---

<sup>72</sup> V. Chetail, « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés », in *Journal du droit international*, v. 141 (2014).

<sup>73</sup> P. Mankowski, IPRax 2017, 40, 41; Baetge, StAZ 2016, 289, 290; Majer, StAZ 2016, 337, 338; von Hein, in: Münchener Kommentar, annex II to Art. 5 EGBGB no. 62 et seq.

<sup>74</sup> In Belgium, Art. 12 GRC has been confirmed in Art. 3, § 3 of the Private International Law Code; Art. 3 only makes a reference to the habitual residence.

<sup>75</sup> <https://www.ofpra.gouv.fr/fr/protection-etat-civil/mariage>.

<sup>76</sup> J.-Y. Carlier, « Droit d’asile et des réfugiés : de la protection aux droits », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Brill, Nijhoff, vol. 332, 2008, p. 314 ; J. Verhellen, « La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés. Situer les interactions entre le droit international privé et le droit international des réfugiés », Rev.crit.dip 2017, n° 2 (forthcoming).

<sup>77</sup> J.C. Hathaway, *The rights of refugees under international law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 222.

<sup>78</sup> V. Chetail, « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés », JDI, vol. 141 (2014), p. 469.

### **3.6. The change of the applicable law, the protection of rights previously acquired and the public policy reservation**

#### ***3.6.1. General presentation of the problem***

An additional problem encountered when applying Art. 12.1 GRC is that of the change of applicable law, or *Statutenwechsel/conflit mobile*. This problem arises whenever a change of connecting factor takes place through the application of a different PIL rule compared with before. It is hence fundamentally inherent to the connecting factor replacement rule of Art. 12.1 GRC which replaces “nationality” by “domicile” (or residence) for those States that apply nationality as a connecting factor for personal status (and have not made a reservation to Art 12 as Sweden has).

There may even be a series of *Statutenwechsel* when refugee status ends, so that the application of Art. 12.1 GRC ceases and the national law is again applied, or when recognized refugees after their initial arrival in one MS change their habitual residence within Europe. In these cases, they will undergo multiple *Statutenwechsel*.

The effects of this can be far-reaching. Take for example a refugee couple from a country where separation of property is the default matrimonial property regime, who now live in a country where community of property is the default regime (or vice versa). Replacing the “nationality” connecting factor used for matrimonial property law, e.g. in Art. 15 Introductory Act of the German Civil Code, by “habitual residence” under Art. 12.1 GRC changes the applicable law, which may entail more or less fundamental changes to the spouses’ rights and duties in regard to their property. Depending on the situation, solving *Statutenwechsel* issues in individual cases may prove difficult and highly technical. These problems are even more serious as the parties are often not aware that *Statutenwechsel* has taken place.

Its effects can however be mitigated to a certain extent, but a distinction needs to be made between a change of applicable law due to the recognition of refugee status and a change of applicable law due to a change of domicile after refugee status has been recognized.

#### ***3.6.2. Rights acquired before the recognition of refugee status (Art. 12.2 GRC)***

Art. 12.2 GRC provides for the protection of previously acquired rights, so that retroactive effects of *Statutenwechsel* are limited or can be avoided altogether: “[r]ights previously acquired by a refugee and dependent on personal status, more particularly rights attaching to marriage, shall be respected by a Contracting State”. This provision expresses the principle of ‘acquired or vested rights’. The drafters of the GRC agreed that the operation of the general rule in Article 12 couldn’t deprive refugees of their status-based acquired rights.

For instance, in countries like **France** where « rights previously acquired » also include matrimonial property regime, the regime of the country of origin at the time the refugee left his/her country continues to be applicable.<sup>79</sup> Subsequent legislative reforms in the country of origin are not taken into account (doctrine of petrifaction of the refugees’ matrimonial property regime). If the refugee later acquires the French nationality and thereby loses his/her refugee status, the GRC is not applicable anymore. In that case, under French PIL, rights previously acquired nevertheless continue to apply, allowing the former refugee to rely on matrimonial property rights acquired under the rules in force in his/her country of origin before becoming a refugee.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Cass., 1er Dec. 1969, Panayotti, Rev. crit. DIP 1970, p. 95, P. L., JDI 1970, p. 306, Ponsard.

<sup>80</sup> Cass, 28 Nov. 2006, Grangé v. Nachim, Rev. crit. DIP 2007, p. 397, P. Lagarde.

The respect for previously acquired rights, however, is not absolute. Article 12.2 provides for a public policy limitation: the right in question must be “*one which would have been recognized by the law of that State had he not become a refugee*”. States should not be required to respect rights previously acquired by a refugee when these rights are contrary to their own law,<sup>81</sup> such as rights resulting from a polygamous marriage.<sup>82</sup>

### **3.6.3. A change of domicile after the recognition of refugee status**

Art. 12 of the GRC does not explicitly provide for a similar protection of rights previously acquired in the event that a recognized refugee changes his/her place of domicile at a later stage. Indeed, as Art. 12.1 GRC does not contain any temporal specification, a change of domicile also leads to a change of applicable law, but it is not clear from the wording of Art. 12.2 whether the protection of rights previously acquired also applies in that case.

Take for instance a Syrian couple whose asylum application was initially accepted in Italy, where the couple lived for many years. One day, they decided to move to France. Art. 12.2 preserves the rights acquired under Syrian law, but does it also address the rights acquired under Italian law after the recognition of their refugee status and before moving to France? This clearly needs further research.

Could defining the point in time when *Statutenwechsel* under Art. 12.1 GRC takes place help clarify its application? For example, making the application of Art. 12.1 GRC dependent upon an asylum application or an asylum status decision means that *Statutenwechsel* is likely to take effect at a more or less arbitrary point in time, potentially long after the refugee’s arrival at his/her new domicile. Making the PIL decision about the refugee status independent from the asylum proceedings would on the contrary allow for the application of Art. 12.1 GRC directly from the time of fleeing/taking refuge onwards. In such a way, *Statutenwechsel* would be synchronized with the change of habitual residence and a later change of applicable law while already in the host country could be avoided. **At this stage of our research, clear answers cannot be provided.**

If the personal scope of application of Art. 12.1 GRC is extended to beneficiaries of subsidiary protection, they will undergo similar *Statutenwechsel* with all its consequences (see above, 3.2). The practical implications of this should be borne in mind when considering the extended application of Art. 12.1 GRC.

Finally, it is indispensable that those affected by *Statutenwechsel* are not only informed about the change of applicable law but also about the substantive law now relevant to them – this will also further the goal of integration in the host state.

---

<sup>81</sup> V. Chetail, cited, at pp. 471-472; J.C. Hathaway, cited, at pp. 225-227.

<sup>82</sup> In France, for instance, a 10-years residence card was denied to polygamous refugees, who were granted only a temporary residence permit: Administrative Court of Appeal Lyon, 29 Sept. 2005, n° 00LY01274.

## **ANNEX I: BIBLIOGRAPHY**

### **Books / Articles**

- Amadeo S., Spitaleri F. (eds), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015.
- Amadeo S., *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 345-393.
- Andrae, M., *Flüchtlinge und Kinderehen*, NZFam 2016, 923-929.
- Antomo, Jennifer: *Eheschließung Minderjähriger und das deutsche Recht*, NZFam 2016, 1155-1161.
- Antomo, J., *Kinderehen, ordre public und Gesetzesreform*, NJW 2016, 3558-3563.
- Antomo, J., *Verbot von Kinderehen?*, ZRP 2017, 79-82.
- Baetge, D., *Gewöhnlicher Aufenthalt und Personalstatut von Flüchtlingen*, StAZ 2016, 289.
- Balboni A., Il «diritto al riconciliamento familiare» dei minori tra tutela del loro superiore interesse e dell'interesse generale in materia di politica migratoria, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 163-206.
- Barrière-Brousse, I., *JurisClasseur Civil*, App. Art. 144 to 227, Facs. 10, *Mariage - Conditions de fond*, 2014, n° 95.
- Baruffi M. C., *Recognition and enforcement of measures concerning the rights of access*, in F. Ippolito, G. Biagioni (eds.), *Migrant children: challenges for public and private international law*, Napoli, 2016.
- Baruffi M. C., *Sulla tutela internazionale privatistica dei diritti dei minori stranieri nella Convenzione dell'Aja del 1996*, in *Minori e immigrazione: quali diritti?*, a cura di C. Fratea, I Quadranti, Napoli, 2015.
- Basedow, J., “The Law of Open Societies, Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws”, Brill Nijhoff, 2015, 634 p.
- Basedow, J. [The Draft Legislation on Child Marriage and Private International Law](#), Interview.
- Bollez, S., “La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala », Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2013
- Borrás A., *The protection of the rights of children and the recognition of kafala*, in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Antwerp, 2013, p. 77 ss.
- Bouteillet, D., Daem, G. and Odofin, C., “Safe at last, Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence”, UNHCR, 2011, available at <http://www.refworld.org/docid/4e2ee0022.html>.
- Cafari Panico R., *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2007, p. 921 ss.
- Caggiano G. (ed), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014.
- Campiglio C., *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2011, p. 1029 ss.
- Carlier, J.-Y, Sarolea, S., *Droit des étrangers*, Larcier, 2016.
- Carlier, J.-Y., « *Droit d'asile et des réfugiés de la protection aux droits* », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2007*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Tome 332, 2007, 9-354.
- Cesaro G. O., Lovati P., Mastrangelo G. (eds.), *La famiglia si trasforma: status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014.
- Chetail, V., *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre*, Journal de droit international, 2014, 447-475.

- Clerici R., La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2009, pp. 197-211.
- Coester, M., Kinderehen in Deutschland – Stellungnahme der Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V. (DFGT) v. 29.11.2016, *FamRZ* 2017, 77-80.
- Corneloup S., Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire?, in *Rev. crit. dr. int. Privé*, 2000, pp. 641-680.
- Corneloup, S., « Analyse d'ADN et regroupement familial: le Ministère a renoncé, mais le droit commun subsiste », *JCP*, éd. G 2010, n° 16 du 19 avril, 450.
- Corneloup, S., “Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?” in H. Muir Watt and D.P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, 301-317.
- Corneloup, S., Les zones de non-accès au juge. L’ambiguïté du droit des étrangers face à la vulnérabilité, in *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, V. Donier, B. Lapérou-Scheneider (dir.), Edition l’Epitoge/Lextenso, 2015, p. 181-195.
- Corneloup, S., Procédure de regroupement familial : précision par la Cour européenne des droits de l'Homme des conditions du respect de la vie familiale , *Rev. crit. DIP* 2015. 373.
- Corneloup, S., Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich, *Rabels Zeitschrift* 2014, p. 844 ff.
- Costello, C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European law*, Oxford University Press, 2015, 400 p.
- de Boer, T., “Living apart together: the relationship between public and private international law”, *Netherlands International Law Review*, 2010, 183-207.
- Declerck, K., Boubakri, A., Arbee, A. and Hakansson, G., “How Other countries do it: Belgium, North Africa, South Africa and Sweden” in G. Care (ed.), *Migrants and the Courts, A Century of Trial and Error*, Ashgate Publishing, 2013, 171-192.
- De Gotzen E., Child’s civil status, birth certificates effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?, in *GenIUS*, n. 1, 2016, pp. 56-72.
- Di Pascale A., La kalafah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2012, pp. 113-121.
- Duncan W., Future Developments in International Family Law with Special Emphasis on Cross-border Child Protection: A View from The Hague, in *Convergence and Divergence in Private International Law*. Liber Amicorum Kurt Siehr, eds. K. Boele-Woelki et. al., The Hague-Zürich, 2010, pp. 221-241.
- Dutta, A., Der gewöhnliche Aufenthalt – Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts.
- Eijk E. van, *Family Law in Syria: Patriarchy, Pluralism and Personal Status Laws*, London, 2016.
- El Kaddouri, Y., Verhellen, J., “De kafala in de Belgische rechtsorde. Opent het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven”, *Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrechten* 2016, Vol 4, 343-351.
- Esplugues, C., Iglesias, J.L. and Palao, G., *Application of foreign law*, Sellier, 2011.
- V. Feltz, „[Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood](#)”, 28 August 2015, p. 17.
- Fiorini A., The Protection of the Best Interests of Migrant Children Through Private International Law and Habitual Residence in Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law, 2016, p. 379 ss.
- Fratea C., Quando il diritto si scontra con la realtà: i minori migranti quali soggetti titolari del diritto al riconciliazione familiare, in *Minori e immigrazione: quali diritti?*, a cura di C. Fratea, I Quadranti, Napoli, 2015.

- Del Guercio A., Superiore interesse del minore e determinazione dello stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2015, 243-248.
- Falletti E., Kafalah e adozione, in *Famiglia e Diritto*, n. 10, 2012, p. 950 ss.
- Feller, E., Türk, V. and Nicholson, F., *Refugee Protection in International Law*, UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge University Press, 2003, 778 p.
- Fentiman R., *Foreign Law in English Courts*, 1998.
- Flessner A., Das Parteiinteresse an der lex fori nach europäischem Kollisionsrecht, in: *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*, Liber Amicorum Walter Pintens, 2012, S. 593 ff.
- Fratea C., Quadranti I. (eds), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015Grahl-Madsen, A., *The status of refugees in International Law*, Vol 1, *Refugee Character*, Leiden, Sijthoff, 1966, 499 p.
- Fritzsch, F.: Neue Bleiberechte aufgrund der UN-Kinderrechtskonvention oder der EU-Grundrechtecharta?, *ZAR* 2014, 137-142.
- Gaertner V., European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments, in *Journal Of Private International Law*, vol. 2, n. 1, 2016.
- Gelli R., Il ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano: la svolta delle Sezioni Unite, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2014, p. 127 ss.
- Gelli R., Kafalah di diritto islamico ed altri atti stranieri di dismissione della potestà genitoriale: il giudizio di equiparazione ai fini del ricongiungimento familiare, in *Famiglia e diritto*, n. 5, 2012, pp. 472-475.
- Goodwin-Gill, G. and Mc Adam, J., *The Refugee in international law*, Oxford University Press, 2007, 285-345.
- Grabenwarter, C., Das Recht auf Familienleben von Migranten im Spiegel der Rechtsprechung des EGMR, in: Astrid Deixler-Hübner/Martin Schauer, *Migration, Familie und Vermögen*, Wien 2014, 77-90.
- Hartley T., Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, *ICLQ* 45 (1996) 271.
- Hathaway, J., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005.
- Heiderhoff, B., Das autonome IPR in familienrechtlichen Fragen, *IPRax* 2017, 160.
- Heiderhoff, B., Das Kindeswohl im Internationalen Familienverfahren, *Festschrift für Reinhold Geimer*, 2017 (in print).
- Heiderhoff, B., Kommentierung der Art. 17 – 24 EGBGB (Internationales Familienrecht) in: Bamberger/Roth, *Kommentar*, 4. Auflage 2017.
- Heiderhoff, B., Haager Kindesentführungsübereinkommen, in: *Münchener Kommentar*, 7. Aufl. 2017 (in print).
- Henricot, C., L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage, *Journal des Tribunaux*, 2011, pp. 648-650.
- Hong, K., From Footnote to Footprint: Obergefell's Call to Reconsider Immigration Law as Family Law, in: John Eekelaar (ed.), *Family law in Britain and America in the new century*, Leiden 2016, pp. 249-264.
- Honorati C., *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Padova, 2010.
- Huber, B., Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im Migrationsrecht, *NVwZ* 2016, 1216.
- Ibrahim A. F., The Best Interests of the Child in Pre-modern Islamic Juristic Discourse and Practice, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 63, n. 4, 2015, pp. 859-891.
- Ippolito F., Biagioni G. (eds.), *Migrant children: challenges for public and private international law*, Napoli, 2016.
- Jantera-Jareborg, M., *Foreign law in national courts. A comparative perspective*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 2003.

- Jaffary, R. and Sheikholeslami, M., Personal status of refugees in the convention of United Nation regarding the status of refugees, 1951, Journal of Social Issues & Humanities, Volume 1, Issue 5, 2013, 62-66.
- Jault-Seseke F., Corneloup S., Barbou des Places S., Droit de la nationalité et Droit des étrangers, PUF Thémis, 2015.
- Jault-Seseke F., Le regroupement familial en droit comparé français et allemand, Préface Paul Lagarde, LGDJ 1996.
- Jault-Seseke F., Nationalité et fraude en matière d'état civil, in E. Ralser et J. Knetsch La nationalité française dans l'Océan indien, Société de législation comparée 2017, p. 227-241 (on recognition of civil status documents).
- Kieninger E.-M., Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom I-Verordnung?, 2013, 479.
- Kölbl, Katrin: Normenkonkurrenz im internationalen Minderjährigenschutz, Hamburg 2011.
- Kruger T. and Samyn L., Brussels II bis: successes and suggested improvements 12 (2016) Journal of Private International Law 132-168.
- Kruger T., Enhancing cross-border cooperation in Recasting the Brussels IIa Regulation, WORKSHOP by JURI Committee, 8 November 2016, Compilation of briefings.
- Kruger T., International Child Abduction in G Biagioli & F Ippolito (eds), Migrant Children in the XXI Century. Selected Issues of Public and Private International Law, Series "La ricerca del diritto", Editoriale Scientifica, 2016.
- Kruger T., Internationale kinderontvoering in D Vanheule (ed) Migratie- en migrantenrecht - Deel 17, die Keure, 2016.
- Lack, K., Die Rechte unbegleitet in die Bundesrepublik eingereister Minderjähriger, in: Stefan Heilmann/Katrin Lack (Hg.), Die Rechte des Kindes. Festschrift für Ludwig Salgo, Köln 2016, 85-114.
- Laquer Estin, A. and Stark, B., Global issues in family law, West Academic Publishing, 2007, 201 p.
- Lalani S., Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study, in Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 20, n. 1, 2013, p. 75 ss.
- Lalani S., A Proposed Model to Facilitate Access to Foreign Law, in Yearbook of Private International Law, 2011, vol. 13, p. 299 ss.
- Lang A., Le Sezioni Unite chiariscono quando la Kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano, in Diritto immigrazione e cittadinanza, n. 3, 2013, pp. 91-99.
- Lass, C., Der Flüchtling im deutschen internationalen Privatrecht, München, 1995 .
- Loenen T., "Family Law Issues in a Multicultural Setting: Abolishing or Reaffirming Sex as a Legally Relevant Category? A Human Rights Approach", Netherlands Quarterly of Human Rights 2002, 423-444.
- Lübbe, A., Migrationspartnerschaften: Verweisung auf Transitstaaten ohne Rücksicht auf die Familieneinheit?, ZAR 2017, 15-21.
- D. Macniven, Fraud with respect to civil status, Note requested by the EP's Committee on Legal Affairs, 2012 (PE. 462.499).
- Maiani, F. and Hruschka, C., Der Schutz der Familieneinheit in Dublin-Verfahren, ZAR 2014, 69.
- Majer, C. F., Flüchtlinge im internationalen Privatrecht – Vorschlag für eine teleologische Reduktion des Art. 12 GFK, StAZ 2016, 337.
- Mankowski, P., Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration, IPRax, 2017, 40-49.
- Martone A., Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati tra disposizioni europee e normative nazionali, in Caggiano G (ed), I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano, Torino, 2014.
- Meeusen/Pertegás/Straetmans/Swennen (eds), International Family Law for the European Union, Antwerpen – Oxford, 2007.

- Mills, A., *The confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009, 420 p.
- Mormile L., Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale, in *Familia*, 2004, pp. 57-105.
- Morrone, L'interesse superiore del minore straniero non accompagnato nella prassi internazionale, in *I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità*, a cura di Annoni A., Mori P., Torino, 2015, pp. 103-125.
- Muir Watt, H. and Fernandez Arroyo, D. (eds.), *Private international Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, 301-317.
- Nestler, R. and Vogt, V., *Dublin-III reversed – Ein Instrument zur Familienzusammenführung?*, ZAR 2017, 21-29.
- Palladino, R., La protezione dello straniero minore non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo, in *Minori e immigrazione: quali diritti?*, a cura di C. Fratea, I Quadranti, Napoli, 2015, pp. 89-112.
- Pauknerova, M., *Treatment of Foreign Law in a Comparative Perspective* RHDI 2011, 5-25.
- Rieger, K., Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge in asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten, NZFam 2014, 150-155.
- Rossolillo, G., Riconoscimento di "status" familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2016, pp. 335-359.
- Rossolillo, G., *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009.
- Saadi N., L'institution de la kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 1, 2014, p. 115 ss.
- Schweizer Institut für Rechtsvergleichung, [The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future](#), JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4.
- Senigaglia, S., Il significato del ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico in Europa e Diritto Privato, n. 2, 2014, p. 533 ss.
- Shamseldin, L., "Implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 in the Care and Protection of Unaccompanied Asylum Seeking Children: Findings from Empirical Research in England, Ireland and Sweden", *International Journal of Children's Rights*, 2012, Vol. 20.
- Tebbens, H.D., *New Impulses for the Ascertainment of Foreign Law in Civil Proceedings: A Question of (inter) networking?*, in Boele-Woelki K. et. Al. (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2010, p. 640 ss.
- Tiedemann, Paul: *Flüchtlingsrecht. Die materiellen und verfahrensrechtlichen Grundlagen*, Berlin/Heidelberg 2015.
- Tomasi, L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007.
- Tonolo S., La famiglia transnazionale fra diritti di cittadinanza e diritti degli stranieri, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa* (eds Amadeo S., Spitaleri F.), Torino, 2015, pp. 117-161.
- Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, 2011.
- Tuo, C., Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2014, p. 43 ss.
- Van Den Eeckhout, V., ["Private International Law questions that arise in the relation between migration law \(in the broad sense of the word\) and family law: subjection of PIL to policies of migration law?"](#), January 20 2013.
- Van den Eeckhout, V.: [Instrumentalisation of and by Migration Law. Instrumentalisation and Private International Law](#).
- Van den Eeckhout, V. [The personal status of migrants: still a matter of private international law? – The dark side of the picture](#).

- Van Loon, H., *Managing international migration: time for a new approach*, 2007.
- Van Loon, H., Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatéral de la migration internationale. Réflexions à partir de certaines techniques de coopération développées au sein de la Conférence de la Haye in H. Gaudemet-Tallon (ed.), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, 419-434.
- Van Loon, H. and De Dycker, S., The role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law, in *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, One Century Peace Palace, from Past to Present, Asser Press, 2013, 73-119.
- Van Loon, H., El desafío doble de la migración internacional, *Rivista Española de Derecho Internacional*, 2016, 68(2), 15-17.
- Van Loon, H., The Brussels IIA Regulation: towards a review?, European Parliament, DG for Internal Policies, *Cross-Border Activities in the EU- Making Life easier for Citizens*, 2015, pp. 178-207.
- Van Loon, H., Protecting Children across Borders: The Interaction between the CRC and the Hague Children's Conventions, T. Liefhaar & J. Sloth-Nielsen, *25 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 2016.
- Vargas Gomez-Urrutia, M., Le rôle du droit international privé face au "nouveau" modèle de migration "temporaire ou circulaire": la technique de coopération des autorités et quelques questions du statut personnel des étrangers face au pluralisme in H. Ruiz-Fabri, R. Wolfrum and J. Gogolin (eds.), *Select Proceedings of the European Society of international law*, Hart Publishing, 2012, 112-140.
- Veit, B., Das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, *FamRZ* 2016, 93-98.
- Velluti, S., *Reforming the Common European Asylum System. Legislative developments and judicial activism of the European Courts*, Berlin/Heidelberg 2014.
- Verhellen, J., *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken*, Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk, die Keure, 2012, 513 p. (The Belgian Code of Private International Law in family matters. Field-test research of legislative intentions and the actual practice of courts and administrations).
- Verhellen, J., Balancing migration policy and personal autonomy in private international law: a shattered illusion? in M.C. Foblets, A. Renteln and M. Graziadei (eds.), *The paradoxes of personal autonomy*, Routledge, 2017, in press.
- Verhellen, J., Real-life international family law: Belgian empirical research on cross-border family law in K. Boele-Woelki, N. Dethloff and W. Gephart (eds.), *Family law and culture in Europe : developments, challenges and opportunities*, ed. Cambridge, Intersentia, 2014, 323-333.
- Verhellen, J., Lost in nationality: private international law and cultural diversity, in M.C. Foblets and N. Yassari (eds.), *Approches juridiques de la diversité culturelle/Legal approaches to cultural diversity*, Académie de droit international de La Haye, 2013, 521-572.
- Verhellen, J., Access to foreign law in practice: easier said than done, *Journal of Private International Law*, 2016, Vol. 12, No. 2, 281-300.
- Verhellen, J., La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés. Situer les interactions entre le droit international privé et le droit international des réfugiés, *Rev.crit.dip* 2017, n° 2 (forthcoming).
- Welte, H.-P., *Der Familienschutz im Spektrum des Ausländerrechts*, Baden-Baden 2012.
- Zimmerman, A., *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1979 protocol. A commentary*, Oxford University Press, 2011, 1936 p.

## **Reports / Declarations**

- Committee on the rights of the child, The Rights of All Children in the Context of International Migration, Report of the 2012 Day of General Discussion, 2012,  
<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/2012DGDBackgroundPaper.pdf>.
- Deutscher Caritasverband, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Deutschland: rechtliche Vorgaben und deren Umsetzung, Freiburg, 2. Auflage 2017.
- European Commission, "A European Agenda on Migration", COM (2015), 240 final.
- Communication of the European Commission to the European Parliament and the Council, The protection of children in migration, 12 April 2017.
- EASO, Practical guide on family tracing, 2016.
- EASO, Age assessment practice in Europe, 2013.
- FRA, Guardianship for children deprived of parental care, 2014.
- FRA, Guardianship systems for children deprived of parental care in the European Union, 2015.
- GEDIP, Declaration on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union, 25th Meeting, Luxembourg, September 2015, available at [http://www.gedip-egpil.eu/gedip\\_documents.html](http://www.gedip-egpil.eu/gedip_documents.html).
- GEDIP, Résolution sur la proposition de la Commission pour une refonte du règlement Bruxelles IIbis, concernant la responsabilité parentale et l'enlèvement d'enfants / Resolution on the Commission Proposal for a recast of the Brussels IIa Regulation, concerning parental responsibility and child abduction, September 2016, available at [http://www.gedip-egpil.eu/gedip\\_documents.html](http://www.gedip-egpil.eu/gedip_documents.html).
- UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, 1990, 1-272, available at <http://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html>.
- UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, December 2011, 200 p.
- All the work of the Hague Conference on the access to foreign law.

## **ACTUALITEIT/ACTUALITÉ**

### **Regelgeving / Réglementation**

#### **1. Gegevens inzake de herkomst van de geadopteerde**

[Koninklijk besluit van 23 april 2017](#) betreffende de verzameling en de bewaring van en de toegang tot de gegevens in verband met de herkomst van de geadopteerde.

Dit koninklijk besluit is op 18 mei 2017 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

#### **Informations relatives aux origines de l'adopté**

[Arrêté royal du 23 avril 2017](#) relatif à la collecte, la conservation et l'accès aux informations relatives aux origines de l'adopté.

Cet arrêté royal a été publié le 18 mai 2017 au Moniteur belge.

#### **2. Afgifte noodreisdocumenten**

[Ministerieel besluit van 24 mei 2017](#) tot wijziging van het ministerieel besluit van 27 oktober 2016 tot aanduiding van de ereconsulaire posten bevoegd om noodreisdocumenten af te geven.

Dit ministerieel besluit is op 9 juni 2017 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad

#### **Délivrance des titres de voyage provisoires**

[Arrêté ministériel du 24 mai 2017](#) modifiant l'arrêté ministériel du 27 octobre 2016 désignant les postes consulaires honoraires habilités à délivrer des titres de voyage provisoires.

Cet arrêté ministériel a été publié le 9 juin 2017 au Moniteur belge.