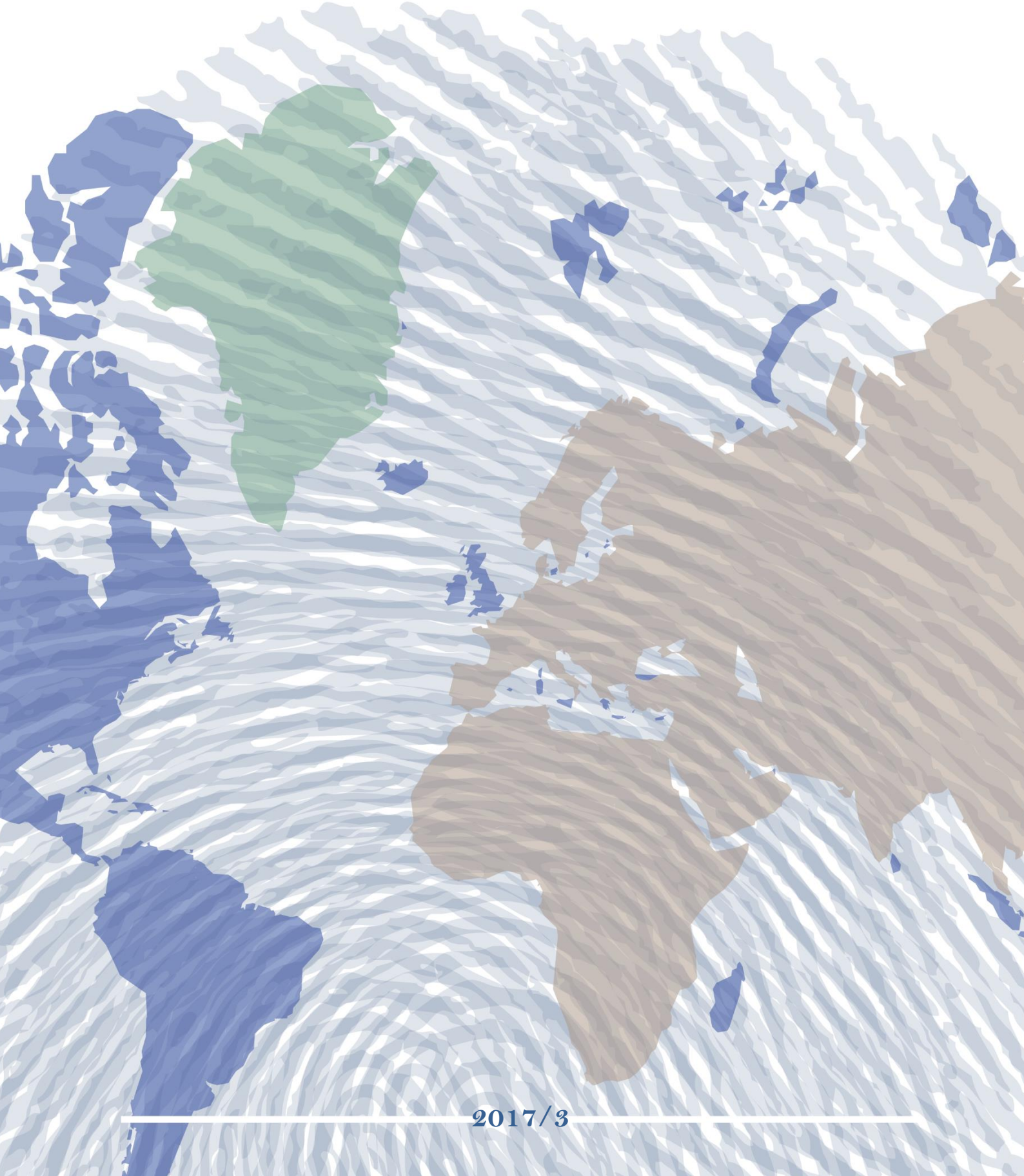
Revue@dipr.be
REVUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Tijdschrift@ipr.be
TIJDSCHRIFT VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT



2017/3

16de jaargang – 16ième année

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

Samenstelling van dit nr. – Composition de ce n°:
Sarah Den Haese – Laura Deschuyteneer – Jinske Verhellen

Uw bijdragen
Bijdragen voor het tijdschrift kunnen via e-mail worden toegezonden op het adres: 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. 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 2017/3

Mode de citation
Revue@dipr.be 2017/3

ISSN 2030-4072

INHOUD/CONTENU

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Hof van Justitie, gevoegde zaken C-168/16 en C-169/16, Sandra Nogueira, Victor Perez-Ortega, Virginie Mauguit, Maria Sanchez-Odogherty, José Sanchez-Navarro tegen Crewlink Ireland Ltd (C-168/16), en Miguel José Moreno Osacar tegen Ryanair Designated Activity Company, arrest van 14 september 2017

Hof van Justitie, zaak C-670/15, Jan Šalplachta, arrest van 26 juli 2017

Hof van Justitie, zaak C-340/16, Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft – KABEG tegen Mutuelles du Mans assurances – MMA IARD SA, arrest van 20 juli 2017

Hof van Justitie, zaak C-433/16, Bayerische Motoren Werke AG tegen Acacia Srl, arrest van 13 juli 2017

Hof van Justitie, zaak C-368/16, Assens Havn tegen Navigators Management (UK) Limited, arrest van 13 juli 2017

Hof van Justitie, zaak C-67/17, Todor Iliev tegen Blagovesta Ilieva, beschikking van 14 juni 2017

Cour de Cassation, arrêt du 8 juin 2017

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 16 mei 2017

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 25 mei 2016

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 4 november 2013

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 17 juni 2013

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 26 mei 2008

Hof van beroep Gent, arrest van 20 april 2017

Rechtbank van eerste aanleg Brussel (Ned.), vonnis van 13 mei 2014

Familierechtbank Antwerpen (afd. Antwerpen), vonnis van 31 juli 2017

Familierechtbank Oost-Vlaanderen (afd. Gent), vonnis van 15 december 2016

Familierechtbank West-Vlaanderen (afd. Brugge), vonnis van 26 mei 2017

Tribunal de la famille Brabant Wallon, jugement du 21 mai 2017

Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 27 avril 2017

Tribunal de la famille Namur (div. Namur), jugement du 17 mai 2017

Tribunal de première instance de Liège (div. Verviers), jugement du 23 janvier 2017

RECHTSLEER/DOCTRINE

Den Haese, Sarah (Universiteit Gent) – Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland

Guillaume, Mathieu (student notariaat Universiteit Gent) – Een of dé gemeenschappelijke nationaliteit als primaire aanknopingsfactor voor het bepalen van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht?

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE 6

Hof van Justitie, gevoegde zaken C-168/16 en C-169/16, Sandra Nogueira, Victor Perez-Ortega, Virginie Mauguit, Maria Sanchez-Odogherty, José Sanchez-Navarro tegen Crewlink Ireland Ltd (C-168/16), en Miguel José Moreno Osacar tegen Ryanair Designated Activity Company, arrest van 14 september 2017 6

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Rechterlijke bevoegdheid – Bevoegdheid voor individuele arbeidsovereenkomsten – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 19, punt 2, onder a) – Begrip 'plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt' – Luchtvaartsector – Cabinepersoneel – Verordening 3922/91 – Begrip 'thuisbasis' 6

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence judiciaire – Compétence en matière de contrats individuels de travail – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 19, point 2, sous a) – Notion de "Lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail" – Secteur aérien – Personnel navigant – Règlement 3922/91 – Notion de "base d'affectation" 6

Hof van Justitie, zaak C-670/15, Jan Šalplachta, arrest van 26 juli 2017 7

Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Toegang tot de rechter bij grensoverschrijdende geschillen – Richtlijn 2003/8/EG – Gemeenschappelijke minimumvoorschriften betreffende rechtsbijstand bij die geschillen – Werkingssfeer – Regeling van een lidstaat die bepaalt dat de kosten voor de vertaling van de voor de behandeling van een verzoek om rechtsbijstand vereiste begeleidende stukken niet kunnen worden terugbetaald 7

Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Accès à la justice dans les affaires transfrontalières – Directive 2003/8/CE – Règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires – Champ d'application – Réglementation d'un État membre prévoyant le caractère non remboursable des frais de traduction des documents connexes nécessaires au traitement d'une demande d'aide judiciaire 7

Hof van Justitie, zaak C-340/16, Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft – KABEG tegen Mutuelles du Mans assurances – MMA IARD SA, arrest van 20 juli 2017 8

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 9, lid 1 – Artikel 11, lid 2 – Rechterlijke bevoegdheid in verzekeringszaken – Rechtstreekse vordering van de getroffene tegen de verzekeraar – Vordering van de werkgever van de getroffene, een publiekrechtelijke instelling, die wettelijk gesubrogeerd is in de rechten van zijn werknemer jegens de verzekeraar van het betrokken voertuig – Subrogatie 8

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Brussel I) – Article 9, paragraphe 1 – Article 11, paragraphe 2 – Compétence judiciaire en matière d'assurances – Action directe de la victime contre l'assureur – Action de l'employeur de la victime, un établissement de droit public, cessionnaire légal des droits de son employé contre l'assureur du véhicule impliqué – Subrogation 8

Hof van Justitie, zaak C-433/16, Bayerische Motoren Werke AG tegen Acacia Srl, arrest van 13 juli 2017 9

Prejudiciële verwijzing – Rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Intellectuele eigendom – Gemeenschapsmodellen – Verordening 6/2002 (Gemeenschapsmodellen) – Artikelen 81 en 82 – Rechtsvordering tot vaststelling van niet-inbreuk – Bevoegdheid van de rechtbanken voor Gemeenschapsmodellen van de lidstaat waar de gedaagde zijn woonplaats heeft 9

Renvoi préjudiciel – Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Propriété intellectuelle – Dessins ou modèles communautaires – Règlement 6/2002 (Dessins ou modèles communautaires) – Articles 81 et 82 – Action en constatation de non-contrefaçon – Compétence des tribunaux des dessins ou modèles communautaires de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur a son domicile 9

Hof van Justitie, zaak C-368/16, Assens Havn tegen Navigators Management (UK) Limited, arrest van 13 juli 2017 10

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Bevoegdheid in verzekeringszaken – Nationale wetgeving die onder bepaalde voorwaarden voorziet in het recht van de gelaedeerde om rechtstreeks tegen de verzekeraar van degene die aansprakelijk is voor een incident een rechtsvordering in te stellen – Forumkeuzebeding overeengekomen door de verzekeraar en degene die de schade heeft veroorzaakt 10

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétence en matière d'assurances – Législation nationale prévoyant, sous certaines conditions, le droit de la personne lésée d'intenter une action en justice directement contre l'assureur du responsable d'un accident – Clause attributive de juridiction conclue entre l'assureur et l'auteur du dommage 10

Hof van Justitie, zaak C-67/17, Todor Iliev tegen Blagovesta Ilieva, beschikking van 14 juni 2017 11

Prejudiciële verwijzing – Artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 1215/2012 (Brussel I*bis*) – Artikel 1, lid 2, onder a) – Werkingssfeer – Uitgesloten gebieden – Huwelijksgoederenstelsels – Ontbinding van het huwelijk – Vereffening van een tijdens het huwelijk verworven goed 11

Renvoi préjudiciel – Article 99 du règlement de procédure de la Cour – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 1215/2012 (Bruxelles I*bis*) – Article 1er, paragraphe 2, sous a) – Champ d'application – Matières exclues – Régimes matrimoniaux – Dissolution du mariage – Liquidation d'un bien acquis au cours du mariage 11

Cour de Cassation, arrêt du 8 juin 2017 12

Caractère exécutoire – Aliment – Divorce – Créance – Article 25 CODIP – Prohibition de la révision au fond du jugement étranger – Violation de l'ordre public 12

Uitvoerbaarheid – Alimentatie – Echtscheiding – Schuldvordering – Artikel 25 WIPR – Verbod herziening grond van de buitenlandse beslissing – Schending openbare orde 12

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 16 mei 2017 15

Uitvoerbaarheid – Marokkaanse rechterlijke beslissing – Kafala – Verdrag van Den Haag van 1996 (kinderbescherming) – Artikel 33 Verdrag van Den Haag van 1996 – Samenwerking Centrale Autoriteiten – Artikel 33 nog niet geïmplementeerd in Belgische wetgeving – Artikel 22 WIPR – Weigeringsgronden artikel 25 WIPR – Kafala niet in strijd met openbare orde – Belang van het kind – Belang appellanten 15

Caractère exécutoire – Décision judiciaire marocaine – Kefala – Convention de La Haye de 1996 (protection des enfants) – Article 33 Convention de La Haye de 1996 – Collaboration entre Autorités Centrales – Article 33 non encore mis en oeuvre en Belgique – Article 22 CODIP – Motifs de refus de l'article 25 CODIP – Kefala ne viole pas l'ordre public – Intérêt de l'enfant – Intérêt des appellant 15

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 25 mei 2016 17

Erkenning en uitvoerbaarheid – Marokkaanse rechterlijke beslissing – Kinderbeschermingsmaatregel – Artikel 20 IVRK – Kafala – Marokkaans recht – Verbod op adoptie – Verdrag van Den Haag van 1996 (kinderbescherming) – WIPR niet van toepassing – Principe: erkenning van rechtswege – Weigeringsgronden – Artikel 23 Verdrag van Den Haag van 1996 – Belang van het kind – Erkenning kafala verleent niet automatisch verblijfsrecht 17

Reconnaissance et exécution – Décision judiciaire marocaine – Mesure de protection d'un enfant – Article 20 Convention sur les droits de l'enfant – Kefala – Droit marocain – Interdiction de l'adoption – Convention de La Haye de 1996 (protection des enfants) – CODIP inapplicable – Principe de la reconnaissance de plein droit – Motifs de refus – Article 23 Convention de La Haye de 1996 – Intérêt de l'enfant – Reconnaissance de la Kefala n'octroie pas automatiquement un droit de séjour 17

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 4 november 2013 22

Toepasselijk recht – Toepassing buitenlands recht – Overeenkomst – Verzekeringspolis – Maritiem recht – Rechtskeuze – Engels recht – Heropening van de debatten – Rol van de partijen bij toepassing buitenlands recht – Rechtskundige adviezen over buitenlands recht – Verzekerd risico – Institute Time Clauses Hulls – "Zeefortuin" 22

Droit applicable – Application d'un droit étranger – Contrat – Police d'assurance – Droit maritime – Choix de loi – Droit anglais – Réouverture des débats – Rôle des parties dans l'application du droit étranger – Avis de droit sur le droit étranger – Risque assuré – Clauses 'Hulls' – 'Fortune de mer' 22

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 17 juni 2013 43

Toepasselijk recht – Toepassing buitenlands recht – Maritiem recht – Overdracht schuldvordering – Duits recht – Rechtsplegingsvergoeding – Vergoeding vertaalkosten – Expertisekosten 43

Droit applicable – Application d'un droit étranger – Droit maritime – Cession de créances – Droit allemand – Indemnité de procédure – Remboursement des frais de traduction – Coûts de l'expertise 43

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 26 mei 2008 55

Toepasselijk recht – Toepassing buitenlands recht – Maritiem recht – Eenzijdige en retroactieve beëindiging van verzekeringsovereenkomst – Verhandelbaarheid van polissen – Engels recht – Betekenis "(re-)assignement" – Institute Time Clauses Hulls – Corvette Underwriters' Clauses 1993 – Marine Insurance Act – Frauduleuze claim 55

Droit applicable – Application d'un droit étranger – Droit maritime – Résiliation unilatérale et rétroactive d'une police d'assurance – Négociabilité des polices – Droit anglais – Signification du '(re-)assignment – Clauses 'Hulls' – Clause 'Corvette Underwriters' de 1993 – Loi sur l'assurance maritime – Demande frauduleuse 55

Hof van beroep Gent, arrest van 20 april 2017 71

Erkenning – Afstamming – Draagmoederschap – Genetische wensvader met Nederlandse nationaliteit – Belgische wensvader – Geboorteakte Californië – Kwalificatie – Erkenning rechterlijke beslissing – Artikel 24 WIPR – Artikel 25 WIPR – Geen wetsontduiking – Geen schending openbare orde – Belang van het kind – Artikel 8 EVRM 71

Reconnaissance – Filiation – Mère porteuse – Père génétique ressortissant néerlandais – Père commanditaire de nationalité belge – Acte de naissance dressé en Californie – Qualification – Reconnaissance d'une décision judiciaire – Article 24 CODIP – Article 25 CODIP – Pas de fraude à la loi – Pas de violation de l'ordre public – Intérêt de l'enfant – Article 8 CEDH 71

Rechtbank van eerste aanleg Brussel (Ned.), vonnis van 13 mei 2014 87

Erkenning – Afstamming – Draagmoederschap – Geboorteakte Californië – Belgische en Amerikaanse wensouders – Artikel 22 WIPR – Artikel 25 WIPR – Geen schending openbare orde 87

Reconnaissance – Filiation – Mère porteuse – Acte de naissance dressé en Californie – Parents commanditaires de nationalité américaine et belge – Article 22 CODIP – Article 25 CODIP – Pas de violation de l'ordre public 87

Familierechtbank Antwerpen (afd. Antwerpen), vonnis van 31 juli 2017 92

Bevoegdheid – Ouderlijk gezag – Verordening 2201/2003 (Brussel II*bis*) – Artikel 8 – Gewone verblijfplaats – Artikel 9 – Artikel 10 – Artikel 12 – Artikel 15 – Alimentatie 92

Compétence – Responsabilité parentale – Règlement 2201/2003 (Bruxelles II*bis*) – Article 8 – Résidence habituelle – Article 9 – Article 10 – Article 12 – Article 15 – Aliments 92

Familierechtbank Oost-Vlaanderen (afd. Gent), vonnis van 15 december 2016 96

Huwelijk – Somalië – Erkenning Somalische huwelijksakte – Tegenstrijdige administratieve beslissingen – WIPR – Legalisatie – Artikel 30 WIPR – Legalisatie onmogelijk in land van herkomst – Legalisatie door Minister van Buitenlandse Zaken – Vraag tot overschrijving van de huwelijksakte – Artikel 31, § 1 WIPR 96

Mariage – Somalie – Reconnaissance d'un acte somalien de mariage – Décisions administratives contradictoires – CODIP – Légalisation – Article 30 CODIP – Légalisation impossible dans le pays d'origine – Légalisation par le ministre des affaires étrangères – Demande de transcription de l'acte de mariage – Article 31 § 1 CODIP 96

Familierechtbank West-Vlaanderen (afd. Brugge), vonnis van 26 mei 2017 100

Erkenning – Afstamming – Draagmoederschap – Mexicaanse geboorteakte – Geen vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte – Artikel 27 WIPR – Artikel 62 WIPR – Artikel 64 WIPR – Strijdigheid

Belgische internationale openbare orde – Vaderlijke erkenning – Geen toestemming moeder – Artikel 329*bis* BW – Artikel 329*bis*, § 3 BW 100

Reconnaissance – Filiation – Mère porteuse – Acte de naissance mexicain – Absence de mention de la mère dans l'acte de naissance – Article 27 CODIP – Article 62 CODIP – Article 64 CODIP – Violation de l'ordre public international belge – Reconnaissance paternelle – Pas de consentement de la mère – Article 329*bis* C. civ. – Article 329*bis*, § 3 C. civ. 100

Tribunal de la famille Brabant Wallon, jugement du 21 mai 2017 106

Nationalité – Déclaration de nationalité – Article 12*bis* CNB – Participation économique – Intégration sociale – Formation professionnelle – Certificat FOREM 106

Nationaliteit – Nationaliteitsverklaring – Artikel 12*bis* WBN – Economische participatie – Maatschappelijke integratie – Beroepsopleiding – Certificaat VDAB 106

Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 27 avril 2017 109

Compétence internationale – Droit applicable – Contestation de paternité – Contestation de maternité – Établissement de maternité – Article 61 CODIP – Article 62 CODIP – Article 63 CODIP – Juridiction belge – Application du droit congolais – Possession d'état d'enfant – Test génétique – Nom – Article 36 CODIP – Article 37 CODIP – Nationalité de l'enfant est indéterminée – Article 3, § 4 CODIP – Application du droit belge 109

Internationale bevoegdheid – Toepasselijk recht – Betwisting vaderschap – Betwisting moederschap – Vaststelling moederschap – Artikel 61 WIPR – Artikel 62 WIPR – Artikel 63 WIPR – Belgische rechtbank bevoegd – Congolees recht van toepassing – Bezit van staat – DNA-test – Naam – Artikel 36 WIPR – Artikel 37 WIPR – Nationaliteit kind onbepaald – Artikel 3, § 4 WIPR – Belgisch recht van toepassing 109

Tribunal de la famille Namur (div. Namur), jugement du 17 mai 2017 115

Nationalité – Déclaration de nationalité – Article 12*bis,* § 1, 2° CNB – Séjour légal – Attestation d'immatriculation – Effet déclaratif – Article 7*bis*, § 2 CNB – Arrêté royal du 14 janvier 2013 – Faits personnels graves – Article 1, § 2, 4° CNB – Suspicion par la Sûreté de l'Etat de salafisme 115

Nationaliteit – Nationaliteitsverklaring – Artikel 12*bis*, § 1, 2° WBN – Wettelijk verblijf – Attest van immatriculatie – Declaratief karakter – Artikel 7*bis*, § 2 WBN – Koninklijk besluit van 14 januari 2013 – Gewichtige feiten eigen aan de persoon – Artikel 1, § 2, 4° WBN – Verdenking door de Veiligheid van de Staat van salafisme 115

Tribunal de première instance de Liège (div. Verviers), jugement du 23 janvier 2017 123

Impossibilité de se procurer l'acte de naissance et l'acte de célibat – Irak – Requête en homologation d'un acte de notoriété – Article 72*bis* C. civ. – Article 70 C. civ. 123

Onmogelijk om geboorteakte en celibaatsattest voor te leggen – Irak – Verzoek tot homologatie van akte van bekendheid – Artikel 72*bis* BW – Artikel 70 BW 123

RECHTSLEER/DOCTRINE 126

Den Haese, Sarah (Universiteit Gent) – Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland 126

Guillaume, Mathieu (student notariaat Universiteit Gent) – Een of dé gemeenschappelijke nationaliteit als primaire aanknopingsfactor voor het bepalen van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht? 141

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ 151

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Hof van Justitie, gevoegde zaken C-168/16 en C-169/16, Sandra Nogueira, Victor Perez-Ortega, Virginie Mauguit, Maria Sanchez-Odogherty, José Sanchez-Navarro tegen Crewlink Ireland Ltd (C-168/16), en Miguel José Moreno Osacar tegen Ryanair Designated Activity Company, arrest van 14 september 2017

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Rechterlijke bevoegdheid – Bevoegdheid voor individuele arbeidsovereenkomsten – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 19, punt 2, onder a) – Begrip 'plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt' – Luchtvaartsector – Cabinepersoneel – Verordening 3922/91 – Begrip 'thuisbasis'

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence judiciaire – Compétence en matière de contrats individuels de travail – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 19, point 2, sous a) – Notion de "Lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail" – Secteur aérien – Personnel navigant – Règlement 3922/91 – Notion de "base d'affectation"

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-670/15, Jan Šalplachta, arrest van 26 juli 2017

Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Toegang tot de rechter bij grensoverschrijdende geschillen – Richtlijn 2003/8/EG – Gemeenschappelijke minimumvoorschriften betreffende rechtsbijstand bij die geschillen – Werkingssfeer – Regeling van een lidstaat die bepaalt dat de kosten voor de vertaling van de voor de behandeling van een verzoek om rechtsbijstand vereiste begeleidende stukken niet kunnen worden terugbetaald

Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Accès à la justice dans les affaires transfrontalières – Directive 2003/8/CE – Règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires – Champ d'application – Réglementation d'un État membre prévoyant le caractère non remboursable des frais de traduction des documents connexes nécessaires au traitement d'une demande d'aide judiciaire

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-340/16, Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft – KABEG tegen Mutuelles du Mans assurances – MMA IARD SA, arrest van 20 juli 2017

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 9, lid 1 – Artikel 11, lid 2 – Rechterlijke bevoegdheid in verzekeringszaken – Rechtstreekse vordering van de getroffene tegen de verzekeraar – Vordering van de werkgever van de getroffene, een publiekrechtelijke instelling, die wettelijk gesubrogeerd is in de rechten van zijn werknemer jegens de verzekeraar van het betrokken voertuig – Subrogatie

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Brussel I) – Article 9, paragraphe 1 – Article 11, paragraphe 2 – Compétence judiciaire en matière d'assurances – Action directe de la victime contre l'assureur – Action de l'employeur de la victime, un établissement de droit public, cessionnaire légal des droits de son employé contre l'assureur du véhicule impliqué – Subrogation

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-433/16, Bayerische Motoren Werke AG tegen Acacia Srl, arrest van 13 juli 2017

Prejudiciële verwijzing – Rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Intellectuele eigendom – Gemeenschapsmodellen – Verordening 6/2002 (Gemeenschapsmodellen) – Artikelen 81 en 82 – Rechtsvordering tot vaststelling van niet-inbreuk – Bevoegdheid van de rechtbanken voor Gemeenschapsmodellen van de lidstaat waar de gedaagde zijn woonplaats heeft

Renvoi préjudiciel – Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Propriété intellectuelle – Dessins ou modèles communautaires – Règlement 6/2002 (Dessins ou modèles communautaires) – Articles 81 et 82 – Action en constatation de non-contrefaçon – Compétence des tribunaux des dessins ou modèles communautaires de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur a son domicile

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-368/16, Assens Havn tegen Navigators Management (UK) Limited, arrest van 13 juli 2017

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Bevoegdheid in verzekeringszaken – Nationale wetgeving die onder bepaalde voorwaarden voorziet in het recht van de gelaedeerde om rechtstreeks tegen de verzekeraar van degene die aansprakelijk is voor een incident een rechtsvordering in te stellen – Forumkeuzebeding overeengekomen door de verzekeraar en degene die de schade heeft veroorzaakt

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétence en matière d'assurances – Législation nationale prévoyant, sous certaines conditions, le droit de la personne lésée d'intenter une action en justice directement contre l'assureur du responsable d'un accident – Clause attributive de juridiction conclue entre l'assureur et l'auteur du dommage

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-67/17, Todor Iliev tegen Blagovesta Ilieva, beschikking van 14 juni 2017

Prejudiciële verwijzing – Artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis) – Artikel 1, lid 2, onder a) – Werkingssfeer – Uitgesloten gebieden – Huwelijksgoederenstelsels – Ontbinding van het huwelijk – Vereffening van een tijdens het huwelijk verworven goed

Renvoi préjudiciel – Article 99 du règlement de procédure de la Cour – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis) – Article 1er, paragraphe 2, sous a) – Champ d'application – Matières exclues – Régimes matrimoniaux – Dissolution du mariage – Liquidation d'un bien acquis au cours du mariage

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Cour de Cassation, arrêt du 8 juin 2017

Caractère exécutoire – Aliment – Divorce – Créance – Article 25 CODIP – Prohibition de la révision au fond du jugement étranger – Violation de l'ordre public

Uitvoerbaarheid – Alimentatie – Echtscheiding – Schuldvordering – Artikel 25 WIPR – Verbod herziening grond van de buitenlandse beslissing – Schending openbare orde

N° C.16.0114.F

M. N. D.,

demandeur en cassation,

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

contre

H. D., née E. B.,

défenderesse en cassation,

représentée par Maître François T'Kint, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Charleroi, rue de l'Athénée, 9, où il est fait élection de domicile,

en présence de E. D.,

partie appelée en déclaration d'arrêt commun.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 8 mai 2015 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le président de section Martine Regout a fait rapport.

L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

II. Le moyen de cassation

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

III. La décision de la Cour

Sur le moyen

Aux termes de l'article 25, § 1er, 1°, du Code de droit international privé, une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait manifestement incompatible avec l'ordre public et cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit.

L'article 25, § 2, du même code dispose qu'en aucun cas, la décision judiciaire étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Il suit de ces dispositions que, pour vérifier la compatibilité avec l'ordre public belge des effets en Belgique de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire de la décision étrangère, le juge doit en apprécier la gravité en tenant compte des circonstances concrètes de la cause.

L'arrêt attaqué considère que « l'exception d'ordre public restreint et atténué consacrée par [l'article 25, § 1er, 1°, du Code de droit international privé] exclut de laisser produire en Belgique les effets d'une situation juridique frauduleusement acquise à l'étranger qui [...] diminue artificiellement le gage du créancier de celui qui s'en prévaut, notamment pour ses créances futures, fussent-elles privilégiées ».

Il constate que, « dans le cadre des mesures provisoires afférentes à l'instance en divorce belge des époux D.-E. B., E. D. a été condamné à payer à [la défenderesse] une provision alimentaire de 2.500 euros par mois, ainsi qu'une contribution alimentaire de 1.000 euros par mois pour S. [...] et de 800 euros par mois pour D. [...] (arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 13 mars 2008 [...]) ; qu'à cette époque, la cour [d'appel] a considéré que, nonobstant les dénégations d'E. D., ses revenus globaux pouvaient [...] être estimés à un minimum de 12.500 euros par mois » ; que, « dans [son] arrêt du 14 mars 2011, la cour [d'appel] a estimé qu'E. D. n'apporte pas la preuve que sa situation aurait été modifiée par rapport à celle qui a été décrite dans l'arrêt du 13 mars 2008 » ; que « les décisions judiciaires belges précitées n'ont jamais été volontairement exécutées par E. D. » ; que « le seul patrimoine d'E. D. en Belgique semble être constitué, d'une part, de diverses sommes logées sur des comptes bancaires [...] ayant fait l'objet de différentes saisies-arrêts par [la défenderesse], d'autre part, de ses droits indivis dans l'immeuble sis à ..., qui constituait l'ancienne résidence conjugale et qui est toujours occupé par [la défenderesse] » ; que le demandeur « a fait procéder à la saisie-exécution de cet immeuble […] pour recouvrer sa créance de 282.000 dollars américains et de 20.000 dollars américains et a cité les indivisaires en partage » et que « c'est cette créance, consacrée par le tribunal de grande instance de Kinshasa/Gombe dans son jugement du 19 novembre 2009, que [la défenderesse] tient pour fausse et volontairement attentatoire à ses droits ».

L'arrêt attaqué relève qu'il résulte de ce jugement du 19 novembre 2009, « sans chercher à [en] réviser le fond, ce qu'interdit explicitement l'article 25, § 2, du Code de droit international privé », que :

- « les deux parties à la cause dans le jugement précité sont domiciliées à la même adresse » ;
- le demandeur « était assisté de l'ancien avocat de son frère E. D. » ;
- « E. D. déclara au juge congolais 'ne trouve[r] aucun inconvénient à ce que son frère lui réclame sa créance', le tribunal constatant 'qu'il la reconnaît [...]', E. D. précisant par ailleurs que 'son salaire est insuffisant et qu'il ne saurait payer ladite créance, le seul espoir qui lui reste [étant] de voir la procédure de divorce avec sa femme aboutir, pour lui permettre de récupérer une partie de ses comptes' ».

L'arrêt attaqué considère que « la prétendue dette contractée par E. D. à l'égard [du demandeur] n'est pas compatible avec les décisions judiciaires belges qui se sont penchées sur les ressources d'[E. D.] à la même époque » et qu'« il ne ressort pas de la lecture de ces décisions judiciaires, pleinement opposables à E. D., qu'il aurait fait état du prêt qui lui aurait été consenti par son frère en dix tranches de 28.200 dollars américains à partir du mois de novembre 2007, ni des démarches qui auraient été entreprises par ce dernier 'pour recouvrer sa créance' ».

Il déduit « de l'ensemble de ces constats et considérations que la preuve de la fraude alléguée [...] est établie à suffisance de droit ».

Sur la base de ces considérations, qui n'emportent pas la révision au fond du jugement rendu le 19 novembre 2009 par le tribunal de grande instance de Kinshasa/Gombe, l'arrêt attaqué a pu décider que l'effet en Belgique de la déclaration de force exécutoire de ce jugement serait manifestement incompatible avec l'ordre public belge, de sorte que ce jugement ne peut être déclaré exécutoire en Belgique.

Le moyen ne peut être accueilli.

Et le rejet du pourvoi prive d'intérêt la demande en déclaration d'arrêt commun.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Rejette le pourvoi et la demande en déclaration d'arrêt commun;

Condamne le demandeur aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de mille cent quatre-vingt-quatre euros septante et un centimes envers la partie demanderesse.

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

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 16 mei 2017

Uitvoerbaarheid – Marokkaanse rechterlijke beslissing – Kafala – Verdrag van Den Haag van 1996 (kinderbescherming) – Artikel 33 Verdrag van Den Haag van 1996 – Samenwerking Centrale Autoriteiten – Artikel 33 nog niet geïmplementeerd in Belgische wetgeving – Artikel 22 WIPR – Weigeringsgronden artikel 25 WIPR – Kafala niet in strijd met openbare orde – Belang van het kind – Belang appellanten

Caractère exécutoire – Décision judiciaire marocaine – Kefala – Convention de La Haye de 1996 (protection des enfants) – Article 33 Convention de La Haye de 1996 – Collaboration entre Autorités Centrales – Article 33 non encore mis en oeuvre en Belgique – Article 22 CODIP – Motifs de refus de l'article 25 CODIP – Kefala ne viole pas l'ordre public – Intérêt de l'enfant – Intérêt des appellant

1. **O.**, geboren te […] (Marokko) op […] 1955, wonende te 2660 Hoboken, […], woonstkeuze doende bij mr. Wuyts Hilary, hierna vernoemd
2. **I.**, geboren te […] (Marokko) op […] 1965, wonende te 2660 Hoboken, […], woonstkeuze doende bij mr. Wuyts Hilary, hierna vernoemd

appellanten
ter terechtzitting van 31 januari 2017 in persoon aanwezig
bijgestaan door raadsman mr. Wuyts Hilary, advocaat te 2000 Antwerpen, Emiel Banningstraat 6

tegen het vonnis van de […] kamer van de rechtbank eerste aanleg Antwerpen, afd. Antwerpen - Familierechtbank van 21 mei 2015, gekend onder rolnummer […]

I. <u>Procedure</u>

Gelet op het tussenarrest van deze kamer van dit hof d.d. 25/05/2016, waarbij:

- het hoger beroep werd ontvangen,

- het bestreden vonnis werd hervormd en gezegd voor recht dat het arrest d.d. 22/01/2013 gewezen door het hof van beroep te Agadir (Marokko) houdende de toekenning van de ten laste neming (Kafala) door appellanten van het minderjarig kind J., geboren op […] 2012 te […] (Marokko), van Marokkaanse nationaliteit en verblijvende in Marokko wordt erkend in de Belgische rechtsorde

- vooraleer verder recht te doen over de uitvoerbaarheid ervan in België, de debatten werden heropend om appellanten toe te laten hierover standpunt in te nemen of gebeurlijk de procedure van artikel 56 (lees 33) van het Haags Kinderbeschermingsverdrag moet worden nageleefd.

- de mededeling van de zaak aan het Openbaar Ministerie werd bevolen.

- het Openbaar Ministerie werd verzocht over deze kwestie advies te verstrekken

- de uitspraak over de kosten werd aangehouden.

Appellanten doen terecht gelden dat het Haags Kinderbeschermingsverdrag in de context van deze zaak niet toepasbaar is omdat de bepalingen van artikel 33 van dat Verdrag nog niet geïmplementeerd zijn in de Belgische wetgeving, met name werd door de Belgische wetgever geen Centrale Autoriteit aangeduid zoals voorgeschreven door het Verdrag.

Gelet op de onmogelijkheid toepassing te maken van dat Verdrag beoordeelt het hof de uitvoerbaarheid van de Kafala overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek Internationaal Privaatrecht (de artikelen 22-25).

De Kafala-beslissing van de Marokkaanse rechter, die uitvoerbaar werd verklaard op 29/04/2013 […] kan in de Belgische rechtsorde uitvoerbaar worden verklaard, nu daarbij de weigeringsgronden in artikel 25 WIPR niet voorhanden zijn en de Kafala niet in strijd is met de Belgische internationale en nationale openbare orde.

De vordering van appellanten tot uitvoerbaarverklaring van de betrokken Kafala in de Belgische rechtsorde dient het belang van het kind J. en dat van appellanten en kan worden toegewezen.

Er is geen in het ongelijk gestelde partij die kan worden verwezen in de kosten, zodat de kosten ten laste blijven van appellanten.

II. <u>Beslissing</u>

Het hof beslist na beraad op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken;

De heer Advocaat-generaal D. De Waele heeft onmiddellijk omwille van de omstandigheden van de zaak mondeling ter terechtzitting advies verstrekt, waarop partijen hebben kunnen repliceren.

Het hof werkt het tussenarrest d.d. 25/05/2016 verder uit.

Verklaart het reeds bij gezegd tussenarrest erkend arrest d.d. […] 2013 gewezen door het hof van beroep te Agadir (Marokko) houdende de toekenning van de ten laste neming (Kafala) door appellanten van het minderjarig kind J., geboren op […] 2012 te […] (Marokko), van Marokkaanse nationaliteit, thans verblijvende in Marokko, uitvoerbaar in de Belgische rechtsorde op grond van artikel 22 e.v. Wetboek Internationaal Privaatrecht.

Laat de kosten ten laste van appellanten.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 16 mei 2017 door

J.M. Wetsels	Voorzitter
C. Lutters	Raadsheer
B. Van Den Bergh	Raadsheer
E. Cleymans	Griffier

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 25 mei 2016

Erkenning en uitvoerbaarheid – Marokkaanse rechterlijke beslissing – Kinderbeschermingsmaatregel – Artikel 20 IVRK – Kafala – Marokkaans recht – Verbod op adoptie – Verdrag van Den Haag van 1996 (kinderbescherming) – WIPR niet van toepassing – Principe: erkenning van rechtswege – Weigeringsgronden – Artikel 23 Verdrag van Den Haag van 1996 – Belang van het kind – Erkenning kafala verleent niet automatisch verblijfsrecht

Reconnaissance et exécution – Décision judiciaire marocaine – Mesure de protection d'un enfant – Article 20 Convention sur les droits de l'enfant – Kefala – Droit marocain – Interdiction de l'adoption – Convention de La Haye de 1996 (protection des enfants) – CODIP inapplicable – Principe de la reconnaissance de plein droit – Motifs de refus – Article 23 Convention de La Haye de 1996 – Intérêt de l'enfant – Reconnaissance de la Kefala n'octroie pas automatiquement un droit de séjour

1. **O.**, geboren te […] (Marokko) op […], wonende te […] (België);
2. **I.**, geboren te […] (Marokko) op […], wonende te […] (België), beiden woonst kiezende bij Meester H. Wuyts, advocaat te 2000 Antwerpen, Emiel Banningstraat 6;

appellanten
in persoon, bijgestaan door Meester H. Wuyts, advocaat te 2000 Antwerpen, Emiel Banningstraat 6; tweede appellante bijgestaan door een tolk, mevrouw Z. Raehani;

tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Antwerpen, van 21 mei 2015;

I. Procedure

1. De door de wet vereiste processtukken werden in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis en het verzoekschrift tot hoger beroep ingediend ter griffie van dit hof op 17/06/2015.

II. Voorwerp van de vorderingen in hoger beroep

2. Appellanten vorderen het hof, bij hervorming van het bestreden vonnis, het arrest d.d. 22/01/2013 van het hof van beroep te […] (Marokko) houdende de toekenning van de ten laste neming (Kafala) door appellanten van het minderjarig kind J. (hierna ook: het kind), geboren op […] 2012 te […] (Marokko), van Marokkaanse nationaliteit en verblijvende in Marokko te erkennen en uitvoerbaar te verklaren conform artikel 22 e.v. Wetboek Internationaal Privaatrecht.

III. Relevante feiten en retro-acten

3. De heer O. is geboren te […] (Marokko) op […] 1955 en heeft de Belgische nationaliteit.

Mevrouw I. werd geboren te […] (Marokko) op […] 1965 en heeft de Belgische nationaliteit.

Zij verblijven in Antwerpen (België).

Zij hebben op 22/01/2014 een verzoekschrift ingediend ter griffie van de Jeugdrechtbank te Antwerpen tot erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing inzake voogdij. Zij vorderden de erkenning en uitvoerbaarverklaring van het arrest d.d. 22/01/2013 van het hof van beroep te Agadir (Marokko) houdende de toekenning van de ten laste neming (Kafala) door appellanten van het minderjarig kind J. (hierna ook: het kind), geboren op […] 2012 te […] (Marokko), van Marokkaanse nationaliteit en verblijvende in Marokko, conform artikel 22 e.v. Wetboek Internationaal Privaatrecht (hierna WIPR).

Dat arrest werd in Marokko uitvoerbaar verklaard bij proces-verbaal d.d. 29/04/2013 van de rechtbank van eerste aanleg te Inezgane (Marokko).

Het kind werd verlaten verklaard bij vonnis d.d. 9/04/2012 van de rechtbank van eerste aanleg te Inezgane.

Bij vonnis van de Jeugdrechtbank van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen d.d. 2/04/2014 werden de debatten heropend om het openbaar ministerie en partijen toe te laten schriftelijk standpunt in te nemen over de verenigbaarheid van het verzoek van appellanten met de weigeringsgronden opgesomd in artikel 25 WIPR.

Bij vonnis d.d. 21/05/2015 van diezelfde rechtbank werd de vordering ongegrond verklaard wegens strijdigheid met de openbare orde en met artikel 25 WIPR. De eerste rechter heeft overwogen dat appellanten voor de rechters in Marokko foutief/bedrieglijk voorhielden dat zij niet van plan waren om met het kind naar het buitenland te reizen, dat zij Marokkanen zijn met een gewoonlijk verblijf in Marokko, terwijl blijkt dat zij zich ontegensprekelijk met het kind in België willen vestigen en dat de Kafala niet spoort met de Belgische rechtsorde en met het belang van het kind. Appellanten werden verwezen in de kosten van het geding.

IV. Toelaatbaarheid van het hoger beroep

4. Het hoger beroep werd ingesteld binnen de maand na de uitspraak van het bestreden vonnis en is regelmatig naar vorm en termijn.

Er worden geen gronden van ontoelaatbaarheid van het hoger beroep aangevoerd en het hof ziet geen gronden om ambtshalve de toelaatbaarheid van het hoger beroep in vraag te stellen.

Het hoger beroep is ontvankelijk.

V. Beoordeling

5. Het arrest waarvan men de erkenning en de uitvoerbaarheid in België vordert heeft kracht van gewijsde verkregen in 2013. Het verzoek tot erkenning is van 22/01/2014.

6. Het komt dit hof niet toe de Marokkaanse rechterlijke beslissingen, waartegen kennelijk geen gewone rechtsmiddelen openstaan, ten gronde te herzien.

7. Het Marokkaanse recht verbiedt de adoptie alsmede de legitimatie door adoptie. Dit houdt in dat Marokkanen in België niet mogen adopteren, noch geadopteerd mogen worden. Artikel 20 IVRK geeft aan dat een kind recht heeft op gezinsvervangende zorg, als het tijdelijk of blijvend niet door de oorspronkelijke ouder(s) kan worden verzorgd en opgevoed.

8. De gezinsvervangende zorg kan worden gevonden in de Kafala (de Marokkaanse Wet nr. 15-01). Kafala heeft als voornaamste doel de feitelijke opname van een in de steek gelaten kind of weeskind in een gezin. In het kader van die instelling neemt een persoon vrijwillig de verbintenis op zich de lasten van onderhoud, opvoeding en bescherming van verlaten, behoeftige minderjarige kinderen te dragen net zoals een vader dat voor zijn kind zou doen (art. 2 eerste zin). De Kafil (Kafala-ouder) krijgt het gezag over het kind; De Kafala is in essentie een gezagstoewijzende maatregel en kan worden vergeleken met een langdurige vorm van pleegzorg. De Kafala geeft geen recht op afstamming en erfopvolging (art. 2 tweede zin). De toelating ervoor wordt verleend voor een rechter of een notaris met de toestemming van het kind zo hij nog ouders heeft. De Kafil moet moslim zijn. Bovendien moet hij in staat zijn in het onderhoud en de bescherming van het kind te voorzien. Hij wordt een soort pleegvoogd van het betrokken kind. Het kind kan ook in zijn oorspronkelijke familie terugkeren op vraag van zijn ouders of van één ervan. De beslissing ligt bij het kind zo het tot de jaren van verstand is gekomen. Het laatste woord ligt bij de rechter die beslist in functie van de belangen van het kind. De Kafala neemt van rechtswege een einde zodra het kind meerderjarig wordt. De Kafala strekt, anders dan een adoptie, niet tot een wijziging van de afstammingsrelatie.

De Kafala werd ingewilligd door de bevoegde Marokkaanse rechter, die oordeelde dat alle voorwaarden van de Marokkaanse wet vervuld waren.

9. Met toestemming van de voogdijrechter en in het belang van beide partijen mag de persoon die de pleegzorg op zich neemt, samen met het kind waarop de pleegzorg betrekking heeft, het grondgebied van het koninkrijk Marokko verlaten om zich definitief in het buitenland te vestigen (art. 24 Marokkaanse Wet nr. 15-01). Die wetsbepaling beoogt een oplossing te bieden voor verlaten of verwaarloosde kinderen die moeilijkheden ondervinden om in Marokko een onthaal-familie te vinden door een internationale pleegzorg toe te staan.

De Marokkaanse voogdijrechter heeft dan ook op grond van artikel 24 Wet nr. 15-01 bij afzonderlijk arrest de toestemming verleend aan het kind om het Marokkaans grondgebied te verlaten en met appellanten in België te verblijven.

10. Het Belgisch recht kent de figuur van de Kafala niet. Die kan niet omgezet worden in een gewone of volle adoptie omdat zij de afstammingsrelatie niet wijzigt.

Het 'Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996' is sinds 1 september 2014 van toepassing in België (instemmingswet 5/05/2014, B.S. 22/08/2014, inwerkingtreding 1/09/2014). Marokko heeft dit verdrag bekrachtigd op 22/08/2002 met inwerkingtreding op 1/12/2002.
De erkenning en uitvoerbaarverklaring van het Marokkaans arrest wordt geregeld door het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 (artikel 52) en niet door het Belgisch Wetboek Internationaal Privaatrecht, zoals partijen voorhouden.

De regels van erkenning en uitvoerbaarverklaring in dat verdrag hebben immers ook gevolgen op de beslissingen en akten die voor de inwerkingtreding ervan zijn tot stand gekomen, wanneer zij aan de voorwaarden van dat Verdrag voldoen, wat voor de betrokken Kafala-akte in casu het geval is.

Het kind heeft zijn gewone verblijfplaats in Marokko, een verdragsstaat van het Kinderbeschermingsverdrag van Den Haag. Het heeft de Marokkaanse nationaliteit, verblijft bestendig in een huis in Marokko dat eigendom is van de kafils, krijgt daar zorg en opvoeding van de kafils en wanneer die in België verblijven van een aangestelde kinderverzorgster.

Marokkaanse Kafala's, die in België worden ingeroepen moeten gerespecteerd worden onder dit verdrag (zie ook T. Kruger, in Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Internationaal Privaatrecht, deel "Internationale ouderlijke

verantwoordelijkheid", nr. 20 blz. 47), behoudens wanneer de weigeringsgronden die het Verdrag voorziet vervuld zouden zijn.

Op grond van art. 1 lid 1 sub d juncto art. 3 sub e en art. 23 lid 1 van dit Haags Kinderbeschermingsverdrag dient een Kafala-beslissing genomen in Marokko in België van rechtswege erkend te worden als een in het buitenland genomen kinderbeschermingsmaatregel die een gezagsvoorziening inhoudt. Het kind mag trouwens ook rekenen op de bescherming die geboden wordt door de Belgische Grondwet – waarvan het artikel 22bis bepaalt dat het belang van het kind op primordiale wijze in aanmerking genomen wordt bij elke beslissing met betrekking tot dit kind – en door het Kinderrechtenverdrag – waarvan artikel 20 uitdrukkelijk de Kafala erkent als een manier om de kinderen te beschermen.

De erkenning van de betrokken Kafala-akte is in concreto niet onverenigbaar met de openbare orde in België. Het strijdt in beginsel niet met de Belgische openbare orde dat ten aanzien van een (Marokkaans) verlaten kind een passende gezagsmaatregel met verzorgende draagwijdte wordt erkend. Dit dient het belang van het kind.

Niet zonder belang is dat een dergelijke erkenning niet automatisch aan het betrokken kind in België verblijfsrecht verleend. Die erkenning en gebeurlijk de tenuitvoerlegging van de Kafala-akte kan dan ook geen ontduiking van de wettelijke regels die de toegang en het verblijf van vreemden in de Rijk regelen tot doel hebben.

Nu niet is gebleken dat een van de weigeringsgronden tot de erkenning van het tweede lid van artikel 23 Haags Kinderbeschermingsverdrag zich voordoet, zal het hof het verzoek tot erkenning van het arrest d.d. 22/01/2013 van het hof van beroep te Agadir (Marokko) houdende de toekenning van de ten laste neming (Kafala) door appellanten van het minderjarig kind J. erkennen.

11. De overweging van de eerste rechter dat betrokkenen om de Kafala-akte te verkrijgen de rechters in Marokko foutief/bedrieglijk zouden hebben voorgehouden dat zij niet van plan waren om met het kind naar België te gaan, strookt niet met de voorgelegde gegevens. Zij zijn met het kind in hun huis in Marokko gebleven en hebben later hun voornemen om naar België terug te keren aan die rechters kenbaar gemaakt en hen om toelating verzocht, die werd verleend.

12. De vraag rijst of de beslissing van de Marokkaanse rechter tot plaatsing van het kind in het gezin van appellanten in België in de Belgische rechtsorde uitvoerbaar is.

Het hof werpt ambtshalve de vraag op of voor de plaatsing van het kind in het gezin van appellanten in België de procedure van artikel 56 van het Verdrag had moeten worden gevolgd naar luid waarvan:

"1. Indien het ingevolge de artikelen 8 tot en met 15 bevoegde gerecht overweegt het kind te plaatsen in een instelling of in een pleeggezin, en indien deze plaatsing zal geschieden in een andere lidstaat, pleegt het eerst overleg met de centrale autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van die lidstaat, indien voor interne plaatsingen van kinderen in die lidstaat de tussenkomst van een overheidsinstantie is voorzien.

2. De in lid 1 bedoelde beslissing over de plaatsing mag in de verzoekende lidstaat slechts worden genomen indien de bevoegde autoriteit van de aangezochte lidstaat heeft ingestemd met de plaatsing."

Voor de instelling van de pleegvoogdij, die verwant is aan de Marokkaanse Kafala, in de interne Belgische rechtsorde is immers de tussenkomst noodzakelijk van de Jeugdrechter, om de akte van

pleegvoogdij te bekrachtigen (artikel 475 ter al. 2 B.W.). Zonder die tussenkomst van de jeugdrechter heeft de overeenkomst tot pleegvoogdij geen gevolgen.

De heropening der debatten dringt zich op om appellanten toe te laten hierover standpunt in te nemen of gebeurlijk de procedure van artikel 56 van het Verdrag na te leven is.

Het Hof wenst tevens advies in te winnen van het O.M. over deze ambtshalve in het debat gebrachte vraag.

VI. Beslissing

Het hof beslist bij arrest 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.

Gehoord Advocaat-generaal D. De Waele in zijn advies dat omwille van de omstandigheden der zaak mondeling ter terechtzitting werd gegeven en waarop partijen hebben kunnen repliceren;

Het hoger beroep is ontvankelijk en gegrond.

Hervormt het bestreden vonnis.

Zegt voor recht dat het arrest d.d. 22/01/2013 gewezen door het hof van beroep te Agadir (Marokko) houdende de toekenning van de ten laste neming (Kafala) door appellanten van het minderjarig kind J., geboren op […] 2012 te […] (Marokko), van Marokkaanse nationaliteit en verblijvende in Marokko wordt erkend in de Belgische rechtsorde.

Vooraleer recht te doen over de uitvoerbaarheid ervan in België, heropent de debatten om gezegde reden ter terechtzitting van deze kamer van dit hof op 31 januari 2017 om 15.40 uur in Raadkamer.

Beveelt de mededeling van de zaak aan het Openbaar Ministerie.

Verzoekt het Openbaar Ministerie over deze kwestie advies te verstrekken.

Houdt de uitspraak over de kosten aan.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 25 mei 2016 door

J.M. Wetsels	Voorzitter
M. Van Rompay	Voorzitter
B. Van Den Bergh	Raadsheer
N. Van De Vijver	Griffier

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 4 november 2013

Toepasselijk recht – Toepassing buitenlands recht – Overeenkomst – Verzekeringspolis – Maritiem recht – Rechtskeuze – Engels recht – Heropening van de debatten – Rol van de partijen bij toepassing buitenlands recht – Rechtskundige adviezen over buitenlands recht – Verzekerd risico – Institute Time Clauses Hulls – "Zeefortuin"

Droit applicable – Application d'un droit étranger – Contrat – Police d'assurance – Droit maritime – Choix de loi – Droit anglais – Réouverture des débats – Rôle des parties dans l'application du droit étranger – Avis de droit sur le droit étranger – Risque assuré – Clauses 'Hulls' – 'Fortune de mer'

de verzekeringsmaatschappijen naar hun respectievelijk nationaal recht:
1. **A.**, met zetel te […] Nederland;
2. **R.**, met zetel te […] Nederland;
3. **G.**, met zetel te […] Nederland;
4. **H.**, met zetel te […] Nederland;
5. **S.**, met zetel te […] Nederland;
6. **C.**, met zetel te […]Nederland;

appellanten

vertegenwoordigd door Mr. Luyten Tom, advocaat te 2000 Antwerpen, Everdijstraat 43;

tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen d.d. 20 mei 2010;

tegen

B., in vereffening, met zetel te […] Zeebrugge, […], met ondernemingsnummer […], met als vereffenaars de heer J. en de heer P., keuze van woonst doende op het kantoor van gerechtsdeurwaarder E., met standplaats te […] Brugge, […];

geïntimeerde

vertegenwoordigd door Mr. Verbeke Lino, advocaat te 8000 Brugge, Diksmuidse Heerweg 126;

Het hof verwijst naar zijn tussenarrest van 20.2.2012 waarbij:
- het hoger beroep toelaatbaar werd verklaard en reeds deels gegrond,
- het bestreden vonnis hervormd werd waar het besliste tot toepassing van het Belgisch recht op de verzekeringsovereenkomst,
- opnieuw recht sprekend vastgesteld werd dat de overeenkomst beheerst wordt door Engels recht,
- de debatten heropend werden conform het verzoek van partijen en
- de kosten werden aangehouden.

De retro-acten worden hieronder opnieuw beknopt weergegeven ter bevordering van de leesbaarheid van dit arrest.

1. B. was eigenares van het Belgisch zeevisserijschip "A.", geregistreerd in de haven van Zeebrugge onder het nummer […].

Het vissersschip was voor haar casco en toebehoren verzekerd bij huidige appellanten voor een totaal bedrag van 2.000.000,- EUR, zoals vastgelegd in de polis […], ondertekend op 26.3.2007 en ingaand op 1.4.2007.

Op 11.7.2007, nadat het schip 10 dagen had stilgelegen in de haven van Milford, is de bemanning van de A. aan boord van het schip gegaan om alles in gereedheid te brengen voor vertrek naar de gebruikelijke zeegronden in de daaropvolgende ochtend.

Op 12.7.2007 omstreeks 5.30 u heeft het schip de haven van Milford verlaten richting Ierse Zee.

Omstreeks 9.20 u kwamen er twee alarmsignalen door in de stuurhut: één "bilgealarm" machinekamer en één alarm "oliedruk keerkoppeling". De stuurman heeft zich naar de machinekamer begeven en stelde vast dat er een hoeveelheid water in de machinekamer stond tot ongeveer een halve meter boven de laagste vloerplaat, op kniehoogte.

Omstreeks 9.46 u werd een radiobericht uitgezonden vanuit het schip met verzoek tot assistentie dat door de Ierse kustwacht werd opgevangen. Inmiddels was de machinekamer in amper 40 minuten (omstreeks 10.00 u) volledig volgelopen.

Om 10.45 u is een eerste reddingshelikopter ter plaatse gekomen die een pomp op het schip heeft neergelaten en tezelfdertijd 4 bemanningsleden heeft geëvacueerd. Aangezien deze pomp niet volstond om de toestroom van water te keren, werd anderhalf uur later nog een tweede pomp aangeleverd die echter niet goed bleek te werken.

Aangezien het schip water bleef maken en geen van de intussen ter hulp gesnelde schepen een goed werkende pomp met voldoende capaciteit aan boord had en er nog minstens 5 uur op een derde zwaardere pomp moest worden gewacht, werd door de schipper en de machinist besloten het zinkende schip te verlaten. De aanwezige pompen werden eerst nog gevuld met diesel zodat ze zo lang mogelijk zouden kunnen blijven draaien.

Om 13.30 u werden de laatste opvarenden geëvacueerd en werd het schip onbemand achtergelaten. De toestand van het schip werd ter plaatse niettemin nauwgezet verder opgevolgd.

Aangekomen in Waterford werden de toenmalige advocaat en de verzekeringsmakelaar van B. telefonisch op de hoogte gebracht. Het schadegeval werd daarop gemeld aan appellanten via de makelaar.

Omstreeks 15.51 u werd Ir. M. door de verzekeraars gelast met een expertise ten einde de oorzaak en omvang van de schade vast te stellen.

Omstreeks 20.26 u meldde de heer M. aan de verzekeraars dat het schip nog altijd drijvende was en dat hij een sleepboot had gevonden die bereid was om het schip te slepen naar de haven voor 300 Britse Pond per uur.

De schipper en de machinist werden door de Coast Guard (kustwacht) gevraagd om opnieuw aan boord te gaan in het kader van de reddingsoperatie, gelet op het feit dat een sleepboot onderweg was naar het schip.

Rond 22.15 u is de sleepboot uitgevaren maar na ongeveer een uur, toen de sleepboot net in volle zee was, werd hij door de verzekeraars teruggeroepen, naar zij beweren omdat zij ervan overtuigd waren geraakt dat de redding van het schip in de concrete omstandigheden van dat ogenblik niet mogelijk was, en werd de reddingsactie geannuleerd.

Van 10.45 u tot 21.45 u werd het schip bijgestaan door twee tankers en door een Oostends vissersschip. Uit de vanuit dit laatst genoemde schip gemaakte foto's moet blijken dat het inmiddels verlaten schip toch was blijven drijven.

Uiteindelijk is het schip op 13.7.2007 omstreeks 2.16 u gezonken in de Ierse Zee alwaar de zee 100 m diep is, wat een berging zo goed als onmogelijk maakt.

Bij aangetekend schrijven van 13.9.2007 heeft B. via haar toenmalige raadsman kennisgeving van abandonnement gedaan aan appellanten.

Bij brief van 12.10.2007 werd het verzoek om het abandonnement te aanvaarden door appellanten geweigerd doch werd B. in een positie geplaatst alsof zij een dagvaarding zou hebben uitgebracht met het oog op de stuiting van een eventuele verjaring. De verzekeraars wensten immers eerst een expertiseonderzoek te voeren naar de oorzaken van het schadegeval. Hun aandacht ging in het bijzonder naar de wierpotten (dit zijn filters van het koelwatersysteem) van het schip omdat leden van de bemanning in hun verklaring te kennen hadden gegeven dat de oorzaak zou kunnen gelegen zijn in een ontoereikende borging van de sluitdeksels van de wierpotten.

De bvba B. werd kort nadien in vereffening gesteld (zie Bijl. BS 19.11.2007).

Op 27.2.2008 vond in het laboratorium van TNO te Delft op verzoek van de verzekeraars een simulatieonderzoek plaats om na te gaan of, en zo ja, onder welke omstandigheden, de borgingen van het sluitdeksel van de wierpot van het hoofdzeekoelwatersysteem zodanig los kunnen trillen dat dit deksel de waterdruk van een varend schip niet meer zou kunnen weerstaan. De resultaten van het onderzoek werden neergeschreven in een onderzoeksrapport van 28.3.2008. Het rapport besluit dat het onderzoek heeft vastgesteld dat de handvast aangedraaide knevelmoeren ten gevolge van de aangebrachte trillingen niet zouden verdraaien. De verzekeraars leidden hieruit af dat de knevelmoeren niet dermate kunnen lostrillen dat de deksels kunnen loskomen en dat hierdoor geen water kan indringen met een omvang van 110 m^3 in 25 minuten tot gevolg.

Bij brief van 21.4.2008 hebben de verzekeraars medegedeeld dat zij niet tot dekking van het schadegeval konden overgaan omdat er geen bewijs zou zijn geleverd van een verzekerd risico.
B. i.v. (in vereffening) ging niet akkoord met dat standpunt en stelde dat er buiten de reeds aangehaalde oorzaak, ook nog andere oorzaken aannemelijk konden zijn, zoals bv. het falen van de romp, een terugslagklep of een buis. Zij verwees hiervoor naar een rapport dat werd opgesteld n.a.v. het zinken van een ander schip in vergelijkbare omstandigheden. De verzekeraars werden verzocht hun standpunt te herzien en tot dekking over te gaan.

Aangezien de verzekeraars hun standpunt niet hebben gewijzigd, werden zij bij aangetekend schrijven van 24.6.2008 in gebreke gesteld door de raadsman van B. i.v. en werden zij verzocht dekking te verlenen.
Zij gingen hier niet op in.

B. i.v. besloot tot dagvaarding van haar verzekeraars over te gaan.

2. De inleidende dagvaarding werd betekend op 12.12.2008.

B. i.v. vorderde:

- dat gezegd zou worden voor recht dat de gedaagde verzekeraars gehouden zijn om haar dekking te verlenen onder polis cascoverzekering nummer […] uit hoofde van het verlies van het vissersvaartuig "A.", en dat het op 13.09.2007 betekende abandonnement geldig is;
- dat de verzekeraars, elk voor het door hen onderschreven aandeel, op grond van de bepalingen van de polis cascoverzekering, veroordeeld zouden worden tot betaling van de hoofdsom van 2.000.000,- EUR, te vermeerderen met de op dit bedrag verschuldigde nalatigheidsrente vanaf 12.07.2007 en met de gerechtelijke rente;
- dat de verzekeraars, elk voor het door hen onderschreven aandeel, veroordeeld zouden worden tot vergoeding van de door haar - als gevolg van de vertraging in de uitvoering van de op de verzekeraars rustende betalingsverbintenis - geleden schade, provisioneel begroot op 150.000,- EUR;
- dat zij minstens solidair of in solidum veroordeeld zouden worden tot betaling van de som van 2.000.000,- EUR, vermeerderd met de vergoedende rente vanaf 12.07.2007, uit hoofde van hun foutief en nalatig optreden bij de reddingsactie van de A.;
- dat zij veroordeeld zouden worden tot de gerechtskosten, waaronder een rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 30.000,- EUR en
- dat het vonnis uitvoerbaar verklaard zou worden bij voorraad, met uitsluiting van de mogelijkheid tot kantonnement.

3. Bij het bestreden vonnis van 20.5.2010 werd, kort samengevat:

- de vordering ontvankelijk verklaard;
- geoordeeld dat niet het Engels recht van toepassing is, doch het Belgisch recht (omdat rechtskeuze niet bewezen werd geacht en de overeenkomst gelet op art. 28ter§7, lid 3 Controlewet geacht wordt het nauwst verbonden te zijn met de lidstaat waar het risico gelegen is, en dus met België gelet op de registratie in dit land);
- geoordeeld dat de hypotheekclausule ten gunste van KBC-Bank geen overdracht van schuldvordering aan deze laatste inhield en dat de bvba B. in vereffening dus vorderingsgerechtigd was;
- vastgesteld dat de polis bepaalt dat de "A." voor haar casco en toebehoren verzekerd was in eigen risico voor een bedrag van 2.000.000,- EUR en dat in de waarborg begrepen waren "alle schaden welke ook de oorzaak is", zodat het de verzekerde toekwam de realiteit van het ongeval te bewijzen, evenals het feit dat het schadegeval binnen de perken van de dekking valt;
- de tegeneis tot aanstelling van een gerechtsdeskundige afgewezen omdat het schip op een diepte van 100 m op de zeebodem ligt, zodat nuttige vaststellingen niet meer mogelijk leken en de stukken beoordeeld konden worden zonder technische bijstand van een gerechtsdeskundige;
- geoordeeld dat de realiteit van het schadegeval vaststaat en dat indien de verzekeraars beweren dat het schadegeval te wijten is aan een fout van de verzekerde of aan een eigen gebrek, dat het dan aan hen is om hiervan het bewijs te leveren en
- geoordeeld dat - aangezien het schadegeval zich effectief heeft voorgedaan in de verzekerde periode en in de verzekerde ruimte - aan alle voorwaarden voldaan is om dekking te bekomen.

Aldus werden appellanten veroordeeld tot betaling van een bedrag van 2.000.000,- EUR, vermeerderd met de vergoedende intresten vanaf 12.7.2007 en de gerechtelijke intresten, waaraan werd toegevoegd dat die betaling krachtens de hypotheekclausule in de polis slechts bevrijdend is indien zij uitgevoerd wordt in handen van de nv KBC bank, Havenlaan 2 te 1000 Brussel.

Verder werden appellanten veroordeeld tot betaling van een bedrag van 150.000,- EUR provisioneel en tot de gerechtskosten, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 15.000,- EUR.

Het vonnis werd uitvoerbaar verklaard bij voorraad.

4. Tegen dit vonnis werd hoger beroep ingesteld, bij deurwaardersakte die betekend werd op 16.7.2010.

Appellanten vorderden, zoals zij dit verwoord hadden in hun laatste conclusie voor het tussenarrest, de hervorming van het bestreden vonnis door:

- te zeggen voor recht dat de gedinginleidende dagvaarding van 12.12.2008 van gedaagde in hoger beroep niet rechtsgeldig werd uitgebracht, en de ingeleide vordering derhalve onontvankelijk te verklaren;
- de oorspronkelijke vordering(en) minstens af te wijzen bij gebrek aan actieve legitimatie en bovendien te zeggen voor recht dat de rechtbank van koophandel desbetreffend in het vonnis a quo “ultra petita (buiten en boven het gevorderde)” uitspraak heeft gedaan;
- de bij tweede en derde beroepsconclusies van geïntimeerde dd. 31.3.2011 en 29.7.2011 ingestelde nieuwe eis strekkend tot betaling in handen van KBC bank n.v. in ieder geval onontvankelijk, minstens uitgedoofd door verjaring te verklaren;
- minstens te zeggen voor recht dat er toepassing diende te worden gemaakt van het Engelse recht en partijen verder op te dragen de zaak verder in staat te stellen en in het bijzonder nader te concluderen over de incidentie van het Engels recht op huidig geschil;
- tevens ondergeschikt, voor zover er toch toepassing zou dienen te worden gemaakt van het Belgische recht, partijen op te dragen om nader stelling te nemen en te concluderen over de incidentie van het Belgisch recht op de betwisting;
- uiterst ondergeschikt en alvorens verder recht te doen, een gerechtsdeskundige, lid van de nautische commissie bij de rechtbank van koophandel te Antwerpen, aan te stellen met als opdracht zijn technisch advies te verlenen omtrent de oorzaak en de omstandigheden van het zinken van het vissersvaartuig "A.” in de Ierse Zee op 13.7.2007, alsmede over de eventuele feitelijke en realistische mogelijkheid om het vaartuig alsnog te redden, rekening houdend met de concrete omstandigheden van het geval, waarbij de gerechtdeskundige zich ter vervulling van zijn opdracht kon laten bijstaan door een scheepsbouwkundig ingenieur van zijn keuze die evenwel ook de goedkeuring van de procespartijen wegdraagt, en de zaak alsdan voor verdere instaatstelling naar de rol te verwijzen;
- de oorspronkelijke vordering(en) gelet op het gebrek aan bewijs van verzekeringsdekking ongegrond te verklaren;
- geïntimeerde bovendien te veroordelen tot de kosten van het geding, begroot op de (te indexeren) rechtsplegingsvergoeding van 15.000,- EUR voor de procedure in eerste aanleg van 16.500.- EUR voor de beroepsprocedure en op de kost van de beroepsakte t.b.v. 365,99 EUR.

5. Geïntimeerde besloot in haar conclusie voor tussenarrest tot de ongegrondheid van het hoger beroep en de bevestiging van het bestreden vonnis in al zijn onderdelen.

Zij vroeg het hof haar vordering toelaatbaar, ontvankelijk en gegrond te verklaren en, dienvolgens, na gezegd te zullen hebben voor recht dat appellanten gehouden zijn om aan haar dekking te verlenen onder polis cascoverzekering […] en na geldigverklaring van het op 13.9.2007 aan appellanten betekend abandonnement, appellanten te veroordelen om aan haar - al of niet in handen van de KBC-Bank-– de verzekeringsvergoedingen te betalen, elk voor het door appellanten onderschreven aandeel, ten belope van de totale hoofdsom van 2.000.000,- EUR, meer de op dit bedrag verschuldigde nalatigheidsrente van 12.7.2007 tot aan de datum van de dagvaarding en de gerechtelijke rente vanaf de dagvaarding tot aan de datum van integrale betaling.

Zij vorderde bovendien dat appellanten, bovenop de rente, veroordeeld zouden worden, solidiair, in solidum, minstens de ene bij gebreke aan de andere en minstens elk voor het door hen onder de polis onderschreven aandeel, tot vergoeding van de door haar - als gevolg van de vertraging in de uitvoering

van de op gedaagde rustende verbintenissen uit de polis - geleden schade, provisioneel begroot op 150.000,- EUR.

In ondergeschikte orde vorderde zij dat de verzekeraars solidair, in solidum, minstens de ene bij gebreke aan de andere veroordeeld zouden worden tot betaling van de som van 2.000.000,- EUR, vermeerderd met de daarop verschuldigde vergoedende rente vanaf 12.7.2007 en met de kosten van het geding, omwille van hun foutief en nalatig optreden bij de reddingsactie van de "A.".

In subsidiaire orde, voor zover het hof het Engels recht van toepassing zou verklaren, concludeerden zij tot de heropening der debatten om haar toe te staan dienaangaande te concluderen.

Tot slot vorderde zij de veroordeling van appellanten tot de kosten, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 30.000,- EUR per aanleg.

6. Bij tussenarrest van 20.2.2012 werd reeds als volgt geoordeeld over de aanspraken van partijen.

Het hoger beroep werd toelaatbaar verklaard.

De exceptie van appellanten die de onontvankelijkheid of ontoelaatbaarheid van de oorspronkelijke vordering opwierpen met verwijzing naar het feit dat de dagvaarding vermeldde dat zij uitging van de bvba B. in vereffening, zonder uitdrukkelijk melding te maken van een vertegenwoordiging van de vennootschap in vereffening door de (met machtiging van de rechtbank van koophandel aangestelde) vereffenaars J. en P., werd afgewezen.

Verder werd overwogen dat geïntimeerde die haar aanspraak in eerste instantie grondde op een polis waarin zij vermeld werd als verzekeringneemster en verzekerde en appellanten als verzekeraars, belang heeft bij haar vordering.

Het hof beoordeelde ook het verwijt aan de eerste rechter ultra petita (boven het gevorderde) geoordeeld te hebben, en de bewering van appellanten dat geïntimeerde een nieuwe, bovendien verjaarde eis zou ingesteld hebben, als onterecht. Appellanten werden ook niet gevolgd in hun standpunt dat een overdracht zou hebben plaatsgevonden van de vordering tot betaling van de verzekeringsvergoeding waardoor aan geïntimeerde ieder vorderingsrecht werd ontnomen, of dat er sprake zou zijn van een delegatieovereenkomst.

M.b.t. de vraag naar welk recht bepaald dient te worden of zich een verzekerd risico heeft voorgedaan, werd bij tussenarrest van 20.2.2012 als volgt geoordeeld:

"… De als eerste blz. aangehechte verzekeringsvoorwaarden vermelden letterlijk en in even grote letters als de hoofdbepalingen van de polis waaraan ze gehecht zijn: "De waarborg is verleend aan de volle voorwaarden van de Institute Time Clauses Hull - CL280 en de Cascoverzekering Zeevisserij UK, inbegrepen alle schaden, welk ook de oorzaak is, met uitsluiting nochtans van slijtage en vermoeidheid van materiaal".

Een identieke clausule is ook vermeld op het door makelaars "R. bv" en door elk van de verzekeraars afzonderlijk ondertekend exemplaar van de polis, dat verwijst naar de eraan gehechte condities "Algemene Voorwaarden – Algemene Voorwaarden Casco Zeevisserij (België)".

De eerste bepaling daarvan luidt: "waarborgen casco en motoren De waarborg is verleend aan de volle voorwaarden van de Institute Time Clauses Hull - CL 280 en de Cascoverzekering Zeevisserij UK,

inbegrepen alle schaden, welk ook de oorzaak is, met uitsluiting nochtans van slijtage en vermoeidheid van materiaal".

Gelet op deze overeenstemmende vermelding en de ondertekening namens de geïntimeerde van de offerte waarin reeds naar de aldus aangehechte en duidelijk leesbare clausules, waaronder de hoger geciteerde, werd verwezen, wordt de wilsovereenstemming bewezen geacht dat de waarborg verleend zou worden aan de volle voorwaarden van de Institute Time Clauses Hull- CL 280 en de cascoverzekering zeevisserij Verenigd Koninkrijk.

21. De Institute Time Clauses Hull bepalen reeds in hun aanhef: "This insurance is subject to English law and practice", of vertaald: "Deze verzekering is onderworpen aan Engels recht en Engelse praktijk").

Uit het feit dat de tekst van de bedoelde basisvoorwaarden zeeschepenverzekering Hull zelf niet aan de polis gehecht was, leidt geïntimeerde af dat er geen wilsovereenstemming over de toepasselijkheid van het Engels recht bewezen zou zijn.

22. Er is geen nuttige betwisting over mogelijk dat een rechtskeuze effectief mogelijk is.

Art. 28ter, § 6 van de Wet van 9.7.1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen (Controlewet) bepaalt immers dat partijen - waar het grote risico's betreft, zoals in casu (zie Bijlage I van KB 22.2.1991; Bijlage A (nr. 6) Richtlijn 73/239/EEG en art. 5 Richtlijn 88/357/EEG) - bij overeenkomst het toepasselijk recht vrij kunnen kiezen, wat volledig in overeenstemming is met art. 27 Richtlijn 92/49/EEG.

Ter zake geldt dus een verregaande contractsvrijheid. De keuze van de partijen voor een ander recht dan het Belgische kan evenwel geen afbreuk doen aan de dwingende bepalingen van het Belgisch recht wanneer op het tijdstip van de keuze alle elementen van de overeenkomst op het grondgebied van België gelocaliseerd zijn (art. 28ter, § 6, laatste lid, Wet 9.7.1975). Zelfs wanneer dit het geval zou zijn, kan reeds opgemerkt worden dat de bepalingen van de Belgische wetgeving inzake zeeverzekeringen net zoals de bewijsregels in de regel van suppletief recht zijn.

23. Overeenkomstig art. 28ter, § 7 Controlewet dient de rechtskeuze waarvan sprake in §6 uitdrukkelijk te zijn of voldoende duidelijk te blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van de zaak. Deze bepaling is in overeenstemming met Richtlijn 88/357/EEG: "De in de vorige onderdelen bedoelde rechtskeuze moet uitdrukkelijk zijn gedaan of voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval." (art. 7.1.h)).
De vraag of er overeenstemming tussen partijen is tot stand gekomen over de keuze van het toepasselijk recht, wordt beheerst door het recht dat toepasselijk zou zijn indien de rechtskeuzebepaling geldig zou zijn, in casu dus door het Engels recht. Dit volgt uit art. 7.3 Richtlijn 88/357/EEG.

Het hof stelt vast dat de rechtskeuze voldoende blijkt uit de overeenkomst en de omstandigheden van de zaak, en kan dus het andersluidend oordeel van de eerste rechter ter zake niet bijtreden. Er werd immers uitdrukkelijk bepaald dat de waarborg verleend zou worden aan de volle voorwaarden van de Institute Time Clauses Hull- CL 280 en de cascoverzekering zeevisserij Verenigd Koninkrijk. De bepalingen waarnaar verwezen werd maakten integraal deel uit van de overeenkomst (zie randnr. 20). Geïntimeerde kan zich niet schuilen achter een vermeende onwetendheid over de inhoud van die volle voorwaarden van de Institute Time Clauses Hull. Er werd talrijke keren zeer uitdrukkelijk en in grote letters in verschillende contractuele documenten verwezen naar deze in de sector zeer courante voorwaarden. Geïntimeerde, die zich als rederij bij de zoektocht naar een nieuwe verzekeraar heeft laten bijstaan door in zeeverzekeringen gespecialiseerde makelaars die in alle onafhankelijkheid de voorwaarden van kandidaat-verzekeraars hebben vergeleken en alle nuttige informatie over de inhoud

en de draagwijdte van de clausules konden verstrekken, heeft wetens en willens een verzekeringsovereenkomst gesloten aan de volle voorwaarden van de Institute Time Clauses Hull.

Die Institute Time Clauses Hull zijn courante contractsvoorwaarden in de maritieme verzekeringspraktijk die in het Engels zijn opgesteld, talrijke Engelse juridisch-technische begrippen bevatten en die in hun aanhef uitdrukkelijk bepalen dat de verzekeringsovereenkomst onderworpen is aan het Engels recht en de Engelse praktijk. Met het akkoord van geïntimeerde dat de waarborg verleend werd aan de volle voorwaarden van de Institute Time Clauses Hull, is naar Engels recht (vgl. N. Geoffrey Hudson, & J.C. Allen, The Institute Clauses, LLP, Londen - Hong Kong, derde uitgave,1999, blz. 7; D.C. Jackson, Enforcement of Maritime Claims, Lloyd's of London Press Ltd., Londen, 1985, 331) een rechtskeuze gedaan die ook voldoet aan de vereisten van art. 28ter, § 7 Controlewet ...".

Daar beide partijen in hun syntheseconclusie voor tussenarrest gevraagd hadden dat de debatten zouden worden heropend indien het hof tot de toepasselijkheid van het Engels recht zou besluiten, wat het geval was, werd op dat verzoek ingegaan.

7. Appellanten concluderen ook na het tussenarrest tot verdere hervorming van het bestreden vonnis door volledig afwijzing van de vorderingen van geïntimeerde, dit gelet op het gebrek aan bewijs van dekking en gelet op de niet naleving van de polisvoorwaarden.

Zij maken aanspraak op de veroordeling van geïntimeerde tot volgende gerechtskosten:
- 15.000 EUR rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg
- 365,99 EUR beroepsakte
- 16.500 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep
- 4.000 GBP advies […]

8. Geïntimeerde herneemt het beschikkend gedeelte van haar conclusie voor tussenarrest. Intussen maakt zij aanspraak op de geïndexeerde maximale rechtsplegingsvergoeding van 33.000,- EUR.

9. Nu bij tussenarrest geoordeeld werd dat de polis beheerst wordt door Engels recht, moet dit hof de vraag of de dekking verworven is beoordelen naar Engels recht dat zij dient toe te passen overeenkomstig de in het Common Law-stelsel toegepaste interpretatie.

Partijen hebben spontaan en naar best vermogen, de inhoud van het toepasselijke Engelse recht, waarvan de bronnen ook hier te lande vlot toegankelijk zijn, voorgebracht en zij hebben zich ingespannen de draagwijdte van de toepasselijke regels naar Engels recht te duiden.

Zowel appellanten als geïntimeerde hebben het advies ingewonnen van eminente Britse juristen om de inhoud van het op de verzekeringspolis toepasselijke Engelse recht te duiden.

Appellanten brengen adviezen voor van […], solicitor (in het Nederlands als 'advocaat' te vertalen) en van […], barrister (in het Nederlands ook als 'advocaat' te vertalen) te Londen.

Geïntimeerde brengt van haar kant een advies voor van […], professor emeritus maritiem recht aan de universiteit van Swansea.

Hun als "opinions" (opinies) benoemde rechtskundige adviezen zijn aangevuld met een reactie op de adviezen van de door de wederpartij aangesproken rechtsdeskundige. Bovendien werd een kopie voorgebracht van de belangrijkste precedenten waarop partijen zich steunen, van rechtsleer en van relevante wetgeving zoals de Marine Insurance Act 1906 (Zeeverzekeringswet 1906).

Hoewel er in casu veel meer bronnen voorhanden zijn dan het advies van een buitenlands rechtsdeskundige, merkt het hof op dat art. 1 van de Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht, opgemaakt te Londen op 7 juni 1968 en de artikelen 870, 876, 915, 916 en 962, 1ste lid, Ger.W. niet beletten dat een rechter zich omtrent het toe te passen vreemde recht kan steunen op een "opinie" van een door één van de partijen geraadpleegde rechtsdeskundige die aan tegenspraak werd onderworpen (zie ook in die zin Cass. 7.12.2012, inzake C.12.0017.N, www.cass.be). Het hof kan zijn rechtsmacht echter niet uitbesteden en het beoordeelt de zaak zelf aan de hand van alle overtuigingsstukken waarvan het kennis vermag te nemen, toepassing makend van het Engelse recht.

Beide rechtsdeskundigen zijn het over tal van rechtsvragen eens, over andere verschillen zij van mening en ondersteunen zij de visies van hun respectieve opdrachtgevers.

Voor wat het advies van […] betreft, wordt ook een kaft voorgebracht met alle stukken die hem met het oog op de totstandkoming van zijn advies waren bezorgd […] en bij gedetailleerd nazicht van die kaft stelt het hof vast dat […] niet alle overtuigingsstukken m.b.t. de feitelijke omstandigheden van de zaak lijken te zijn bezorgd waarover dit hof thans, na neerlegging ervan door partijen, beschikt. Welke concrete overtuigingsstukken m.b.t. de feitelijke omstandigheden van de zaak werden bezorgd aan Prof. […] is het hof anderzijds ook niet gekend; hierover werd geen informatie verstrekt.

Hoe dan ook zal het hof zelf oordelen of alle overtuigingsstukken waarmee het rekening vermag te houden, afgetoetst aan het Engels recht tot verzekeringsdekking doen besluiten of niet.

10. De toepasselijkheid van het Engels recht impliceert meteen dat de verder in dit arrest geciteerde uitspraken van Common Law-rechters waarop het oordeel van dit hof mede gegrond wordt, niet vallen onder de regel van art. 6 Ger.W.

11. De vordering van geïntimeerde strekt er in eerste instantie toe dat het op 13.9.2007 aan appellanten betekend abandonnement geldig zou worden verklaard en dat zij dientengevolge veroordeeld zouden worden tot uitbetaling van de verzekerde som.

Het abandonnement waaraan in de polis gerefereerd werd, is een abandonnement naar Engels recht, o.m. geregeld door de secties 62 en 63 van de Marine Insurance Act 1906. Deze rechtsfiguur biedt geïntimeerde in casu geen soelaas: het abandonnement werd door de verzekeraars in overeenstemming met de mogelijkheden naar Engels recht afgewezen […], en kan op zich dus niet de door geïntimeerde ingeroepen verplichting tot uitbetaling van de verzekerde som schragen.

12. De vraag of zich een verzekerd risico heeft voorgedaan wordt beheerst door het Engels recht. Geïntimeerde beroept zich thans in hoofdorde op art. 6.1.1 van de contractueel toepasselijk verklaarde "Institute Time Clauses Hulls" van 1.11.1995 (de scheepsverzekeringsvoorwaarden 1.11.1995 die verder afgekort worden weergegeven als ITCH), en in ondergeschikte orde op art. 6.2.2.

Art. 6.1.1 ITCH bepaalt dat de verzekering het verlies van of de schade aan het verzekerd voorwerp dekt veroorzaakt door o.m. de *"perils of the seas"* (vrij te vertalen als "gevaren van de zee" of "zeefortuin"). Het ondergeschikt ingeroepen art. 6.2.2 ITCH bepaalt dat de verzekering het verlies van of de schade aan het verzekerd voorwerp dekt veroorzaakt door nalatigheid van de kapitein, officieren of de bemanning voor zover dat verlies of die schade niet voortspruit uit een gebrek aan goede zorg door de verzekerde, de eigenaar, de managers, …

13. In het Engels recht wordt de notie *"perils of the seas"* als volgt gedefinieerd in de Marine Insurance Act 1906, titel "Rules for Construction of the Policy" ("Regels voor de redactie van de polis"), regel 7: *"The term "perils of the seas" refers only to fortuitous accidents or casualties of the seas. It*

does not include the ordinary action of the winds and waves" (vrij vertaald: *"De term 'zeefortuin' verwijst alleen naar toevallige ongelukken of voorvallen van de zee. De gewone werking van de wind en de golven wordt er niet in begrepen"*). De term *"gewoon"* slaat op *"werking"*; zeefortuin is naar Engels recht niet afhankelijk van ongunstig, stormachtig weer of slechte zeecondities (The Miss Jay Jay [1985], 1 Lloyd's Rep 264, [1987] 1 Lloyd's Rep 32 (CA); vgl. ook […], 'Perils of the seas' as an insured maritime peril, in Free on Board, Liber amicorum Marc A. Huybrechts, Intersentia, Antwerpen-Cambridge, 2011, blz. 588), wat meteen reeds impliceert dat de behoorlijke weers- en zeeomstandigheden ten tijde van het sinister niet uitsluiten dat er sprake kan zijn van zeefortuin in de zin van art. 6.1.1. ITCH.

Zeefortuin veronderstelt naar Engels recht een toevallige gebeurtenis en geïntimeerde houdt voor dat het verlies van de A. als gevolg van indringing van zeewater (*"ingress of seawater"*) in de concrete omstandigheden van het dossier moet toegeschreven worden aan zeefortuin in de zin van art. 6.1.1 ITCH. De indringing van zeewater op zich impliceert naar Engels recht nog geen zeefortuin. Vereist is dat die indringing van zeewater het gevolg is van een toevalligheid, zoals bv. een aanvaring, een stranding, een fout of nalatigheid van de bemanning e.d.

De omstandigheden die gepaard gingen met de indringing van zeewater zijn naar Engels recht van doorslaggevend belang om te bepalen of de indringing van zeewater wijst op een *"peril of the seas"*; als die omstandigheden wijzen op een toevalligheid, dan wordt de indringing van zeewater toegeschreven aan een *"peril of the seas"* (The Hellenic Dolphin [1978] 2 Lloyd's Rep 336; The Ny-Easteyr [1988] 1 Lloyd's Rep 60; vgl. ook Seashore Marine SA v Phoenix Assurance plc [2002] Lloyd's Rep IR 51 en verder ook de Australische zaak Skandia Insurance Co v. Skoljarev [1979]142 CLR 375, 384).

Precedenten waarbij de indringing van zeewater als het gevolg van zeefortuin werd aangemerkt, hadden o.m. betrekking op een indringing van zeewater door een bij vergissing niet afgesloten klep (Blackburn v Liverpool, Brazil and River Plate Steam Navigation Co [1902] 1 KB 290), een nalatig afgezaagde buis (Cohen, Sons & Co v National Benefit Assurance Co Ltd [1924] 18 Ll.L.Rep. 199), het gebruik van verkeerde bouten op een flens (CCR Fishing Ltd v Tomenson Insurance and Others, La Pointe [1991] 1 Ll.L.Rep 89 (S.C. of Canada), een lospijp die in de machinekamer bij vergetelheid niet was afgesloten (Davidson and Others v Burnard [1868] LR 4 CP117), en een buis beschadigd door knaagdieren (Hamilton, Fraser & CO v Pandorf & Co [1887] 12 App Cas.518.

Ook in casu moet aan de hand van de omstandigheden die met de indringing van zeewater gepaard gingen worden nagegaan of de indringing van zeewater in de A. het gevolg was van een toevalligheid. Enkel in dat geval is er sprake van zeefortuin in de zin van art. 6.1.1 ITCH.

14. Belangrijk is de vraag hoe zulks bewijsrechtelijk moet benaderd worden.

Partijen zijn het erover eens dat naar Engels recht de bewijslast rust op geïntimeerde, die het verzekerd risico moet aanduiden en vervolgens ook moet aantonen dat dit het verlies veroorzaakt heeft. Het door geïntimeerde in hoofdorde aangeduid verzekerd risico is zoals hoger overwogen zeefortuin, het in ondergeschikte orde door haar aangeduid verzekerd risico is verlies veroorzaakt door nalatigheid van de kapitein, officieren of de bemanning in de zin van art. 6.2.2 ICTC.

15. De bewijsmethode geschiedt aan de hand van een *"balance of probabilities"* of bij wijze van afweging van waarschijnlijkheden (D. Rhidian Thomas, 'Perils of the seas' as an insured maritime peril, in Free on Board, Liber amicorum Marc A. Huybrechts, Intersentia, Antwerpen-Cambridge, 2011, blz. 593). De rechter moet de waarschijnlijkheden afwegen met gezond verstand, zonder dat daarbij een wetenschappelijke zekerheid vereist is (zie ook de overweging van Lord Wright in de zaak Yorkshire Dale SS Co v. Minister van Transport, The Coxwold [1942] All ER, 6, blz. 15). De rechter moet nagaan

of na afweging van alle waarschijnlijke oorzaken de door de verzekeraar aangeduide toevallige gebeurtenis meer dan waarschijnlijk heeft plaatsgegrepen, en dat dit veel waarschijnlijker is dan dat die gebeurtenis niet heeft plaatsgegrepen. Het hof sluit zich hierbij aan bij het omstandig gemotiveerd en inhoudelijk overtuigend advies ter zake van Prof. Thomas.

Op zoek moet gegaan worden naar de meest nabije oorzaak van het verlies ("proxima causa" of "proximate cause") (vgl. sectie 55(1) van de Marine Insurance Act). Dit begrip is van essentieel belang om na te gaan of er sprake is van een gedekt risico (Arnould, Law of marine insurance and average, 16de druk, Londen, 1981, nr. 761 e.v.).
Een gebeurtenis kan als oorzaak van de schade of het verlies worden aangemerkt wanneer de daaropvolgende gebeurtenissen geen zelfstandige betekenis hebben en zijn terug te voeren op die ene gebeurtenis. Naar de huidige Engelse opvatting over de proxima causa gaat het niet per definitie over de laatste oorzaak, maar over de meest dominante, inwerkende oorzaak (zie ook Ph. Van Huizen, Het transportverzekeringsbedrijf, Juridische en rechtsvergelijkende beschouwingen, Maklu, Apeldoor-Antwerpen, 1988, blz. 152). Thans wordt gekeken naar de effectieve, de dominante of doorslaggevende oorzaak, de onmiddellijke oorzaak of de rechtstreekse oorzaak die elk als de proximate cause kunnen worden aangemerkt (Leyland Shipping Co Ltd v Norwhich Union Fire Insurance Society Ltd [1918] A.C. 359, 369, per Lord Shaw, uitspraak m.b.t. de getorpedeerde Ikaria).

Bij het bepalen van de proxima causa laat de rechter zich leiden door het gezond verstand (supra; zie ook Canada Rice Mills Ltd v Union Marine & General Insurance Co Ltd [1940] 67 Ll.L.R. 549, 557; [1941] A.C. 55, 69, per Lord Wright).

16. Als er meerdere "proximate causes" geïndentificeerd kunnen worden, waarbij de ene proxima causa gedekt is en de andere niet, maar ook niet contractueel uitgesloten, is de verzekeraar tot vergoeding gehouden (Lloyd (JJ) Instruments Ltd v Northern Star Insurance Co Ltd (Miss Jay Jay) [1985] 1 Lloyd's Rep 264; [1987] 1 Lloyd's Rep 32(CA). Indien de ene echter een gedekt risico is en de andere een door de polis uitgesloten risico, is de verzekeraar niet gehouden tot uitbetaling over te gaan (Wayne Tank and Pump Co Ltd v Employers Liability Assurance Corporation Ltd [1973] 2 Lloyd's Rep 237; [1974] Q.B. 57).

17. Dat de A. gezonken is als gevolg van een snelle indringing van een zelfs met de aangebrachte pompen onbeheersbare hoeveelheid zeewater in de machinekamer, staat op zich vast. Niet alleen is dit de conclusie van de zeevaartpolitie, maar dit blijkt ook uit de verklaringen van de bemanningsleden, de redders en hulpverleners, uit het uitgebreid fotodossier en - niet in het minst - ook uit de bevindingen van de door de verzekeraars aangestelde expert. Daarmee is echter nog niet bewezen dat de indringing van zeewater toe te schrijven is aan zeefortuin.

De bewijslast van geïntimeerde, die inroept het schip verloren te hebben door een gevaar van de zee, bestaat erin om het oorzakelijk zeefortuin aan te wijzen en een verklaring aan te reiken waarom zeewater is binnengedrongen in de machinekamer. De rechter beoordeelt de ingeroepen verklaring aan de hand van het beschikbaar bewijsmateriaal. Daarbij kan hij teruggrijpen naar de omstandigheden die gepaard gingen met de indringing van zeewater in de machinekamer van de A.

18. Niet alleen rechtstreeks bewijs dat de indringing van het zeewater in de machinekamer het gevolg is van zeefortuin is mogelijk, doch ook een als onrechtstreeks aan te merken bewijs door gevolgtrekking of deductie omdat het schip op een diepte op de zeebodem ligt waar het onbereikbaar is voor inspectie en technisch onderzoek. Dit wordt niet alleen aanvaard wanneer een schip met zijn bemanning vergaat (zie o.m. Green v Brown [1774] 2 Str 1199; Lamb Head Shipping Co Ltd v Jennings (The Marel) [1994] 1 Lloyd's Rep 624, 628, Dillon LJ (CA)); ook wanneer een zeewaardig gebleken schip gezonken is zonder dat de verzekerde kan verklaren hoe het schip gezonken is kan aanvaard worden dat het verlies toe te schrijven is aan zeefortuin, een toevallige gebeurtenis of een "ongeluk van de

zee", zelfs wanneer die toevallige gebeurtenis niet kan worden gespecificeerd (The Popi M [1984] 2 Lloyd's Rep 555. 558, Sir John Donaldson M.R. (CA); Skandia Insurance Co v. Skoljarev [1979] 142 CLR 375, 384). Bewijs door uitsluiting van alle andere mogelijke oorzaken is dan mogelijk, wat in dat geval impliceert dat de verzekeraars instaan voor het verlies dat eigenlijk een onachterhaald gebleven concrete oorzaak heeft (Ajum Goolam Hossen & Co v Union Marine Insurance Co [1901] A.C. 362, 371).

De verzekerde kan proberen de mogelijkheid uit te sluiten dat het schip verloren gegaan is ten gevolge van niet door de polis gedekte oorzaken en, indien hij daarin slaagt aldus de uitsluiting van die mogelijkheid gebruiken als onrechtstreeks bewijs dat het verlies alle omstandigheden van de zaak in acht genomen toegeschreven moet worden aan een niet achterhaalbare "peril of the seas" (The Popi M [1984] 2 Lloyd's Rep 155, p. 558; Lamb Head Shipping Co Ltd and Others v Jennings [1992] 1 Lloyd's Rep 402).

19. De bewijselementen die geïntimeerde aanhaalt om het ingeroepen verzekerd risico te bewijzen, worden hieronder geanalyseerd en afgewogen.

In casu is de gebeurtenis alleszins zeer goed gedocumenteerd. Er ligt een strafdossier voor, talrijke verklaringen van bemanningsleden, redders en hulpverleners, rapporten van kustwachten, een fotodossier, onderzoeksrapporten en verslagen van expertisebureaus. Het uiteindelijke zinken is een traag proces geweest waarvan er tal van getuigen waren en ook de inspanningen van de heren om het schip te redden zijn zeer uitvoerig gedocumenteerd.

Er is geen reden om thans nog een gerechtsdeskundige aan te stellen. Het schip ligt op een diepte waar technisch onderzoek niet haalbaar is, en het voorval werd dermate grondig gedocumenteerd, onderzocht en bestudeerd dat alle informatie ter bepaling van de "proximate cause" van de plotse indringing van zeewater in de machinekamer reeds voorhanden is.

20. Via haar makelaar heeft geïntimeerde het verzekerd risico op 7.12.2007 in eerste orde bestempeld als het binnenkrijgen van een grote en onbeheersbare hoeveelheid zeewater in de machinekamer, als aannemelijk gevolg van een nalatige borging van de sluitdeksels der wierpotten, waardoor de deksels de druk van het water van het varend schip niet meer konden weerstaan.

Het plots vanaf 12.7.2007 rond 9.20 u indringen van een grote en ondanks de aangebrachte pompen onbeheersbaar gebleven hoeveelheid zeewater in de machinekamer van de A. is op zich alleszins overduidelijk bewezen aan de hand van het strafdossier, de verklaringen van de bemanning en getuigen, de verslagen van de kustwachten, het fotodossier en bevindingen neergeschreven door deskundigen. Bij inspectie onmiddellijk volgend op het afgaan van de alarmen bleek er zich reeds 20 tot 25 cm water boven de vloerplaat van de machinekamer te bevinden, terwijl er voordien niets abnormaals kon worden opgemerkt.

21. De in eerste instantie of in hoofdorde ingeroepen toevallige gebeurtenis die de indringing van dat zeewater volgens geïntimeerde verklaart, bestaat er in dat het deksel van de wierpot aan stuurboord op een nalatige wijze, louter handmatig gesloten zou zijn in de haven van afvaart.

In het strafdossier wordt deze oorzaak als vermoedelijke oorzaak van het zinken aangeduid, na omstandige ondervraging van de betrokkenen door de gerechtelijke politie, afdeling scheepvaartpolitie (zie PV […]): *"Uit de verhoren van beide partijen blijkt dat de wierpot, gereinigd en nagezien door J., enkel met de hand werd dichtgedraaid en niet met een sleutel. J. was de mening toegedaan dat zijn broer P. na hem zou komen en de wierpot volledig zou afdichten met sleutels. Dit is dus niet gebeurd"*.

Er is geen enkele reden om op zich te twijfelen aan de waarachtigheid van de verklaringen van de heren m.b.t. de louter handmatige sluiting van het wierpotdeksel aan stuurboordzijde. Hoewel zij niet onmiddellijk aan die mogelijke oorzaak hebben gedacht toen er een eerste keer gepolst werd naar hun mening over de oorzaak van de plotse felle indringing van zeewater, zijn zij bij hun analyse van de antecedenten op die door het hof als waarachtig aangemerkte vergetelheid gestoten. Dhr. P. verklaarde dat hij de door J. gereinigde stuurboord wierpot niet had vastgezet (verklaring 14.11.2007, randnummer 2 : *"De stuurboord wierpot heb ik niet vastgezet, omdat ik van mening was dat J. dit had gedaan"*), wat volledig in overeenstemming is met de verklaring van J. van diezelfde datum (randnummer 3 : *"Ik heb het deksel terug gemonteerd en heb de twee moeren met de hand dichtgedraaid. (…) P. staat in voor de afwerking van de afdichtingen"*).

Door de druk van het zeewater en de trillingen van alle motoren en machines van het schip (waaronder de keerkoppeling, de trimpomp, de pomp voor koeling zeewater, de lenspomp, de lier, de ijsmaker, de oliepomp, de compressoren, de hydraulische roerpompen, stroomgroepen, brandstofseparator, hoofdmotor, hulpmotoren en ventilatoren) zou het slechts manueel gesloten deksel volgens geïntimeerde gedeeltelijk zijn losgekomen, waardoor volgens geïntimeerde het zeewater kon binnenstromen. De zeekranen (in casu vlinderkleppen met hendel) stonden vanzelfsprekend open om – na filtering van dit water in de wierpotten - koelwater naar de scheepsmotor te leiden; in het andere geval was de motor gewoon voordien al lang oververhit geraakt. De juistheid van de verklaring van dhr. P. dat hij na het afgaan van het alarm tot twee keer toe in de machinekamer is gedoken (de tweede keer met een duikbril) om de zeekranen ter hoogte van de wierpotten te sluiten is afdoende aangetoond. Zij werd door verschillende bemanningsleden bevestigd en dhr. P. was hierdoor volledig besmeurd met olie, wat ook door de hulpverleners werd opgemerkt.

Verder staat hoe dan ook vast dat er bij het naar de visgronden opstomend schip zware druk werd uitgeoefend op de gietijzeren deksels van de wierpotten die gesitueerd zijn onder de vloerplaten in de machinekamer en dat deze aan hoge trillingen onderhevig zijn. Dit volgt uit de wetten van de fysica.

Een simulatieonderzoek door TNO te Delft op een nieuwe wierpot, heeft alleszins aan het licht gebracht dat een handmatig goed gesloten deksel bij een drukproef met zoetwater in een laboratorium lekkage veroorzaakte. Simulatie in een laboratoriumopstelling wees evenwel geen verdere lossing van het deksel uit, doch na analyse van deze simulatie en van de commentaren van de voor de verzekeraars optredende experten […]raakte de door geïntimeerde eenzijdig aangestelde deskundige Kapitein […], voormalige deken bij de Nautische Commissie bij de rechtbank van koophandel te Antwerpen, er na rekenkundig onderzoek, studie van de bouwplannen, en toepassing van het scheepsbouwkundige softwareprogramma HST van overtuigd dat wel degelijk alle elementen aanwezig waren om op de geschetste wijze ernstige waterindringing te kunnen veroorzaken na vertrek uit de haven […]. Hij besloot dat er hoe dan ook een opening moet ontstaan zijn met een equivalente diameter van 13,82 cm². Als één van de mogelijkheden van het ontstaan van die opening, noemde hij uitdrukkelijk ook een openstaand of open geraakt wierpotdeksel.

Het loutere feit dat een deskundige eenzijdig werd aangesteld, sluit niet uit dat diens advies door een rechter als overtuigend kan worden aangemerkt als het hem goed gefundeerd lijkt.

Dat een plots tot stand gekomen opening met een equivalente diameter van ca. 13,82 cm² vereist was om de waterindringing te kunnen veroorzaken, is alleszins met wiskundige zekerheid aangetoond, doch ook Kapt. […] kon de zeer concrete plaats langs waar het zeewater de machinekamer is binnengedrongen niet met absolute zekerheid achterhalen. Hij acht de indringing langs het wierpotdeksel wel plausibel.

22. Hoe dan ook staat na analyse van de voorgelegde bewijsstukken naar mening van dit hof vast dat de indringing van het zeewater in de machinekamer veroorzaakt werd door het plotse ontstaan

onderaan in de centrale ruimte onderdeks tussen logies, visruim en brandstofbunkers […], van een opening met een equivalente diameter van meer dan 13 cm². De indringing vond plaats via de onderste vloerplaat; een indringing via hoger gesitueerde scheepsonderdelen is uitgesloten.

Die plotse opening met een equivalente diameter van meer dan 13 cm² kan volgens de onderbouwde mening van Kapt. […] ontstaan zijn door het onvoldoende goed gesloten wierpotdeksel, zelfs wanneer een verdere opening van zulk een manueel volledig dichtgedraaid vergelijkbaar deksel bij simulatie in laboratoriumomstandigheden niet werd waargenomen, maar ook door een gesprongen buis, een gat in de romp, een barst in de schroefasdichting, of het losgerukt zijn van de sonar onderaan het schip (vgl. advies Kapt. […] en de verklaring van X. die de machinekamer door en door kende aan de scheepvaartpolitie).

Die verklaring van de afdoende gelokaliseerde waterindringing is perfect verzoenbaar met de wijze, de snelheid en het volume van het ingedrongen zeewater en is dus een plausibele (m.a.w. met gezond verstand aan te nemen) verklaring van de oorzaak van de waterindringing.

Dat die plotse indringing van de onbeheersbaar gebleken hoeveelheden zeewater in de machinekamer van de A. veroorzaakt kan zijn door een toevalligheid die als “peril of the sea” (zeefortuin) moet worden aangemerkt, spreekt dan ook in de gegeven context voor zich.

23. Vervolgens gaat het hof na of kan worden uitgesloten dat de waterindringing in de machinekamer het gevolg is van totaal andere oorzaken, zoals de door de verzekeraars ingeroepen niet gedekte oorzaken.

Bij het beoordelen van de oorzaken van de waterindringing en het onderzoek naar de vraag of er sprake is van een gedekt risico, beperkt de rechter zich tot de in de polis genoemde redenen van dekking en niet-dekking, zonder alle theoretisch denkbare oorzaken te moeten onderzoeken (zie in die zin Malcolm A. Clarke, The Law of Insurance Contracts, Londen, 2009, blz. 822). Ook dit wordt benaderd met gezond verstand.

24. Appellanten wijzen op de mogelijkheid van een “menselijk ingrijpen” dat zou kunnen volgen uit de slechte financiële toestand van B., die ook persoonlijke risico’s inhield voor de broers gelet op de door hen verstrekte waarborgen. Zij insinueren daarmee niet meer of niet minder dan dat geïntimeerde het schip om financiële redenen zou hebben laten zinken.

Er is geen enkel objectief element voorhanden dat de hypothese dat geïntimeerde het schip opzettelijk zou hebben laten zinken ondersteunt.

25. Vooreerst waren de broers ervan overtuigd een haalbaar plan te hebben om de financiële situatie van de rederij er weer bovenop te helpen (bijlage 2 aan PV […]: “*…hebben we er alles aan gedaan om onze werkingskosten zo laag mogelijk te houden. Begin 2007 werd door de voornaamste schuldeiser, KBC bank, een termijnverlenging voor onze lening toegestaan, waardoor de kapitaalsaflossing minder groot werd op jaarbasis. We hebben ook kans gezien om een andere verzekering aan te gaan, waardoor de premie op jaarbasis verminderde. Door het aan boord nemen van Poolse zeevissers die op zelfstandige basis aan boord werkten, konden de financiële lasten voor de rederij beperkt worden. In het laatste geval hadden we berekend dat de winst een 150.000 € op jaarbasis zou bedragen. Op die manier kon de zaak terug rendabel gemaakt worden”*. Verder blijkt uit het dossier dat geïntimeerde een pioniersrol speelde in de beoefening van moderne, efficiënte en kostenbesparende visserijmethoden en dat de brandstofprijzen systematisch in acht genomen werden bij het bunkerbeleid.

Tal van samen in ogenschouw genomen objectieve vaststellingen zijn redelijkerwijze onverenigbaar met de bewering van de verzekeraars dat het schip wel eens opzettelijk door de verzekerde tot zinken gebracht kan geweest zijn. Het hof verwijst naar de werken aan de netten en de transportband voor de afvaart […], het gegeven dat de gebeurtenis een enorm risico inhield voor het leven van de hele bemanning, het feit dat onmiddellijk hulp werd ingeroepen en dat zeer spoedig verzocht werd om toelevering van pompen, en het verwijst in het bijzonder ook naar het gegeven dat de heren met een onverdroten ijver die in het dossier perfect is gedocumenteerd, zelfs met ware doodsverachting gepoogd hebben het schip te redden en verschillende keren het verzoek vanuit de reddinghelikopters om het schip te verlaten hebben afgewezen. De afstand tot een haven was vrij kort, de zee druk bevaren, en het hof kan er niet om heen dat de redding mogelijk zou geweest zijn indien enkele toevallige begeleidende omstandigheden beter hadden meegezeten (snellere bezorging van voldoende pompcapaciteit en de snellere beschikking over een sleepboot om de A. terug naar een haven te brengen).

26. De suggestie dat er onvoldoende brandstof, proviand en zoet water aanwezig zou geweest zijn voor de beoogde reis, steunt op geen enkel objectief geverifieerd gegeven en wordt zelfs duidelijk weerlegd met overtuigingsstukken. Niet alleen liggen de bewijzen voor dat er ruim voldoende proviand aan boord was gebracht en dat zich voldoende brandstof in de bunkers van de A. bevond om de geplande reis te kunnen maken, maar ook dat het schip was gevuld met zoetwater tot de watertanks gewoon overliepen. De verbetenheid waarmee de door de verzekeraars aangestelde inspecteurs […] indicaties van het tegendeel probeerden te benadrukken, hoewel die vervolgens door objectieve gegevens weerlegd, respectievelijk geduid waren, is verwonderlijk.

27. Voor wat het proviand betreft, kan verwezen worden naar stukken […] van het dossier van geïntimeerde. De aangekochte hoeveelheden stemmen volledig overeen met de geplande reisduur.

28. De verklaring van de gebroeders dat bij het bunkerbeleid in functie van de financiële toestand van de rederij optimaal rekening gehouden werd met de brandstofprijzen van dat ogenblik en om die reden niet bij aankomst werd gebunkerd doch bij vertrek, is volkomen geloofwaardig en in overeenstemming met de verklaring van bunkerleverancier […]. Bovendien werd ook in het verleden vaker voor geringere hoeveelheden gebunkerd in functie van de prijs van dat ogenblik; dat was niets nieuws […]. Overigens bevestigde ook de agent te Milford dat het bunkeren bij terugkomst van de bemanning te Milford met het oog op een volgende zeereis niet ongebruikelijk was (stuk 88 dossier geïntimeerde).

Dat net voor vertrek 7.002 liter brandstof was gebunkerd, staat vast. Van 18 tot 20.6.2007 was meer dan 15.000 liter gebunkerd en op 9.6.2007 nog eens bijna 15.000 liter.

De Ierse kustwacht noteerde de melding van een aanwezigheid van 24.000 liter brandstof aan boord toen zij de milieugevolgen van de situatie wou inschatten. De reddingsdienst uit Milford (de helikopterbemanning) acteerde dan weer de melding van de aanwezigheid van ca. 20.000 liter brandstof […]. Niet alleen zijn deze gegevens onderling afdoende compatibel, maar zij stemmen ook overeen met de latere verklaringen van de heer P. in het kader van het onderzoek […], en met de bunkerfacturen die in het dossier werden voorgebracht. Verzekeringsinspecteurs […] hebben de berekening van het restant brandstof vóór de bunkering op 10.7.2007 door P. nagerekend en als rekenkundig correct bevonden […], zodat het hof aanneemt dat zich effectief minstens ca. 20.000 liter aan boord van de A. bevond.

Verzekeringsinspecteurs […] achten het opgegeven verbruik van 2.000 liter per dag in functie van de sedert meer dan een jaar gehanteerde vismethode zelf realistisch […]. B. was van boomkorvisserij als één van de pioniers in België reeds in mei 2006 overgestapt op bordenvisserij (ook plankenvisserij genoemd), wat een enorme brandstofbesparing opleverde, zoals ook bevestigd in een rapport van het

Instituut voor Landbouw en Visserijonderzoek […]. De A. verbruikte maar liefst 3.300 liter minder per dag dan voorheen toen de boomkorvisserij werd beoefend. Het wekt dan ook geen verwondering dat het bunkergedrag van de A. afweek van de Belgische kotters die nog boomkorvisserij beoefenden.

De rederij beoogde een negendaagse reis te ondernemen […]. De duur van de geplande reis was blijkens de Dimona-aangiftes die door geïntimeerde als stuk […] werden voorgebracht volledig in overeenstemming met eerdere reizen. De brandstof volstond dus met wiskundige zekerheid ruimschoots voor de geplande reis. De opmerking van de verzekeringsinspecteurs dat er dan niet al te veel reserve was bij terugkomst van de reis in de wispelturige Ierse Zee, mag juist zijn, maar dit wijst niet op een verdachte omstandigheid. In het licht van de financiële toestand van de rederij was een voorzichtig beleid inzake aankoop van brandstoffen op zijn plaats. In tegenstelling tot wat de verzekeringsinspecteurs beweren, werd wel degelijk een zeer plausibele verklaring gegeven voor het bunkergedrag dat aan de afvaart voorafging.

29. Ook de verwijzing naar een onvoldoende inname van drinkwater aan boord is ondoeltreffend; die bewering is gesteund op een vermelding waarvan overtuigend bewezen is dat ze fout was.

Het klopt alleszins dat het drinkwater sinds het defect aan de ontziltingsinstallatie aan boord van het schip volledig betrokken moest worden van de wal.

De totale opslagcapaciteit voor zoetwater bedroeg 18.000 liter (zie scheepsplan).

Uit de verklaringen van de Poolse opvarenden X., Y. en Z. in het strafdossier (verhoorblad Federale Politie Zeebrugge) blijkt dat de tanks vóór afvaart tot aan de nok gevuld werden met zoetwater. Deze drie betrokken getuigen verklaarden eensluidend: *"Ik heb wel weet dat er water werd gevuld tot de nok. Het water overstroomde de vuldop. Er waren drie vuldoppen en die werden steeds nokkensvol gevuld"*. Er is geen enkele reden om te twijfelen aan de waarachtigheid van hun eensluidende verklaringen.

De heren in kwestie droegen persoonlijk zorg voor de betrokken zoetwaterinname, wat ook bevestigd werd door de heren […].

Deze Poolse bemanningsleden waren er bij hun ondervraging door de zeevaartpolitie van op de hoogte dat ze sedert het sinister niet meer op een verdere samenwerking met de rederij konden rekenen en ze hadden geen enkel motief om iets anders dan de waarheid te vertellen.

De zoetwaterfacturatie door de Milfordse havenautoriteiten gebeurde kennelijk niet aan de hand van nauwkeurig afgelezen meterstanden; de facturatie is ook niet vergezeld van betrouwbare meterstandregistraties. Dat met de factuur van weken na de waterafname een forfaitaire niet gemeten hoeveelheid werd aangerekend, is enkel het gevolg van het klaarblijkelijk nattevingerwerk waarmee enige tijd na de waterafname gefactureerd werd en die afdoende geïllustreerd werd door de facturatie een andere keer van maar liefst 32.400 liter, waar de tanks samen slechts 18.000 liter konden bevatten. Mevrouw Durney die door de haven met administratieve taken gelast was heeft uiteindelijk ook erkend dat zij geen steekhoudende commentaar op de werkelijke afname kon geven […].

30. Gelet op het voorgaande, moet worden besloten dat er geen enkele indicatie van een opzettelijke daad of nalatigheid van de verzekerde ("wilfull misconduct") stand houdt; het hof treft geen enkele steekhoudende indicatie van opzet aan. Ten overvloede merkt het hof op dat het schip een goede naam had bij de havenautoriteit […].

31. Verder suggereren appellanten dat de indringing van zeewater het gevolg kan zijn van de versleten staat van het schip of één van de scheepsonderdelen, die van dekking is uitgesloten.

Reeds in de bijzondere voorwaarden werd bepaald dat de waarborg *"alle schaden"* omvat, *"welke ook de oorzaak is, met uitsluiting nochtans van slijtage en vermoeidheid van materiaal"*. Hoewel taalkundig gezien deze in het Nederlands geredigeerde bijzondere polisvoorwaarde, de indruk wekt dat slijtage en materiaalmoeheid van dekking uitgesloten schaden zijn en niet van dekking uitgesloten oorzaken, lijkt er tussen partijen geen ernstige betwisting over te bestaan dat de clausule zo zou moeten begrepen worden dat de schade veroorzaakt door de indringing van zeewater ingevolge slijtage of materiaalmoeheid van dekking is uitgesloten.

Deze uitsluiting moet in het licht gezien worden van sectie 55 (2) (c) Marine Insurance Act 1906 en ook samen gelezen worden met art. 6.2.1 ITCH.

De uitsluiting refereert aan de slechte staat van het schip of van scheepsonderdelen die aan de indringing van het zeewater ten grondslag ligt. Het louter gegeven dat het schip en zijn onderdelen gebruikssporen kent, is onvoldoende om tot uitsluiting te besluiten.

32. M.b.t. de zeewaardige en zelfs ronduit goede staat van het schip liggen tal van bewijsstukken voor. Het schip werd volledig en vakkundig herbouwd in 1999 […]. Vervolgens werd het schip regelmatig onderhouden, waarbij tal van prestaties werden verricht door gespecialiseerde technici en door de bemanning zelf […].

Begin 2007 werd het schip voor onderhoudswerken droog gezet bij […] te Zeebrugge. Er werden twee dagen lang onderhouds- en herstellingswerkzaamheden aan uitgevoerd, waarna het schip grondig gekeurd werd door de Belgische Zeevaartinspectie. Op 2.2.2007 werd dan na inspectie van de staat van het schip op dat ogenblik, door de gemachtigde en met de scheepvaartcontrole belaste ingenieur van de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer, dienst Maritiem Vervoer, een certificaat van deugdelijkheid voor het betrokken vissersvaartuig uitgereikt […]. Het vaartuig voldeed aan alle voorschriften, waaronder diegene die bedoeld werden in Richtlijn 97/70/EG. De talrijke toetsingscriteria die in het kader van de uitreiking van zulk een certificaat worden gehanteerd, ook inzake waterdichtheid, zijn appellanten perfect gekend.

Op 7.2.2007 werd een nieuwe meetbrief uitgereikt (stuk 72 dossier geïntimeerde) en op 7.5.2007 werd vervolgens zeebrief nr. […] uitgereikt.
Het schip was dus zeer korte tijd voor het sinister grondig onderhouden, hersteld, geïnspecteerd en goed bevonden.

Ook de scheepsagent te Milford liet zich positief uit over de staat van het schip, dat vrij was van zichtbare gebreken en een goede naam had te Milford. Bij zijn controlegang door het schip, net voor afvaart, werd trouwens ook door hem nergens water opgemerkt […].

De objectieve gegevens van het dossier wijzen op een ronduit goede staat van het schip, dat onmiskenbaar zeewaardig was en niet het geringste spoor vertoonde van een staat van slijtage die een plotse indringing van zeewater kon veroorzaken.

De verwijzing door appellanten naar het niet vervangen zijn van de wierpotten bij de verbouwing in 1999 is volkomen ondoeltreffend. Er is niet de geringste indicatie dat de wierpotten versleten zouden geweest zijn, dat de gietijzeren deksels breuken zouden vertoond hebben of dat een schroefdraad dermate zou zijn weggesleten dat deze het sinister kon veroorzaken. Zelfs de dichtingen van de wierpotdeksels waren voor de afvaart nog op hun staat gecontroleerd.

De loutere aanwezigheid van gebruikssporen heeft geen uitstaans met de in de polis genoemde en van dekking uitgesloten schade door slijtage.

Het hof sluit in deze omstandigheden een slechte staat van het schip of de staat van slijtage van scheepsonderdelen (met inbegrip van materiaalmoeheid) uit als een redelijkerwijze aan te nemen "proximate cause" van de indringing van het zeewater die uiteindelijk tot het zinken van de A. heeft geleid. Het is hoogst onwaarschijnlijk dat het sinister door de van dekking uitgesloten slijtage veroorzaakt werd; zulk een oorzaak kan niet als "proximate cause" worden aangemerkt.

33. Alle voorgaande elementen in acht genomen, kan het hof na zorgvuldige analyse van alle overtuigingsstukken van partijen en na afweging van alle redelijkerwijze denkbare determinerende oorzaken, het verlies van de A. door de plotse indringing van zeewater in de machinekamer, slechts toeschrijven aan een "peril of the sea" of zeefortuin in de zin van art. 6.1.1 ITCH.

De opening van ca. 13 cm² waarlangs het zeewater in de machinekamer kon stromen is duidelijk zeer plots en accidenteel ontstaan in het schip dat net voordien na grondige inspectie als volkomen zeewaardig werd gekeurd. Zeefortuin en niets anders dan zeefortuin was zoals door deductie na grondige studie van de bewijsstukken aan het licht werd gebracht, de determinerende oorzaak van dat sinister, wat impliceert dat appellanten in principe tot vergoeding gehouden zijn.

34. Appellanten werpen op dat zij hoe dan ook niet tot vergoeding zouden moeten overgaan, omdat geïntimeerde bepaalde contractuele verplichtingen als verzekerde niet zou hebben nageleefd.

Niet alleen laten zij na om dat standpunt juridisch naar Engels recht te onderbouwen, maar bovendien blijken ook de ingeroepen wanprestaties onbestaande te zijn.

Appellanten blijken geïntimeerde te verwijten dat zij - na confrontatie met de door de verzekeringsinspecteurs […] gehanteerde onderzoeksmethode die er kennelijk op was gericht om zoveel mogelijk argumenten ten gunste van de verzekeraars te vinden en met de onderzoeksverrichtingen bij TNO te Delft - te rade zijn gegaan bij Kapt. […], en nagelaten hebben de in de polis voorziene procedure tot aanstelling van een als derdenbeslisser op te treden gerechtsdeskundige in gang te zetten.

Appellanten zijn het er wel mee eens dat de bedoelde bindende derdenbeslissing door een gerechtsdeskundige enkel betrekking kon hebben op specifieke technische vragen […], en dat partijen bij contractsluiting helemaal geen buitengerechtelijke beslechting van het ganse geschil beoogden […].

Onmiddellijk werd door appellanten zelf een eenzijdig onderzoek gestart zonder de in de betrokken clausule beschreven procedure in gang te zetten hoewel appellanten zich kennelijk beschouwden als de meest gerede partij om een onderzoek te voeren. Dhr. M. werd zelfs al eenzijdig door appellanten als deskundige aangesteld met de opdracht om de oorzaak van het sinister te onderzoeken, op een ogenblik dat de gebroeders nog volop in de weer waren met hun poging om het schip te redden. Noch voor zijn aanstelling werd door appellanten de in de polis voorziene procedure gevolgd, noch voor de aanstelling van […], noch voor de opdracht aan TNO. In dit kader weze overigens opgemerkt dat er geen verslag voorligt waarin dhr. M. een advies geeft over de oorzaak van de teloorgang van het schip, terwijl hij onmiskenbaar eenzijdig door appellanten was gelast om hen daarover te adviseren, doch dit terzijde.

Het hof ziet niet in waarom geïntimeerde, geconfronteerd met de vooringenomen teneur van het eenzijdig onderzoek dat op initiatief van appellanten werd gevoerd, op haar beurt geen technisch raadsman onder de arm had mogen nemen en dan wel een procedure had moeten volgen die appellanten zelf niet nodig vonden.
De vraag of het Kapt. […] als oud-deken van de Nautische Commissie was toegestaan eenzijdige deskundigenopdrachten aan te nemen, is in het kader van de huidige procedure volkomen irrelevant.

Uit het dossier blijkt dat er enkel m.b.t. het technisch onderzoek te Delft uiteindelijk tussen partijen een discussie was ontstaan over de vraag of het onderzoeksresultaat van TNO als bindend moest worden aangemerkt. Appellanten wilden dat onderzoek zo spoedig mogelijk doorvoeren, en beschouwden zich dus als de meest gerede partij voor zulk een onderzoek. Toen geïntimeerde meldde het resultaat van TNO niet als bindend te zullen aanvaarden, was het aan appellanten zelf om de in de polis voorziene procedure in gang te zetten, wat zij niet nodig hebben gevonden. Zij zijn dan ook niet goed geplaatst om dan nu hun eigen passiviteit aan geïntimeerde te verwijten.

Overigens had dit alles geen verschil gemaakt. Zelfs wanneer onbetwistbaar vaststaat dat een gelijkaardig manueel gesloten wierpotdeksel bij laboratoriumproef niet verder opent bij gedurende een half uur gesimuleerde trillingen, en dit de bevinding is van de derdenbeslisser, doet dit niets af aan de mogelijkheid van het hof om aan de hand van de elementen van het dossier vast te stellen dat afdoende bewezen is dat de waterindringing voortvloeit uit “perils of the sea(s)”.

Maar zelfs indien toch aangenomen zou worden dat geïntimeerde de meest gerede partij was om een als derdenbeslisser op te treden gerechtsdeskundige aan te stellen, dan wordt niet ingezien hoe of waarom de afwezigheid van het bedoelde initiatief op procedurevlak dan naar Engels recht een door geïntimeerde begane “breach of contract” (contractbreuk) zou kunnen impliceren met bevrijding van de verzekeraars voor gevolg. Appellanten beperken zich ertoe te verwijzen naar het Belgisch juridisch concept ‘rechtsmisbruik’. Zelfs indien deze beoordeling naar Belgisch recht had moeten gebeuren, wat niet het geval is, zou het hof er alleen maar toe kunnen besluiten dat het door appellanten ingeroepen rechtsmisbruik niet kan worden vastgesteld.

Het hof stelt alleszins vast dat appellanten die dit niet naar Engels recht onderbouwen, de ingeroepen wanprestatie van geïntimeerde niet aantonen, net zomin als rechtsmisbruik.

35. Gelet op het voorgaande, zijn appellanten ertoe gehouden geïntimeerde conform de polisbepalingen te vergoeden voor het verzekerd verlies. Dit impliceert meteen dat niet verder moet worden ingegaan op de in ondergeschikte orde geformuleerde eis van geïntimeerde tot veroordeling van appellanten tot betaling van een schadevergoeding wegens hun foutief/nalatig optreden bij de reddingsactie van het vaartuig.

36. Geïntimeerde vordert dat de verzekeraars veroordeeld zouden worden tot betaling van 2.000.000,- EUR in hoofdsom, te vermeerderen met de verwijlrente sedert 12.7.2007 en de gerechtelijke rente.

Er werd m.b.t. de gevorderde hoofdsom geen enkel cijfermatig verweer gevoerd in de conclusie die voor appellanten ter griffie werd neergelegd op 22.5.2013, maar ook niet m.b.t. de ingangsdatum van de gevorderde rente.

Hoewel het hof gelet op art. 748bis Ger.W. niet eens hoeft na te gaan of er in de syntheseconclusie voor het tussenarrest cijfermatig verweer werd gevoerd, stelt het vast dat ook in de conclusie die ter griffie was neergelegd op 15.9.2011 ter zake geen enkel cijfermatig verweer werd gevoerd (wat aangeeft dat appellanten zelf de aftrek van 7.500,- EUR eigen risico bij averij niet van toepassing achten), zodat de gevorderde hoofdsom wordt toegekend zoals ze werd gevorderd.

Waar geïntimeerde niet specificeert op welke rentevoet zij aanspraak maakt gaat het hof ervan uit dat zij de rente vordert aan de gewone wettelijke rentevoet, een rentevoet die de Engelse rentevoet bij betalingsachterstand (zie Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998 of de Engelse Wet betalingsachterstand van 1998, zoals nadien gewijzigd) niet overschrijdt.

37. Daarnaast maakt geïntimeerde aanspraak op een schadevergoeding van 150.000,- EUR ter vergoeding van de schade veroorzaakt door de vertraging in de betaling vanwege de verzekeraars.

Appellanten argumenteren dat de schade waaraan geïntimeerde refereert volledig vergoed wordt door de toekenning van verwijlintresten en gerechtelijke intresten, zodat dat onderdeel van de eis moet worden afgewezen.

Het hof stelt met appellanten vast dat geïntimeerde nalaat de gegrondheid van die eis aan te tonen; uit niets blijkt de gegrondheid van zulk een naar Engels recht te beoordelen vordering.

38. Overeenkomstig art. 1017 Ger.W. zijn de gerechtskosten ten laste van de in het ongelijk gestelde partij. Appellanten worden gelet op het voorgaande aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij, dit voor elk van beide aanleggen. Het feit dat de vordering van geïntimeerde in hoger beroep in de voornoemde mate werd toegewezen bij toepassing van een ander rechtsstelsel, is geen reden om appellanten, wier verweer grotendeels onterecht is gebleken, als de in het gelijk gestelde partij te beschouwen.

Overeenkomstig art. 2 KB 26.10.2006 bedraagt de basisrechtspleging 15.000,- EUR en sedert 1.3.2011 de som van 16.500,- EUR.

Met verwijzing naar de grote complexiteit van het dossier, reden die uitdrukkelijk voorzien is in art. 1022 Ger.W. om van het basisbedrag af te wijken, vordert geïntimeerde het maximumbedrag van 33.000,- EUR.

De bijzondere complexiteit van het dossier rechtvaardigt inderdaad de toekenning van een hogere som dan het basisbedrag. Het hof bepaalt de rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg op 25.000,- EUR en de rechtsplegingsvergoeding hoger beroep rekening houdend met art. 8 van voornoemd KB op 27.500,- EUR.

Bijkomend wordt in het kader van de opgave van de door de rechter overeenkomstig art. 1017 Ger.W. te vereffenen gerechtskosten aanspraak gemaakt op 4.000,- Britse Pond, het ereloon van Prof. […]. Het ereloon van een eenzijdig aangestelde rechtsdeskundige is geen van de door art. 1018 Ger.W. opgesomde gerechtskosten die in uitvoering van art. 1017 Ger.W. ten laste van de in het ongelijk gestelde partij kunnen gelegd worden. Bij de bepaling van de hoogte van de rechtsplegingsvergoeding werd anderzijds al rekening gehouden met de complexiteit van de zaak die mede het gevolg is van de toepassing van een vreemd rechtsstelsel.

Beslissing

Het hof beslist op tegenspraak.

Het tussenarrest van 20.2.2012 waarbij het bestreden vonnis reeds hervormd werd verder uitwerkend, verklaart het hof het hoger beroep slechts in de navolgende beperkte mate gegrond.

Opnieuw recht sprekend, wordt de vordering van B. in vereffening, vertegenwoordigd door haar vereffenaars J. en P., toelaatbaar en in de volgende mate gegrond verklaard.

Het hof veroordeelt appellanten A., R., G., H., S. en C. - *elk voor het door hen onder de polis* […] *onderschreven aandeel, nl. 25% voor A., 25% voor R., 15% voor G., 15% voor H., 12,50% voor S. en 7,50% voor C. - tot betaling, die slechts bevrijdend is in de mate ze wordt uitgevoerd in handen van de nv KBC Bank, Havenlaan 2 te 1000 Brussel, alleszins voor zover ze de schuldvordering van deze laatste*

op geïntimeerde niet overstijgt, aan B. in vereffening, van het bedrag van 2.000.000,- EUR, te vermeerderen met de verwijlrente sedert 12.7.2007 en de gerechtelijke rente, beide aan de gewone wettelijke rentevoet.

De kosten van de procedure worden, eveneens in verhouding tot het door hen onder de polis […] onderschreven aandeel, ten laste gelegd van appellanten A., R., G., H., S. en C., en deze gerechtskosten worden als volgt vereffend in het voordeel van B. in vereffening:

- dagvaarding: 1.172,74 EUR
- rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 25.000,- EUR
- rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 27.500,- EUR

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 04 november 2013 door

de heer P. De Baets	raadsheer- dd. voorzitter
de heer S. Berneman	raadsheer
de heer B. Bullynck	raadsheer
mevrouw M. Van Ammelen	griffier

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 17 juni 2013

Toepasselijk recht – Toepassing buitenlands recht – Maritiem recht – Overdracht schuldvordering – Duits recht – Rechtsplegingsvergoeding – Vergoeding vertaalkosten – Expertisekosten

Droit applicable – Application d'un droit étranger – Droit maritime – Cession de créances – Droit allemand – Indemnité de procédure – Remboursement des frais de traduction – Coûts de l'expertise

1. **V.**, vennootschap naar vreemd recht, voorheen […], met zetel te […] Duitsland, […];

2. de verzekeringsmaatschappijen naar hun respectievelijk nationaal recht:
   a) **K.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Duitsland, […];
   b) **M.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Duitsland, […];
   c) **Z.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Duitsland, […];
   d) **X.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Duitsland, […];
   e) **L.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Oostenrijk, […];
   f) **C.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Duitsland, […];
   g) **T.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Duitsland, […];
   h) **S.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Duitsland, […];
   i) **N.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Duitsland, […];
   j) **A.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Zwitserland, […];
   k) **W.**, vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […]Duitsland, […];

appellanten

vertegenwoordigd door Mr. Noels Dirk, advocaat te 2018 Antwerpen, Mechelsesteenweg 196;

tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen d.d. 26 mei 2011;

tegen

1. **H.**, met zetel te […] Antwerpen, […] met ondernemingsnummer […];

1ste **geïntimeerde**

vertegenwoordigd door Mr. Verguts Paul loco Mr. Cornette Michel, advocaat te 2018 Antwerpen, Brusselstraat 59;

2. **R.**, vennootschap naar het recht van Duitsland, met maatschappelijke zetel […] Duitsland, voorheen genaamd […] , respectievelijk […], destijds gevestigd […] Duitsland, keuze van woonst doende bij haar raadsman Mr. Keyzer Luc, hierna vermeld;

2de **geïntimeerde**

vertegenwoordigd door Mr. Keyzer Luc, advocaat te 2000 Antwerpen, De Burburestraat 6-8;

3. **D.**, voorheen […] , met zetel te […] Zwijndrecht, […];

4. **F.**, voorheen […], met zetel te […] Antwerpen, […];
5. **G.**, met zetel te […] Zwijndrecht, […];

3de – 4de en 5de **geïntimeerde**

vertegenwoordigd door Mr. Lange Herman, advocaat te 2000 Antwerpen, Schermersstraat 30;

De door de wet vereiste procedurestukken worden overlegd, o.m. het op tegenspraak gewezen vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen d.d. 26 mei 2011, waartegen hoger beroep werd ingesteld door middel van een verzoekschrift neergelegd op 6 september 2011.

I. <u>De feiten en voorgaanden</u>

1. Op grond van een commerciële factuur d.d. 9 september 2003 bestelde warenhuis […] bij eerste appellante een partij kleuren tv-toestellen. Deze toestellen werden door eerste appellante aangekocht in Turkije bij Turkse firma […] onder de condities CFR Antwerpen en waren bestemd voor doorverkoop aan de Duitse grootwarenhuisketen […].

2. Een gedeelte van de goederen werden over zee naar Antwerpen vervoerd per 8 containers. Hiervoor werd een naamcognossement […] d.d. 10 september 2003 uitgegeven door […] (partij niet meer inzake).

De containers kwamen aan op 25 september 2003 op kade 242 van de Antwerpse haven en dienden door een vennootschap van de […] voor rekening van de rederij te worden gelost en opgeslagen.

3. Eerste appellante gaf vervolgens opdracht aan […], thans R. om te zorgen voor de goederenreceptie en het aansluitend baantransport van Antwerpen naar Duitsland (Duisburg) waar de tv-toestellen zouden worden opgeslaan in de opslagplaats van R. om vandaaruit naar de respectievelijke […] vestigingen te worden uitgeleverd.

4. R. gelastte op haar beurt H. voor de lokale goederenreceptie te Antwerpen.

Partijen zijn het niet eens over de juiste opdracht die aan H. werd verleend. Volgens H. was de opdracht beperkt tot een vrijstelling van de goederen en diende zij niet in te staan voor de in ontvangstname van de containers, de opslag ervan en de ter beschikking stelling aan de vervoerders.

5. Eerste appellante bezorgde de originele cognossementen aan R. die deze op haar beurt aan H. overmaakte.

H. bood de cognossementen vervolgens op 25 september 2003 aan bij de rederij (agent) tegen afgifte van het laat-volgen. In de ochtend van 30 september 2003 deed H. het getekende laat-volgen op kade 242 afgeven zonder fysieke afhaling van de containers.

Een onbekend gebleven persoon bood zich op 30 september 2003 op de terminal aan waar deze de afgifte bekwam van twee containers. De containers werden ontvreemd. Na een opsporingsonderzoek werden een aantal verdachten veroordeeld door de correctionele rechtbank te Antwerpen d.d. 15 juni 2009. Een aantal ex-werknemers van F. werden veroordeeld wegens diverse diefstallen met informatie afkomstig vanop het F. terrein.

6. Bij beschikkingen d.d. 16 oktober 2003 (op eenzijdig verzoekschrift) en d.d. 14 november 2003 (na een tegensprekelijk kort geding) stelde de kortgedingrechter (Voorzitter van de rechtbank van

koophandel te Antwerpen) op verzoek van eerste appellante een nautische deskundige (kapitein […]) aan als gerechtsdeskundige met als opdracht de omstandigheden en oorzaken van de verdwijning van de containers te onderzoeken alsmede de ermee verbonden douane-technische aspecten.

Op 24 april 2007 legde de gerechtsdeskundige zijn verslag neer, waarvan de besluiten als volgt luiden:

"Ten gevolge van ons gerechtelijk onderzoek dienen wij te besluiten en zijn wij verder van advies dat:

1. *Uit de lijst containers gelost ex ms […] – in totaal 45 – er 8 containers waren welke tv's bevatten;*
2. *Volgens verklaringen van het personeel van de terminal 2 van deze containers op 30.09.2003 op normale wijze werden afgehaald;*
3. *Het ophalen van deze containers gebeurde na het beëindigen van de namiddagtaak (14.00 t/m 22.00) van de havenarbeiders;*
4. *De ontvreemding slechts kon geschieden op aangeven van één der betrokken partijen uit de vervoersketen."*

7. De verzekeraars, huidig tweede appellanten, als goederenverzekeraars van V., eerste appellante hebben via hun gevolmachtigde X. op 18 november 2003, uitgevoerd op 19 november 2003, een bedrag van € 104.832,00 betaald.

8. Naast huidige procedure, ingeleid bij dagvaarding op 29 september 2004, starten partijen, minstens een deel van de partijen, tevens twee procedures in Duitsland.

Op 29 september 2004 werd H. door R. in vrijwaring gedagvaard in de procedure die X. had ingeleid voor het Landgericht Duisburg tegen R. en waarbij eveneens de betaling van € 104.832,00 werd gevorderd.

In deze procedure zou een advies gevraagd zijn aan professor M. met betrekking tot bepaalde aspecten van het Belgisch recht.

Deze procedure zou voor onbepaalde tijd uitgesteld zijn in afwachting van de beslechting van de zaak in België zoals blijkt uit het zittingsblad van 23 november 2007.

9. Naast de procedure voor het Landgericht Duisburg zou een nieuwe procedure ingeleid zijn door X. bij dagvaarding van 27 juli 2005 waarna R. H. opnieuw zou gedagvaard hebben in vrijwaring op 19 augustus 2005. In deze procedure kwam een vonnis tussen van 7 juni 2006 van het Landgericht Duisburg waarbij de eis van X. werd afgewezen.

Tegen dit vonnis werd door X. hoger beroep aangetekend. Op 17 januari 2007, velde het Oberlandesgericht Düsseldorf een tussenarrest waarna door X. de vordering werd ingetrokken (een zogenaamde Duitse "klagerücknahme") bij middel van conclusies van 28 maart 2007.

II. <u>De vorderingen in eerste aanleg</u>

1. Bij exploot d.d. 29 september 2004 lieten huidig appellanten […] vier oorspronkelijk verwerende partijen dagvaarden, te weten de vennootschap naar vreemd recht […], thans niet meer inzake, H. (huidig eerste geïntimeerde), de vennootschap naar vreemd recht […], thans R., (huidig tweede geïntimeerde) en de […], (thans derde geïntimeerde).

De vordering strekte ertoe de oorspronkelijk verwerende partijen te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 56.448,00 meer de intresten en de kosten uit hoofde van een schadevergoeding voor verlies van twee containers met kleuren televisietoestellen, gestolen te Antwerpen in de nacht van 30 september op 1 oktober 2003.

Bij conclusies neergelegd in eerste aanleg op 30 juni 2008 breidden huidig appellanten hun vordering cijfermatig uit en streefden zij de veroordeling na van deze verwerende partijen tot betaling van een som van € 104.832,00, meer intresten en kosten.

2. Bij dagvaarding d.d. 27 oktober 2004 liet H. de […], thans de NV F., huidig vierde geïntimeerde, dagvaarden in tussenkomst en vrijwaring.

Deze dagvaarding bevindt zich niet in het dossier in eerste aanleg.

Reeds in conclusies neergelegd op 1 april 2008 vroeg H. haar akte te verlenen van het feit dat zij afstand deed van het geding wat betreft de vordering in vrijwaring die zij instelde lastens P&O Ports Europe.

De […], thans F. Europe aanvaardde deze afstand door H. mits de veroordeling tot de gerechtskosten begroot op € 5.000,00.

Appellanten stelden geen tussenvordering in tegen F.

3. Bij dagvaarding van 20 juli 2010 lieten huidig appellanten tenslotte G., huidig vijfde geïntimeerde, dagvaarden in gedwongen tussenkomst waarbij zij vorderden om alle verwerende partijen […] solidair, in solidum, minstens de ene bij gebreke aan de andere te veroordelen voor de schadevergoeding die op dat ogenblik nog begroot werd op € 56.488,00, meer intresten en kosten.

4. In conclusies neergelegd in eerste aanleg op 25 april 2008 stelde R. in ondergeschikte orde, een incidentele eis in lastens H., voor het geval zij een veroordeling zou oplopen ten opzichte van huidig appellanten, waarbij zij vorderden H. te veroordelen haar te vrijwaren voor elke veroordeling die lastens R. zou uitgesproken worden, in hoofdsom, intresten en kosten.

5. Appellanten breidden tenslotte hun vordering cijfermatig in laatste conclusies van 31 augustus 2010 uit opzichtens huidig vijfde geïntimeerde, G.

III. <u>Het vonnis a quo</u>

Bij vonnis d.d. 26 mei 2011 verklaarde de eerste rechter de vordering van V. en haar verzekeraars ontvankelijk doch ongegrond.

De eerste rechter verklaarde de vorderingen in vrijwaring van R. opzichtens H. zonder voorwerp.

De eerste rechter verleende H. akte van haar afstand van geding opzichtens F. Europe en nam akte van diens akkoord hiermede.

De eerste rechte legde de kosten van het geding ten laste van V. en haar verzekeraars en veroordeelde hem tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van € 5.500,00 aan H., R. en de vennootschappen D., F. en G.

In de motivering komt de eerste rechter tot de volgende besluiten:

- Terecht werpt H. een gebrek aan actieflegitimatie op in hoofde van de eisende partijen, V. en haar verzekeraars.

- Zoals blijkt uit de verklaringen van V. d.d. 27 oktober 2003 en de stukken aangewend in de procedure gevoerd te Duitsland heeft V. al haar rechten met betrekking tot het kwestieuze schadegeval overgedragen aan X. die de documenten voor ontvangst afstempelde op 29 oktober 2003.

- De overdracht van rechten werd in het kader van de Duitse procedure aan H. en R. medegedeeld als bijlage bij de dagvaarding zodat V. niet langer over deze rechten beschikte toen zij op 19 november 2003 verzekeringspenningen ten bedrage van € 104.832,00 uitbetaald kreeg vanwege X. bij volmacht van de verzekeraars.

- De verzekeraars zijn derhalve niet gesubrogeerd in de rechten van V. gezien niemand meer rechten kan overdragen dan welke hij zelf heeft.

- De verklaringen van 27 oktober 2003 houden geen volmacht noch een subrogatie in doch wel duidelijke en onherroepelijke overdracht van rechten (schuldvorderingen).

- Nu X. in Duitsland eenzelfde vordering instelde als deze voor de rechtbank van koophandel te Antwerpen, en het Landgericht Duisburg stelde dat X. over de vereiste actieflegitimatie beschikte, ontberen huidig appellanten deze in huidige procedure en is hun vordering ongegrond.

- Aan de vennootschappen D., F. en G. die een gezamenlijk verweer voeren komt slechts één rechtsplegingsvergoeding toe.

IV. <u>Standpunten van partijen in hoger beroep</u>

1. Appellanten verzoeken het Hof het hoger beroep ontvankelijk, toelaatbaar en gegrond te verklaren.

Dienvolgens de door appellanten oorspronkelijk ingestelde vordering lastens geïntimeerden ontvankelijk, toelaatbaar en gegrond te verklaren en dienvolgens geïntimeerden solidair, in solidum, minstens de ene bij gebreke aan de andere en minstens elk voor het geheel, te veroordelen tot betaling aan hen of één hunner van € 104.832,00 meer de wettelijke intresten vanaf 30 september 2003 tot 29 september 2004 en de gerechtelijke intresten sedertdien evenals de kosten van het gerechtsdeskundig onderzoek, zijnde € 5.224,43 en de kosten van de privé-expert ten bedrage van € 2.000,00 provisioneel.

Tevens geïntimeerde bovendien te veroordelen tot de gedingkosten, aan de zijde van appellanten begroot op:

- dagvaarding: € 692,98
- RPV eerste aanleg: € 5.500,00
- RPV hoger beroep: € 5.500,00
- akte hoger beroep: € 186,00
- totaal: € 11.878,98

2. H., eerste geïntimeerde, verzoekt het Hof het hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond te verklaren en appellanten ervan af te wijzen en appellanten te veroordelen tot de rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep, begroot op € 5.500,00.

3. De vennootschap naar Duits recht R., tweede geïntimeerde, verzoekt het Hof het hoofdberoep van appellanten als ontvankelijk doch ongegrond af te wijzen.

Dienvolgens het vonnis a quo te bevestigen en appellanten te veroordelen tot de kosten van de beroepsprocedure, in hoofde van tweede geïntimeerde begroot op € 5.500,00 rechtsplegingsvergoeding.

Ondergeschikt, bij hervorming van het vonnis a quo en zo tweede geïntimeerde per impossibile toch een veroordeling zou oplopen ten opzichte van appellanten buiten CMR, alsdan recht doende op het incidenteel beroep ingesteld door tweede geïntimeerde.

Dit ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Dienovereenkomstig H. te veroordelen tweede geïntimeerde te vrijwaren voor elke veroordeling dewelke lastens haar ten opzichte van huidige appellanten zou uitgesproken worden in hoofdsom, intresten en kosten.

Alsdan H. te veroordelen tot de gerechtskosten, in hoofde van tweede geïntimeerde begroot op € 5.500,00 rechtsplegingsvergoeding.

4. D., F. en G., huidig derde, vierde en vijfde geïntimeerden verzoeken het Hof het hoger beroep als onontvankelijk, deels ongegrond af te wijzen en appellanten te veroordelen tot de kosten die voor elk van de geïntimeerde belopen op € 5.500,00 rechtsplegingsvergoeding.

Huidig derde, vierde en vijfde geïntimeerden streven de onontvankelijkheid van het hoger beroep na tegen de F. gezien huidig appellanten in eerste aanleg nooit enige vordering opzichtens de F. hebben ingesteld.

Verder vorderen zij bij impliciet incidenteel beroep een toekenning van een rechtsplegingsvergoeding per geïntimeerde, terwijl de eerste rechter slechts één rechtsplegingsvergoeding voor vennootschappen D., F. en G. toekende.

V. <u>Beoordeling</u>

A. Over de ontvankelijkheid van het hoger beroep

1. Vierde geïntimeerde, F., betwist de ontvankelijkheid van het hoger beroep ten aanzien van haar, gezien appellanten in eerste aanleg nooit enige vordering hebben ingesteld tegen F.

2. Terecht stelt vierde geïntimeerde, F. dat het hoger beroep ten aanzien van haar onontvankelijk is.

Daar waar H., huidig eerste geïntimeerde, de […], thans F., huidig vierde geïntimeerde, liet dagvaarden in tussenkomst en vrijwaring bij exploot van 27 oktober 2004, dient het Hof vast te stellen dat appellanten geen tussenvordering in eerste aanleg tegen F. hebben ingesteld.

In conclusies neergelegd op 1 april 2008 vroeg H. haar akte te verlenen van de afstand van geding opzichtens […], thans F. De eerste rechter verleende akte aan H. van de afstand van geding opzichtens F.

Met reden argumenteert F. dat appellanten geen belang hadden om hoger beroep in te stellen opzichtens haar.

Besluit:

Het hoger beroep van appellanten is onontvankelijk opzichtens F.

3. De overige geïntimeerden betwisten de ontvankelijkheid van het hoger beroep van appellanten niet.

Er wordt geen akte van betekening voorgelegd. Het hoger beroep is voor het overige naar vorm en termijn regelmatig. Het hoger beroep is ontvankelijk opzichtens de overige geïntimeerden.

B. Over de toelaatbaarheid van de vordering van appellanten opzichtens G., vijfde geïntimeerde

1. Vijfde geïntimeerde, G., beroept zich op de verjaring van de vordering van appellanten bij toepassing van art. 2262 bis §1 alinea 2 B.W. Zij vraagt de bevestiging van het vonnis in de mate dat de vordering opzichtens haar afgewezen werd, met dien verstande dat zij zich beroept op de verjaring.

2. Terecht stelt vijfde geïntimeerde dat appellanten niet over een contractuele vordering opzichtens haar beschikken, nu er geen contractueel verband tussen appellanten en G. bestond gezien G. als stuwadoor/goederenbehandelaar is opgetreden van en voor de NV […], thans niet meer inzake.

De rechtsgrond waarop appellanten zich beroepen ten aanzien van vijfde geïntimeerde, is derhalve van buitencontractuele aard (art. 1382 e.v. B.W.).

Gezien de rechtsgrond noodzakelijkerwijze een buitencontractuele vordering betreft, dient vastgesteld te worden dat deze vordering verjaard is bij toepassing van art. 2262 bis §1 alinea 2 B.W.

Dit artikel voorziet immers dat alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid door verloop van vijf jaar verjaren, vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwaring ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon.

Met vijfde geïntimeerde stelt het Hof vast dat appellanten op de hoogte waren van de identiteit van G. als stuwadoor/goederen behandelaar en dit sedert het schrijven van 19 januari 2004 van de raadsman van vijfde geïntimeerde.

Appellanten lieten G. slechts dagvaarden in tussenkomst op 20 juli 2010 zodat de vordering opzichtens vijfde geïntimeerde vervallen is door verjaring. De vordering van appellanten opzichtens vijfde geïntimeerde is derhalve ontoelaatbaar.

C. Ten gronde

C.1. De hoofdvordering van appellanten opzichtens D., derde geïntimeerde

1. Derde geïntimeerde, de D., werd door appellanten gedagvaard bij exploot van 29 september 2004.

Derde geïntimeerde verdedigt dat de vordering opzichtens haar volstrekt ongegrond is gezien zij niet de goederenbehandelaar was en niet de contractant van de rederij noch de bewaarder van de goederen.

Volgens derde geïntimeerde stond het van in den beginne vast dat niet zij, doch wel G., vijfde geïntimeerde, de terminaluitbater was.

Derde geïntimeerde meent derhalve dat zij niet door appellanten kan aangesproken worden.

2. Met derde geïntimeerde stelt het Hof vast dat uit de stukken blijkt dat deze partij niet de goederenbehandelaar was en niet de contractant van de rederij.

Vooreerst is in het expertiseverslag van kapitein […] steeds sprake van de […], thans G., vijfde geïntimeerde, zoals blijkt uit de functieomschrijvingen vermeld op blz. 6 van het verslag. Dat de NV […] de uitbater van de terminal aan kaai nr. 242 was, blijkt uit de vermelding van haar werknemer, de heer […] als terminalmanager van […].

Verder richtte de raadsman van […] een schrijven aan de gerechtsdeskundige d.d. 19 januari 2004, met kopie aan de raadslieden van de andere partijen, waarin tot driemaal toe werd vermeld dat de […], thans G., de partij was die de terminal uitbaatte, die de lading vervolgens ontving en die vanaf het begin bij de expertise betrokken was.

Vanaf dat ogenblik waren appellanten derhalve op de hoogte van de identiteit van de aansprakelijke persoon, te weten vijfde geïntimeerde.

Desalniettemin lieten appellanten op 29 september 2004 de […], thans de D., derde geïntimeerde dagvaarden.

In conclusies neergelegd in eerste aanleg op 5 juni 2008 en herhaald in syntheseconclusies neergelegd op 27 oktober 2008 liet derde geïntimeerde uitdrukkelijk weten dat zij niet de goederenbehandelaar was en niet de contractant van de rederij doch dat dit G.en was die de betrokken terminal uitbater was.

Besluit:

De vordering in zoverre gericht tegen de D. is ongegrond en het bestreden vonnis wordt op dit punt bevestigd, zij het met een aanvullende motivering.

C.2. Over de hoofdvordering van appellanten tegen H. en R., huidig eerste en tweede geïntimeerde

1. Appellanten stellen vorderingsgerechtigd te zijn en een belang en hoedanigheid te hebben om een vordering tegen eerste en tweede geïntimeerde in te stellen.

De eerste rechter oordeelde volgens appellanten ten onrechte dat tweede appellanten zich niet kunnen beroepen op subrogatie omdat eerste appellante al haar rechten met betrekking tot de twee litigieuze verzendingen op 27 oktober 2003 aan haar gemandateerde verzekeringsagent X. in personam zou hebben overgedragen.

Volgens appellanten was X. een vaste lasthebber van de verzekeraars zodat elke tussenkomst en elke rechtshandeling van X. kaderde binnen het mandaat dat voortvloeide uit de verzekeringspolis gesloten tussen de appellanten.

De X. is derhalve volgens appellanten uitsluitend qualitate qua als gevolmachtigde van de verzekeraars opgetreden.

Volgens appellanten is deze partij dan ook geen derde en is zij een zuivere lasthebber, belast met het polis- en schadebeheer en trad zij uitsluitend en in naam en voor rekening van de verzekeraars op.

Door de overdracht van rechten aan de verzekeringsagent X. is volgens appellanten in feite en in rechte een overdracht van rechten aan de goederenverzekeraars gebeurd.

De betaling van € 104.832,00 aan eerste appellante gebeurde volgens appellanten derhalve in naam en voor rekening van de verzekeraars.

Tweede appellanten stellen derhalve over een wettelijke subrogatie te beschikken op grond van art. 67 van de Duitse Verzekeringsovereenkomstenwet dat bepaalt:
"Als de verzekerde partij recht heeft op een vergoeding van een schadevordering tegen een derde partij, dan wordt de verzekeraar gesubrogeerd in deze rechten voor zover de verzekeraar een schadevergoeding betaald heeft voor de schade geleden door de verzekerde partij."

Appellanten besluiten derhalve dat de verzekeraars (tweede appellanten) op grond van de wettelijke subrogatie wel degelijk een belang en hoedanigheid hebben om de vordering in te stellen.

Volgens hen konden alle verzekeraars samen ofwel K. als leidende verzekeraar ofwel hun verzekeringsagent X. bij volmacht de schadevordering instellen namens al de medeverzekeraars van de polis.

2. Zowel eerste als tweede geïntimeerde betwisten de actieflegitimatie in hoofde van appellanten en vragen de bevestiging van het vonnis a quo op dit punt.

Eerste en tweede geïntimeerde menen dat enkel X. vorderingsgerechtigd/actief gelegitimeerd is.

3. Tussen partijen staat niet ter betwisting dat het Duits recht van toepassing is op de rechtsverhoudingen tussen appellanten onderling, alsook op hun rechtsverhouding ten aanzien van X.

Met eerste en tweede geïntimeerde is het Hof van oordeel dat appellanten geen titularis meer waren van eigen subjectieve rechten, vermits eerste appellante haar rechten heeft overgedragen aan X. (overigens de eisende partij in de Duitse procedure).

Appellante droeg al haar rechten met betrekking tot de twee litigieuze verzendingen immers over bij akte van 27 oktober 2003, akte die voor ontvangst afgestempeld werd door X. op 29 oktober 2003.

Het document d.d. 27 oktober 2003 vermeldt:
"Hierbij staan wij alle bestaande rechten ten opzichte van derden uit de bovengenoemde levering af aan de firma X., […]" […].

Terecht stellen eerste en tweede geïntimeerde dat eerste appellante derhalve niet langer over die rechten beschikte toen X., bij volmacht van de verzekeraars, met valutadatum 19 november 2003, het bedrag van € 104.832,00 betaalde als vergoeding onder de polis.

Overigens werd deze overdracht van rechten in het kader van de Duitse procedure aan eerste en tweede geïntimeerde ter kennis gebracht en vormde dit de basis op grond waarvan X. de Duitse procedure heeft ingesteld.

In het vonnis van 7 juni 2006 van het landgericht Duisburg wordt immers vermeld […]:
"Eiseres is een transportverzekeringsassekuradeur en maakt uit het overgedragen recht een transportschade geldend" (vrije vertaling geciteerd door tweede geïntimeerde).

Eerste geïntimeerde vertaalt de tweede zinsnede als “eiseres eist schadevergoeding voor een transport op basis van afgestaan recht”, doch deze vertaling verschilt inhoudelijk niet van de vertaling geciteerd door tweede geïntimeerde.

Partijen zijn het eens dat X. een “assekuradeur” naar Duits recht was en dat voor deze specifieke term geen Nederlandse vertaling bestaat.

Naar het oordeel van het Hof was X. derhalve een “assekuradeur” naar Duits recht die in eigen naam en voor rekening van de door haar vertegenwoordigde verzekeraars actief gelegitimeerd is op grond van de door eerste appellante overgedragen rechten.

Terecht verwijst tweede geïntimeerde naar art. 398 van het Duits BW dat als volgt bepaalt:
“Overdracht. Een vordering kan van de schuldeiser op grond van overeenkomst met een andere partij aan deze laatste worden overgedragen (overdracht). Met het afsluiten van de overeenkomst treedt de nieuwe schuldeiser in de plaats van de voormalige schuldeiser”.

Gezien eerste appellante haar rechten overdroeg aan de rechtspersoon X. (en niet aan de verzekeraar) op een datum die voorafgaat aan de betaling van de verzekeringspenningen, kon op die datum geen wettelijke subrogatie meer plaatsvinden.

Eerste en tweede geïntimeerde stellen terecht dat tweede appellanten niet aantonen over enige wettelijke subrogatie te beschikken. Tweede appellanten als verzekeraars kunnen zich hierover niet beklagen vermits deze overdracht van rechten gebeurde in opdracht van X., bijgevolg voor hun rekening.

Anders dan appellanten stellen heeft de eerste rechter wel degelijk rekening gehouden met de mandaatverhouding tussen de verzekeraars en de X. De eerste rechter heeft terecht vastgesteld dat de rechten, die op 27 oktober 2003 overgedragen werden door eerste appellante aan de X., geen tweede maal konden overgaan naar de verzekeraars op grond van de wettelijke subrogatie, naar aanleiding van de latere betaling van de verzekeringsvergoeding op 19 november 2003. De eerste rechter besloot derhalve dat de verzekeraars niet gesubrogeerd zijn in de rechten van eerste appellante, gezien niemand meer rechten kan overdragen dan welke hijzelf heeft.

Besluit:

Noch eerste appellante noch tweede appellanten beschikken over enige actieflegitimatie en de vordering van eerste en tweede appellanten werd terecht ongegrond verklaard.

4. Het Hof dient zich derhalve niet verder uit te spreken over het gezag van gewijsde dan wel de kracht van gewijsde (art. 23 Ger.W. dan wel art. 28 Ger.W.) van het vonnis van 7 juni 2006 van het Landgericht Duisburg en de navolgende “Klagerücknahme” (intrekking van vordering) in Duitse procedure voor het Oberlandesgericht te Düsseldorf, noch over de vraag over de eventuele erkenning van deze (tussen)beslissingen niet eerder dient beoordeeld te worden op grond van art. 32 e.v. van de Verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en in handelszaken (waar de erkenning van buitenlandse beslissingen wordt geregeld) of op grond van art. 31 lid 3 van het CMR-verdrag, nu de erkenning van buitenlandse beslissingen in beginsel op grond van de ter zake geldende IPR reglementering dient beoordeeld te worden.

Gelet op het gebrek aan actieflegitimatie zowel in hoofde van eerste als in hoofde van tweede appellanten, dient het Hof hier niet verder op in te gaan.

Besluit:

Het hoger beroep van appellanten faalt en het vonnis a quo wordt bevestigd, ook ten aanzien van eerste en tweede geïntimeerde.

C.3. Over de vordering in vrijwaring van R. (huidig tweede geïntimeerde) tegen H. (huidig eerste geïntimeerde)

Gezien de hoofdvordering van appellanten tegen tweede geïntimeerde ongegrond is, is de vordering in vrijwaring van tweede geïntimeerde tegen eerste geïntimeerde zonder voorwerp. Het vonnis a quo wordt op dit punt bevestigd.

D. Over de gerechtskosten

1. Het oordeel van de eerste rechter inzake de gerechtskosten wordt bevestigd.

2. In hoger beroep zijn appellanten tevens de in het ongelijk gestelde partij in de zin van art. 1017 Ger.W.

Ook in hoger beroep worden appellanten veroordeeld tot de gerechtskosten van eerste geïntimeerde, tweede geïntimeerde en de vennootschappen D., F. en G., derde, vierde en vijfde geïntimeerde.

Derde, vierde en vijfde geïntimeerde stellen minstens impliciet incidenteel beroep in tegen het vonnis a quo in de mate dat de eerste rechter oordeelde dat aan de vennootschappen F., die een gezamenlijk verweer en argumentatie voeren, slechts één rechtsplegingsvergoeding toekomt.

Derde, vierde en vijfde geïntimeerde vragen immers de toekenning van een rechtsplegingsvergoeding van € 5.500,00 voor elk van de geïntimeerden.

Het impliciet incidenteel beroep van derde, vierde en vijfde geïntimeerde inzake de gerechtskosten is ongegrond.

Alhoewel er twee of meer rechtsplegingsvergoedingen kunnen toegekend worden indien de rechter meent dat samengevoegde zaken afzonderlijke geschillen uitmaken, oordeelt de rechter vrij of er in voorkomend geval sprake is van afzonderlijke procesverhoudingen. Wanneer er slechts één procesverhouding is, kent de rechter slechts één rechtsplegingsvergoeding toe.

Nu derde, vierde en vijfde geïntimeerde een gezamenlijke argumentatie voeren en overigens slechts één gezamenlijke conclusie neerleggen is er naar het oordeel van het Hof slechts sprake van één procesverhouding en komt aan derde, vierde en vijfde geïntimeerde slechts één rechtsplegingsvergoeding toe.

3. Eerste geïntimeerde vordert in een nota neergelegd op 27 mei 2013 een maximumbedrag aan rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep gelijk aan € 11.000. Zij meent dat de toekenning van slechts een basisbedrag kennelijk onredelijk zou zijn gezien zij o.m. advocaat-, expert- en vertalingskosten heeft moeten betalen zowel in de procedure in Duitsland als in de procedure in België.

Er bestaat geen reden om af te wijken van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding. Het is niet omdat er ook in Duitsland een procedure gevoerd werd dat eerste geïntimeerde aanspraak kan maken op een maximumbedrag aan rechtsplegingsvergoeding. Appellanten worden wel veroordeeld tot de vertaalkosten van eerste geïntimeerde begroot op € 1.177,93. De vertaalkosten maken immers deel uit van gerechtskosten zoals die voor de toepassing van het Belgisch gerechtelijk recht

exemplatief worden opgesomd in art. 1018 Ger.W. Vertaalkosten en expertisekosten (voor zover deze laatste al bewezen) maken echter op zich geen reden uit om een maximumbedrag aan rechtsplegingsvergoeding toe te kennen.

VI. Beslissing

Het Hof beslist op tegenspraak.

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

Het Hof:

Verklaart het hoger beroep van appellanten onontvankelijk ten aanzien van de F., vierde geïntimeerde.

Verklaart het hoger beroep van appellanten voor het overige ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt het vonnis a quo met een aanvullende motivering en mits de precisering dat de vordering van appellanten tegen de G. vervallen is door verjaring en derhalve ontoelaatbaar is.

Verklaart het impliciet incidenteel beroep van derde, vierde en vijfde geïntimeerde inzake de gerechtskosten, ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt het oordeel van de eerste rechter inzake de gerechtskosten en verwijst appellanten bijkomend in de gerechtskosten van eerste geïntimeerde (aan wie het basisbedrag rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep van € 5.500,00 wordt toegekend en de kosten van de vertaling begroot op € 1.177,93), tweede geïntimeerde (aan wie eveneens het basisbedrag rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep van € 5.500,00 wordt toegekend) en aan derde, vierde en vijfde geïntimeerde, aan wie slechts gezamenlijk een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep van het basisbedrag van € 5.500,00 wordt toegekend.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 17 juni 2013 door

de heer P. Renaers	voorzitter
de heer P. De Baets	raadsheer
mevrouw B. Ponet	raadsheer
mevrouw M. Van Ammelen	griffier

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 26 mei 2008

Toepasselijk recht – Toepassing buitenlands recht – Maritiem recht – Eenzijdige en retroactieve beëindiging van verzekeringsovereenkomst – Verhandelbaarheid van polissen – Engels recht – Betekenis "(re-)assignement" – Institute Time Clauses Hulls – Corvette Underwriters' Clauses 1993 – Marine Insurance Act – Frauduleuze claim

Droit applicable – Application d'un droit étranger – Droit maritime – Résiliation unilatérale et rétroactive d'une police d'assurance – Négociabilité des polices – Droit anglais – Signification du '(re-)assignment – Clauses 'Hulls' – Clause 'Corvette Underwriters' de 1993 – Loi sur l'assurance maritime – Demande frauduleuse

1. de vennootschap naar Liberiaans recht **O.**, met maatschappelijke zetel te […] (Liberia), […];

2. de vennootschap naar Maltees recht **C.**, met maatschappelijke zetel te […] (Malta), […];

appellanten

tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen d.d. 16 november 2005;

ter zitting van 21.4.08 vertegenwoordigd door Meester T. Motmans, advocaat te 2000 Antwerpen, Amerikalei 92;

tegen

1. **N.**, voorheen […], met maatschappelijke zetel te 2000 Antwerpen, […], met ondernemingsnummer […], in haar hoedanigheid van rechtsopvolger van B., met maatschappelijke zetel te […] Antwerpen, […];

2. de vennootschap naar vreemd recht **M.**, voorheen genaamd […], met maatschappelijke zetel te […] Parijs, […], in haar hoedanigheid van rechtsopvolger van de vennootschap naar vreemd recht […], met maatschappelijke zetel te […], Frankrijk, […];

3. **Z.**, advocaat, keuze van woonst doende bij de vennootschap naar vreemd recht […] Zweden, handelend in zijn hoedanigheid van curator van de vennootschap naar vreemd recht P., voorheen genaamd […], vennootschap naar Zweeds recht, met maatschappelijke zetel te […] Stockholm, […]

4. de vennootschap naar vreemd recht **G.**, voorheen […], met maatschappelijke zetel te […] Parijs, […];

5. de vennootschap naar vreemd recht **H.**, voorheen […] genaamd, met maatschappelijke zetel te […] Frankrijk, […];

6. de vennootschap naar vreemd recht **V.**, voorheen […], met maatschappelijke zetel te […] Spanje, […];

7. de vennootschap naar vreemd recht **A.**, voorheen genaamd […], met maatschappelijke zetel te Zwitserland, […], voorheen gevestigd te 8022 Zürich, […];

8. de vennootschap naar vreemd recht **S.**, voorheen […], met maatschappelijke zetel te […] Frankrijk, […];

9. de vennootschap naar vreemd recht **L.**, met maatschappelijke zetel te […] Frankrijk, […];

10. de vennootschap naar Chinees recht **R.**, voorheen […], met maatschappelijke zetel te […] Volksrepubliek China, […];

geïntimeerden

ter zitting van 21.4.08 vertegenwoordigd door Meester W. Den Haerynck, advocaat te 2018 Antwerpen, Brusselstraat 59;

De door de wet vereiste procedurestukken worden overgelegd, waaronder het bestreden (eind)vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen d.d. 16 november 2005 waartegen hoger beroep werd ingesteld door verzoekschrift neergelegd ter griffie op 9 februari 2006.

Er wordt geen akte van betekening overgelegd. Het hoger beroep is tijdig en naar vorm regelmatig. Het is toelaatbaar.

Bij conclusie d.d. 18 augustus 2006 werd door geïntimeerden incidenteel beroep ingesteld tegen het bestreden eindvonnis d.d. 16 november 2005 en een *'incidenteel beroep'* – een navolgend hoger beroep - ingesteld tegen het tussenvonnis van 20 juni 2000. Appellanten betwisten de toelaatbaarheid van dit *'incidenteel beroep'* (*infra* V.A)

I.

Bij exploot d.d. 18 juli 1994 dagvaardden huidig eerste appellante O. en tweede appellante C. de n.v. B. (rechtsvoorgangster van N.) en medeverzekeraars in betaling van een provisionele som van 842.060,45 US$ en 82.230,245 GRD, meer de verwijlintresten en gerechtelijke intresten sedert 19 juli 1993.

Met deze vordering beogen appellanten, oorspronkelijke eiseressen vergoeding te bekomen onder de polis die zij door bemiddeling van […] en […] afsloten met betrekking tot het ms. C.C. in gevolge een sinister op 18/19 juli 1993 in de Ionische zee.

Bij conclusie d.d. 22 oktober 1996 deden appellanten een eisuitbreiding en vorderden zij US$ 785.069,13 zijnde een bedrag inzake gemene averij verband houdend met de redding van het schip tot beloop van US$ 525.031,56 en een bedrag van US$ 325.037,13 inzake particuliere averij aan de reductiekast en de motor van het ms. C.C., dit alles onder aftrek van de vrijstellingen tot beloop van 65.000,00 US$, hetgeen uitgesplitst per geïntimeerde de volgende verdeling gaf:
[…]

plus ten aanzien van elk der geïntimeerden 1,00 EUR provisioneel,

bedragen te verhogen met de verwijlintresten sedert 19 juli 1993 tot datum van dagvaarding en met de gerechtelijke intresten sedertdien.

Bij conclusie d.d. 1 maart 1996 stelden B. (N.) en C. een tegenvordering in tot beloop van 1,00 EUR provisioneel uit hoofde van tergend en roekeloos geding, later bij conclusie d.d. 29 februari 2000 herleid en uitgebreid:

- in hoofdorde: tot betaling van de tegenwaarde in EUR van 61.090 US $, meer de gerechtelijke intresten vanaf 29 februari 2000 uit hoofde van kosten geëxposeerd om aan te tonen dat de informatie verstrekt door appellanten foutief was
- ondergeschikt: tot betaling van 125.437 US $ zijnde gelijk aan de som van de teruggestorte premies, meer de gerechtelijke intresten

II.

Bij (niet-bestreden) tussenvonnis d.d. 28 april 1998 werd recht gedaan op de exceptie *cautio judicatum solvi* en werd C. veroordeeld om een borg te stellen van 100.000 BEF (2.479,93 EUR) in het voordeel van […].

Bij (bestreden) tussenvonnis d.d. 20 juni 2000 besliste de eerste rechter in het overwegend gedeelte dat de vordering zowel in hoofde van de manager van het ms. C.C., met name O. als in hoofde van de scheepseigenaar C. toelaatbaar / ontvankelijk was en stelde, alvorens verder recht te doen Ir. […] aan als gerechtsdeskundige met als opdracht advies te geven over *'de oorzaken van de verschuiving - over een lengte van 62 mm - van een speciaal gelegeerde getande kroonrand van 165 mm breedte en 65 mm dikte'*.

Gerechtsdeskundige […] legde zijn verslag neer ter griffie op 4 maart 2004.

Bij (bestreden) eindvonnis d.d. 16 november 2005 verklaarde de eerste rechter:

- de hoofdvordering toelaatbaar en ongegrond
- de tegenvordering toelaatbaar en gegrond en veroordeelde O. en C. om aan N. & medeverzekeraars te betalen 61.090 US $, om te zetten in EUR aan de hoogste koers de dag van betaling, meer de gerechtelijke intresten vanaf 29 februari 2000.

De eerste rechter bevestigde de ontvankelijkheid van de vordering, zegde voor recht dat er zijdens appellanten geen sprake was van *'schending van een waarborg'* (*'breach of warranty'*), maar was wel van oordeel dat de vordering in tussenkomst voor gemene averij frauduleus was zodat de verzekeraars gerechtigd waren de hele polis te vernietigen en/of dat appellanten vervallen zijn van hun rechten onder de polis.

III.

Appellanten verzoeken het hof om :

- het incidenteel beroep van geïntimeerden niet–toelaatbaar te verklaren
- het tussenvonnis van 20 juni 2000 te bevestigen in al haar beschikkingen
- het eindvonnis van 16 november 2005 te bevestigen:
    - wat betreft de ontvankelijkheid
    - wat betreft de vorderingsgerechtigheid van appellanten
    - wat betreft de niet-schending van de waarborg door appellanten
- voor het overige het bestreden eindvonnis te hervormen en geïntimeerden te veroordelen om aan appellanten te betalen een som van 785.069,13 EUR als volgt geventileerd :

[…]

meer 1,00 EUR provisioneel per geïntimeerde, meer de verwijlintresten aan wettelijke intrestvoet sedert 19 juli 1993 tot 18 juli 1994 en van dan af met de gerechtelijke intresten tot de dag van betaling, vaststellend dat de voorwaarden voor kapitalisatie van de intresten verenigd zijn per 23 oktober 2006 en de alsdan voor ten minste één jaar verlopen intresten bij de hoofdsommen te voegen om samen met de hoofdsommen intrest te genereren.

Appellanten verzoeken om de aanstelling van een gerechtsdeskundige om *"de schade* - voorlopig begroot op 1,00 EUR - *die appellanten geleden hebben door het lichtzinnig beëindigen van het verzekeringscontract door geïntimeerden te begroten"*.

Ondergeschikt verzoeken appellanten om het verhoor van de getuigen K. en D.

Appellanten verzoeken om de vorderingen van geïntimeerden af te wijzen als onontvankelijk minstens ongegrond en hen te veroordelen tot de kosten zoals begroot in het beschikkend gedeelte van de derde (synthese)conclusie d.d. 14 september 2007.

Bij conclusie d.d. 28 april 2008 vorderen zij een rechtsplegingvergoeding op grond van de Wet Verhaalbaarheid Ereloon (WVE) tot beloop van 20.000,00 EUR zijnde het maximum bedrag voor een vordering tussen 500.000,01 EUR en 1.000.000,00 EUR.

Appellanten laten zes grieven (conclusie nr. 31) gelden tegen het bestreden vonnis:

1) het rapport van kapitein I. heeft geen bewijskracht en kan appellanten niet tegengesteld worden
2) de claim voor gemene averij is niet frauduleus
3) de daden van de kapitein / bemanning kunnen niet aan de verzekerde worden toegerekend
4) de Lloyd's Open Form werd niet gesloten vooraleer de verzekeraars op de hoogte werden gebracht
5) de bijstand aan een schip op drift ten gevolge van een verzekerd risico moet vergoed worden
6) ten onrechte werden appellanten veroordeeld tot betaling van schadevergoeding

Geïntimeerden concluderen tot de ontvankelijkheid doch ongegrondheid van het hoger beroep en vragen:

- in hoofdorde: de bevestiging van het bestreden vonnis
- ondergeschikt om te zeggen voor recht dat het verslag van gerechtsdeskundige […] uit het debat dient te worden verwijderd
- meer ondergeschikt om het verhoor van de getuigen P., X., T. en B. en
- tevens een metallurgisch expert aan te stellen als gerechtsdeskundige met als opdracht *"om na te gaan of, aan de hand van de door partijen overgelegde stukken 1) welke redelijkerwijze de oorzaak kan geweest zijn van de in 1993 aangetroffen inkerving in het tandwiellichaam van het ms. C.C. en 2) of deze inkerving sporen van torsietrillingen vertoont"*
- voor zover het hof hierop niet zou ingaan om de hoofdvordering niet–ontvankelijk te verklaren, deze minstens ongegrond te verklaren
- voor zover de eenzijdige retroactieve beëindiging van de polis onrechtmatig zou verklaard worden appellanten te veroordelen tot terugbetaling van de premies ad 125.437 US $, meer de gerechtelijke intresten
- en in geval de hoofdvordering geheel of gedeeltelijk gegrond zou worden verklaard de compensatie tussen hoofd- en tegenvordering uit te spreken
- appellanten te veroordelen tot de kosten, meer specifiek wat betreft de rechtsplegingvergoedingen op basis van de Wet Verhaalbaarheid Ereloon (WVE) per geïntimeerde de volgende bedragen toe te wijzen:

[…]

Geïntimeerden beogen met hun incidenteel beroep tegen het eindvonnis van 16 november 2005 om:

- de oorspronkelijke hoofdvordering onontvankelijk te verklaren en te zeggen voor recht dat de oorspronkelijke vordering niet–ontvankelijk is, minstens dat C. niet vorderingsgerechtigd is

Geïntimeerden beogen met hun *'incidenteel beroep'* tegen het tussenvonnis van 20 juni 2000 om:

- de vernietiging van het vonnis in zoverre het de vordering van appellanten ontvankelijk had verklaard
- te zeggen voor recht dat, voor zover zij een ontvankelijke vordering zouden hebben ingesteld, de aanstelling van een gerechtsdeskundige onwettig was met de opdracht zoals omschreven, minstens te zeggen voor recht dat de aanstelling van gerechtsdeskundige […] niet opportuun was zolang er geen gewijsde is omtrent het geschil of de polis *ab initio* vernietigd was

Geïntimeerden laten *vier grieven* […] gelden tegen de bestreden vonnissen:

1) er is geen belang / hoedanigheid in hoofde van eerste noch tweede appellante
2) de aanstelling van Ir. […] als gerechtsdeskundige was onrechtmatig
3) er is geen vorderingsrecht in hoofde van C.
4) er is wel grond tot vernietiging wegens 'breach of warranty' ('schending van uitdrukkelijke waarborg')

IV.

De relevante feiten en antecedenten kunnen, bondig, als volgt worden samengevat:

1. Tussen N. & medeverzekeraars en O. en C. werd via makelaar […] uit Parijs op 23 februari 1993 een cascopolis-verzekeringsovereenkomst ('*marine hull insurance'*) met nummer […] gesloten met betrekking tot o.m. het onder Maltese vlag varende ms. C.C. […] dit voor een periode van 12 maanden met ingang van 14 februari 1993 14h.00.

Op de verzekeringsovereenkomst zijn o.m. de Institute Time Clauses Hulls (1.10.1983) van toepassing en de Corvette Underwriters' Clauses 1993.

Blijkens *'endorsements'* (*'addenda'*) nr. 4 d.d. 27 juli 1993 en nr. 5 van 21 september 1993 had de eigenaar van het ms. C.C. al zijn rechten, titel en belangen bij de verzekeringsovereenkomst met betrekking tot het schip gecedeerd aan Barclays Bank.

2. Op zondag 18 juli 1993 zou het ms. C.C. ter hoogte van de westkust van het eiland Kefalonia (Cephalonia) – een Grieks eiland in de Ionische zee – op drift geraakt zijn doordat de hoofdaandrijving uitviel als resultaat van schade aan de reductiekast.

3. Op maandag 19 juli 1993 om 16.20 h. ontvangt de leidende verzekeraar B. (N.) een telefax van […] met in bijlage twee telexen die […] had ontvangen van de makelaar van O., zijnde […] uit Piraeus, één van 11.47 h. respectievelijk 13.48 h. waarin de leidende verzekeraar in kennis wordt gesteld dat zich op zondag 18 juli 1993 omtrent 21.00 h. een schadegeval zou hebben voorgedaan.

In (niet–betwiste) vertaling luidt het bericht als volgt:

“U gelieve te noteren dat zondag 18 omstreeks 21.00 h., terwijl het schip in balast was in de buurt van het eiland Cephalonia, een klop werd gehoord in de buurt van de reductiekast; de bemanning legde de motor onmiddellijk stil. Onderzoek wees uit dat er schade is aan het grote wiel van het reductiesysteem. Het schip blijft geïmmobiliseerd en de eigenaars onderzoeken de reddingsmogelijkheden om het schip voor herstel naar Piraeus te brengen. Gelieve ons uw inzichten mede te delen.”

en

“Volgend op onze telex van eerder op heden werden wij door de owners bericht dat het schip op drift is op een afstand van ongeveer 9 mijl van de kust. Bijgevolg moet er een beslissing gemaakt worden terzake de redding. Op grond van de beschikbare alternatieven zijn owners geneigd om een Lloyd's Open Form – agreement te tekenen. Bestaat er mogelijkheid om de mening van de verzekeraars hieromtrent per kerende te hebben.”

4. Er volgt een telefonisch onderhoud (19/7/1993) tussen B. (N.) en […] waarin wordt bevestigd dat de heer Z. als deskundige wordt aangesteld.

5. Op dinsdag 20 juli 1993 werd het schip klaarblijkelijk gered. De managers van het ms. C.C., vertegenwoordigd door de heer […], hadden een Lloyd's Open Form–overeenkomst gesloten (een overeenkomst tot redding en berging volgens de ‘open form‘ van Lloyd’s).

Merkwaardig genoeg werd deze overeenkomst gedateerd op 19 juli 1983, hetgeen klaarblijkelijk op een materiële vergissing berust.

6. Op woensdag 21 juli 1993 deelt makelaar […] aan B. (N.) kopie mede van de volgende correspondentie:

- een telex van O. d.d. dinsdag 20 juli 1993 (13.34 h.) waarin deze mededeelde dat ms. C.C. werd gesleept door de reddingsleepboot T. op Lloyd's Open Form–basis alsook een verzoek aan B. (N.) om garantie te bieden aan de redder (*salvor*)
- een telex van de heer Z. d.d. 20 juli 1993 (14.51h) waarin deze aan O. vraagt wanneer het schip te Piraeus wordt verwacht teneinde de schade te expertiseren. De heer Z. deelt tevens mede dat hij een raadsman zal aanstellen inzake de Lloyd's Open Form–overeenkomst en de kapitein en de bemanning van het ms. C.C. zich dienen beschikbaar te houden voor ondervraging
- een telex van O. d.d. 21 juli 1993 in antwoord, met name dat het schip verwacht wordt op 21 juli om 20.00h.
- een fax van […] aan de Lloyd’s Salvage Arbitration Branch waarin zij melden dat zij optreden voor de eigenaar van het T. en zekerheid vragen tot beloop van 750.000,00 US $

7. Op woensdag 21 juli 1993 zond Z. een telex aan O. waarin hij o.m. mededeelt dat :

- Ir. […] aangesteld werd als technisch deskundige met betrekking tot het schadegeval
- de heer I., advocaat en gewezen kapitein ter lange omvaart, belast wordt met het ondervragen van de kapitein en de bemanning van het ms. C.C.
- het *‘class maintenance certificate’* (‘*klasse-behoud–certificaat’*) wordt opgevraagd per datum ongeval

8. Op 30 juli 1993 deelt Ir. […] zijn preliminair verslag aan partijen mee, opgesteld na ondermeer een bezoek aan boord van het ms. C.C. op 22 juli 1993 in aan-wezigheid van de kapitein, de hoofdingenieur, de fabrikant van de reductiekast en de deskundige (consultant) van de managers, de heer […].

Op 9 augustus 1993 gaf O. commentaar op het verslag van Ir. […].

Op 30 augustus 1993 deelt Dr. […], een metallurgisch deskundige, zijn verslag mede. Hij werd aangezocht door Ir. […].

Op 24 september 1993 rapporteerde kapitein I. op zijn beurt omtrent de oorzaak en de omstandigheden van het sinister.

9. Op 27 maart 1993 deelt Ir. Z., na kennisname van het verslag van kapitein I., zijn bedenkingen mede aan de Griekse makelaar van O./C.:

- er is ernstige twijfel omtrent de bewijswaarde van de documenten medegedeeld door manager/scheepseigenaar, o.m. het logboek
- er is ernstige twijfel omtrent het relaas van het schadegeval
- uit onderzoek blijkt dat op het ogenblik van de reddingoperatie het schip – in tegenstelling met de gegevens van het logboek – zich op 20 mijl van de westkust van het eiland Zakinthos (Zante) bevond in plaats van 2 à 3 mijl zoals beweerd door de kapitein

Hierop hebben O./C. per schrijven van 30 september 1993 geantwoord:

- dat het onderzoek naar de oorzaak en omstandigheden van de panne nog hangende was
- dat het bewijsmateriaal van kapitein I. niet correct / vals was
- dat zij adviseurs zouden raadplegen omtrent de juiste gegevens van het logboek

10. Op 1 oktober 1993 hebben N. & medeverzekeraars de verzekeringsovereenkomst éénzijdig en retroactief beëindigd bij toepassing van art. 17 van de Marine Insurance Act en gaven instructie om de premies te retourneren.

Per 15 november 1993 delen O./ C. mede dat zij niet akkoord gingen met de retroactieve beëindiging van de polis en teruggave van de premie.

11. Bij telex d.d. 6 oktober 1993 aan […] gaf Barclays Bank (de mortgage-houdende bank) te kennen dat zij, de gecedeerden van de polis 993 035, mededeling van het verslag van kapitein I. wensen.

Op 21 oktober 1993 had een vergadering plaats met een vertegenwoordiger van Barclays Bank en de raadslieden van de bank, […] enerzijds en de heren Z. en kapitein I. anderzijds.

Op 18 februari 1994 zal Barclays Bank, gewapend met een verslag van […], een verzoek indienen om de zaak opnieuw te bekijken, verzoek dat per schrijven van 3 maart 1994 werd afgewezen.

V. <u>Beoordeling</u>

A. Met betrekking tot het incidenteel beroep tegen het tussenvonnis van 20 juni 2000 en de toelaatbaarheid ervan.

Bij conclusie d.d. 18 augustus 2006 werd door geïntimeerden incidenteel beroep ingesteld niet alleen tegen het bestreden eindvonnis, maar ook tegen het tussenvonnis van 20 juni 2000.

Dit laatste vonnis was alsdan geen voorwerp van enig hoofd- of zelfstandig beroep. Door geïntimeerde partij kan ook tegen een tussenvonnis hoger beroep worden ingesteld middels conclusie, hetgeen dan een navolgend zelfstandig hoger beroep is.

In het beschikkend gedeelte van de syntheseconclusie houden appellanten voor dat dit zelfstandig beroep ingesteld tegen het tussenvonnis ontoelaatbaar is, doch zij ontwikkelt het middel niet […].

Ter zitting van 21 april 2008 lieten appellanten noteren dat het een *'stijlformule'* betreft en zij niet verder insisteren aangaande de beweerde niet–toelaatbaarheid van het hoger beroep tegen het voornoemde tussenvonnis (zie proces–verbaal van de terechtzitting van 21 april 2008).

B. Met betrekking tot toelaatbaarheid / ontvankelijkheid van de oorspronkelijke hoofdvordering, respectievelijk de uitbreiding ervan.

B.1 In het gedinginleidend exploot van dagvaarding d.d. 18 juli 1994 houdt tweede appellante C. voor dat zij als eigenares van het ms. C.C. een verze-keringsovereenkomst, type Marine Hull Insurance, had onderschreven bij geïntimeerden met betrekking tot het ms. C.C.

Zij streeft vergoeding na onder de polis van een sinister dat beweerdelijk plaats heeft gevonden op 18/19 juli 1993.

Uit een door geïntimeerden overgelegd uittreksel uit het Maltese scheepsregister blijkt dat het ms. C.C. op 10 maart 1994 geroyeerd werd uit het scheepsregister door de melding dat het schip verkocht werd aan niet bij name genoemde Panamezen […].

Meer gegevens worden niet bijgebracht.

De inzet van het geschil is niet de eigendomskwestie van het ms. C.C., maar wel of de in juli 1993 als verzekeringnemer verbonden vennootschap C. – samen met de manager O. overigens - al dan niet recht heeft op een vergoeding onder de polis met betrekking tot een sinister dat in juli 1993 gebeurde.

Ongeacht de mogelijke koop–verkoop en de vermoedelijke eigendomsoverdracht die ermee gepaard gaat geeft tweede appellante aan dat zij over belang beschikt door vergoeding na te streven als verzekeringnemer – samen met eerste appellante O. overigens - van een beweerd geschonden subjectief recht onder de polis.

De vordering is bijgevolg toelaatbaar/ontvankelijk, zowel in hoofde van eerste als in hoofde van tweede appellante.

Dit is in principe ook voor de beweerde bijkomende schade, voorlopig begroot op 1,00 EUR provisioneel, op basis van de beweerde lichtzinnige vernietiging van de polis. Deze vordering is gebaseerd op dezelfde feitelijke gegevens als de initiële vordering tot dekking onder de polis.

B.2 Geïntimeerden betwisten de hoedanigheid van tweede appellante C. om de vordering in te stellen, nu er een cessie van de rechten onder de polis in het voordeel van de Barclays Bank bedongen was (*supra* IV.1).

C. had een lening opgenomen bij Barclays Bank die een aantal waarborgen had bedongen tot zekerheid van terugbetaling, onder meer het recht om zich eventuele uitkeringen onder de polis in het voordeel van de verzekeringnemer te laten uitbetalen.

Uit een schrijven van 11 november 1997 uitgaande van Barclays Bank blijkt dat C. per 17 november 1993 alle verplichtingen onder deze leningovereenkomst en/of andere verplichtingen ten aanzien van de bank had ingelost en Barclays Bank bevestigt dat zij *'with effect from 17.11.1993'* (*'met ingang van*

17 november 1993') geen vordering meer heeft op C. en alle rechten met betrekking tot de verzekering van het schip terugcedeert / opnieuw toewees (*'reassigned'*) aan C. […]

De bevrijding en retrocessie / terugtoewijzing (*'re–assignement'*) grepen plaats voor de inleiding van de dagvaarding - en niet per november 1997 zoals verkeerdelijk door geïntimeerden wordt voorgehouden - en er kan dus niet gesteld worden dat tweede appellante een gebrek aan hoedanigheid had om haar vordering in te stellen.

Besluit

Het (zelfstandig) hoger beroep tegen het tussenvonnis van 20 juni 2000 faalt, wat dit onderdeel betreft.

De door appellanten ingestelde hoofdvordering werd terecht toelaatbaar/ontvankelijk verklaard door de eerste rechter.

C. Met betrekking tot het vorderingsrecht in hoofde van C.

Geïntimeerden stellen dat het toepasselijke Engels recht niet voorziet a) in een retrocessie / *'re–assignment'* b) in enige retrocessie die haar van rechtswege tegenstelbaar zou zijn, noch minder dat dit met terugwerkende kracht zou geschieden en geïntimeerden desgevallend enkel gehouden zijn te betalen onder de polis aan de genoemde hypotheekhouder – bedoeld wordt Barclays Bank – tenzij en van zodra de hypotheekhouder de verzekeraars van het tegendeel in kennis heeft gesteld.

Volgens geïntimeerden zou de door Barclays Bank bij schrijven van 11 november 1997 verrichte *'re–assignment'*, met ingang van 17 november 1993, niet toelaten te stellen dat appellanten gelegimiteerd zijn de vordering in te stellen ontsproten uit het sinister van 19 juli 1993.

Geïntimeerden verwijzen naar de sectie 136 van de 'Law of Property Act' met zijn op het eerste gezicht stringente voorwaarden inzake het geven een *'notice'*.

Het hof merkt op dat geïntimeerden de Engelse rechtsterm *'assignement'* zelf vertalen met *'cessie'* en zelf het woord *'retrocessie'* hanteren voor *'re-assignement'*. Het hof durft niet met zekerheid stellen of deze (continentale) vlag al dan niet geheel de (Engelse) lading dekt.

Hoe dan ook, de polis, waarop Engels recht van toepassing is - hetgeen niet wordt betwist - voorziet onder nummer 5 in een *'assignment'*–clausule. Er is sprake van *'endorsements'* (zie supra IV.1).

Voor zover het hof kon nagaan zijn, naar Engels recht, verhandelbare documenten, zoals polissen, *'assignable'* bij wet, meer bepaald volgens art. 50 van de Marine Insurance Act 1906.

In het schrijven van 11 november 1997 stelde Barclays Bank (in niet betwiste vertaling) *"dat zij met ingang van 17 november 1993 ... wij* (= Barclays Bank) *u* (= C.) *volledig bevrijd hebben van al uw verbintenissen ten opzichte van ons, op eerder welke wijze voorkomend uit bovenstaande leningovereenkomst, kredietlimiet–overeenkomst en alle respectievelijke zekerheidsdocumenten in ons voordeel met inbegrip van de bovenvermelde verzekeringscessies en kennisgevingen van cessies van de verzekering van het schip"*.

Tevens bevestigt Barclays Bank *in fine* aan C. dat zij alle rechten, titel en belang, die zij hadden in de verzekering van het vermelde schip, overgedragen / terug toegewezen heeft.

Barclays Bank bevestigt dus :

- dat C. sedert 17 november 1993 bevrijd is van alle verbintenissen ten aanzien van haar
- dat dit ook insluit de verbintenis uit de cessie onder de polis
- en dat C. terug over al haar rechten beschikt onder de polis

Niet aangetoond wordt door appellanten dat onder vigerend toepasselijk Engels recht deze hertoewijzing van rechten aan diegene die ze voorheen had afgestaan verboden is, dan wel ongeldig en de wetgever bijzondere voorwaarden van notificatie zou hebben opgelegd bij wijze van addendum bij de polis, zoals vereist bij de afstand van de rechten zelf.

Overigens ontneemt de integrale betaling van de schuldenaar aan zijn schuldeiser/mortgagor/bank elk verder bestaansrecht van de secundaire waarborg of zekerheid ter voldoening van de hoofdschuld, hetgeen in wezen niet door geïntimeerden wordt betwist.

Of de kennisgeving nu gelijktijdig dan wel achteraf ter kennis van de verzekeraars plaats vond tast de rechtsgeldigheid van de hertoewijzing van rechten niet aan noch benadeelt het de verzekeraars die, hoe dan ook, in kennis werden gesteld alvorens zij eventueel veroordeeld zouden worden penningen uit te keren.

Het feit dat betwisting wordt gevoerd tussen verzekeringnemers en verzekeraars was *in casu* van aard om een uitdrukkelijke bevestiging van de hertoewijzing van de rechten aan de verzekeringnemers uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en schriftelijk te laten bevestigen door de bank.

De vrees dat verzekeraars, mochten zij worden veroordeeld tot betaling aan verzekeringnemers, nog zouden kunnen worden aangesproken door Barclays Bank is onbestaand, gelet op het uitdrukkelijk bevestigd herstel in rechten, titel en belang van de verzekeringnemer in diens rechten onder de polis door Barclays Bank.

Mochten verzekeraars toch nog enige twijfel gehad hebben omtrent het sluitend karakter van deze '*re*-assignment' dan hadden zij Barclays Bank altijd in tussenkomst en gemeenverklaring kunnen dagvaarden, hetgeen *in casu* niet gebeurde.

Besluit

Appellante sub 2 is wel degelijk vorderingsgerechtigd.

Het incidenteel beroep tegen het bestreden eindvonnis faalt, wat dit onderdeel betreft.

D. Met betrekking tot de schending van de* 'schending van uitdrukkelijke waarborg' ('breach of warranty'*)

Ter discussie liggen de motieven voor van de eerste rechter in verband met de *'schending van de uitdrukkelijke waarborg'* (*'breach of warranty'*) […].

Het gaat meer bepaald omtrent de interpretatie en de toepassing van art. 1 van de Corvette Underwriters Clauses 1993, behoorlijk geciteerd en vertaald door partijen en opgenomen door de eerste rechter en die het hof als herhaald beschouwt.

Uit de wijze waarop art. 1 is opgesteld, zo motiveerde de eerste rechter, dient te worden afgeleid dat het bewuste artikel 1 van toepassing is op de verplichtingen inzake de informatie in de precontractuele fase, met name dat de verzekerde alsdan zou tegemoetkomen aan de oprechte en volledige mededeling van alle relevante feiten en omstandigheden (*'the full and frank disclosure'*).

Voormeld artikel 1 (*'obligations of the assured'* / *'verplichtingen van de verzekerde'*) stelt dat niet met zoveel woorden maar het moge duidelijk zijn dat artikel 1 de eerste bepaling is onder de noemer *'general clauses / algemene clausules'* en het verwijst op haar beurt naar vier andere, meer specifieke artikels onder dezelfde algemene noemer, meer specifiek de waarborgen in verband met de informatie omtrent de vlag van het schip, de ouderdom, de classificatie en in verband met radioactieve en/of andere ioniserende stralingen.

Dat art. 1 van de Corvette Underwriters Clauses kan worden ingeroepen in verband met om het even welke informatie omtrent het sinister, andere dan de informatie met betrekking tot de vlag, ouderdom, classificatie en bepaalde stralingen, kan niet worden afgeleid uit de strekking van dit artikel, ook al wordt dit artikel voorafgegaan door de titel *'general clauses / algemene clausules'*.

Bijkomend kan de eerste rechter (wel) gevolgd worden dat art. 1 voorziet in een sanctie, met name de annulatie van de verzekeringsovereenkomst zonder teruggave van de premie. Deze sanctie werd niet aan de orde gesteld door de verzekeraars daar zij als sanctie de vernietiging met retroactieve werking per 14 februari 1993 en teruggave van premie(s) voorstonden op grond van de vaststellingen dat de voorstelling in verband met de redding en de kosten eraan verbonden van het ms. C.C. gebaseerd waren, volgens de verzekeraars, op *'bad faith'* (*'kwade trouw'*) […].

Besluit

De *'schending van uitdrukkelijke waarborg'* is niet bewezen.

Het incidenteel beroep faalt eveneens, wat dit onderdeel betreft.

E. Met betrekking tot de nietigheid van de polis en/of het verval van recht op vergoeding onder de polis op grond van het indienen van frauduleuze claim

E.1 Algemeen kan gesteld worden dat de verzekeraars argumenteren dat zij geen dekking dienen te verlenen omdat er terzake sprake is van fraude bij de aanmelding van het sinister en het indienen van de verzekeringsvordering door de verzekeringnemers, met name wordt appellanten verweten dat zij wetens en willens een verkeerde voorstelling van zaken hebben gegeven om dekking te bekomen die zij zonder deze voorstelling van zaken niet zouden hebben bekomen. Dergelijke houding leidt tot nietigheid van de polis en het verval van dekking.

Geïntimeerden dragen de bewijslast terzake de ingeroepen nietigheid / verval van recht onder de polis.

Zij beroepen zich op *'section'* (*'artikel'*) 17 van de Marine Insurance Act. De presentatie van een frauduleuze vordering is geënt op de inbreuk inzake de verplichting om te goeder trouw te handelen. Fraude leidt tot de vernietiging *ab inititio* (*'avoidance ab initio'*) van de verzekeringsovereenkomst in haar geheel.

De eerste rechter heeft, rekening houdend met diverse voorliggende rapporten en stukken, en na zeer uitvoerig de feiten te hebben geanalyseerd, geoordeeld dat er sprake is van een frauduleuze claim […].

Volgens de eerste rechter is gebleken dat er een opzettelijk en substantiële (verkeerde) voorstelling van claim werd gemaakt.

Volgens de eerste rechter staat vast dat:

- het schip niet in gevaar verkeerde op het ogenblik van de redding
- er geen sprake kon zijn van een reddingscontract

- en het volstond opdat één van beide claims - met name deze in verband met de redding (gemene averij) - frauduleus was opdat de verzekeraars gerechtigd zijn de gehele polis te vernietigen en/of de verzekerde vervallen te verklaren van dekking.

E.2 De bewijsvoering van de verzekeraars is in principe vrij. Bedoeld wordt dat geïntimeerden alle middelen van recht mogen aanwenden om de frauduleuze vordering te bewijzen.

Het hof, in navolging van de eerste rechter, doet aan bewijswaardering van de overgelegde stukken, zijnde ondermeer van de diverse expertiserapporten, rekening houdend met hun specifieke context waarin ze tot stand gekomen zijn en die in elk geval het voorwerp van het tegensprekelijk debat zijn / waren.

Appellanten richten vooral hun pijlen op het verslag opgesteld door kapitein I.

Overeenkomstig de bepalingen van de Corvette Underwriters Clauses (X) werd in samenspraak tussen de verzekerde, vertegenwoordigd door makelaar […] en de leidende verzekeraar B. (N.) Ir. Z. aangesteld (*supra* IV.4).

Op zijn beurt schakelde deze technisch expert Ir. […] en advocaat / gewezen kapitein ter zee I. in (*supra* IV.7).

Ook al heeft het kapitein I.-rapport niet de status van wat naar Belgische maatstaven een gerechtelijk tegensprekelijk expertise–rapport wordt genoemd, het ontneemt aan dat rapport daarom niet de waarde die de eerste rechter aan bepaalde vaststellingen hechtte, die trouwens ook ondersteuning vonden in andere verzamelde (objectieve) elementen.

Overigens kan niet ontkend worden dat Ir. […] op 30 juli 1993 zijn preliminair verslag aan de door appellanten ingschakelde deskundige/consultant […] mededeelde, minstens het verslag grondig besprak met deze consultant (*supra* IV.8) en later, meer bepaald op 21 oktober 1993 had een bespreking plaats tussen Ir. Z. / kapitein I. enerzijds en een vertegenwoordiger van Barclays Bank / […], adviseurs van Barclays Bank anderzijds (*supra* IV.11).

Deze laatsten hebben het rapport van kapitein I. minstens kunnen inzien. Op dat ogenblik was Barclays Bank nog de begunstigde van een eventueel aan O./ C. uit te keren vergoeding onder de polis en liepen de belangen van verzekerden en Barclays Bank parallel.

De diverse rapportages hebben hun waarde en worden in samenhang met de andere ter kennis van het hof gebrachte elementen op hun merites beoordeeld.

E.3 De eerste rechter heeft op zeer uitvoerige wijze melding gedaan van het relaas opgetekend door kapitein I.

Kapitein I. noteerde kort na aankomst van het ms. C.C. te Piraeus de versies van de toenmalige bevelvoerder […], verschillende leden van de bemanning en van de heer […], die samen met kapitein […] mede-aandeelhouder was, belast was met het dagelijks bestuur van O. […].

De eerste rechter heeft dit relaas afgewogen tegen hetgeen […] op 14 februari 1994 hebben bovengespit […].

De eerste rechter overwoog terecht, naar oordeel van het hof, dat de verklaringen van voornoemden in verband met de eerdere reis van het ms. C.C. dermate afweken van wat […] later aan het licht bracht.

In dit verband mag worden besloten dat de verklaringen van bovengenoemde personen, ondervraagd door kapitein I., niet met de werkelijkheid overeenstemden. Deze gegevens geven inzicht aangaande de moeilijkheden aan boord van het ms. C.C. in verband met de navigatie van het schip op haar vorige reis van Oekraïne naar Italië (tussen 1 en 15 juli 1993: er is sprake van een (verzwegen) brand in de machinekamer aan boord van het schip, van sleepbootassistentie etc.)

Ook omtrent de gebeurtenissen enkele uren voor het sinister zelf, meer bepaald deze in verband met de positiebepaling van het schip en het koersverloop van het ms. C.C. tijdens de daaropvolgende reis van Italië naar Bulgarije met aanvang op 16 juli 1993 werden na het ronden van kaap Otranto op 18 juli 1993 ernstige onjuistheden vastgesteld in het relaas verstrekt aan kapitein I.

Deze laatste baseerde zich hiervoor op gegevens verzameld niet alleen bij locale vissers, respectievelijk bij schippers van kleinere vaartuigen maar ook bij de sleepdiensten van Patras […] en vooral en voornamelijk op concordante gegevens opgevraagd bij de havenautoriteiten te Piraeus, Zante en Perama […].

De manifest verkeerde uitleg omtrent de positiebepaling van het ms. C.C. door de kapitein, de bemanning en de manager […] in verband met de door het schip gevoerde koers voor en tijdens de beweerde calamiteit wordt, naar oordeel van het hof, niet weerlegd door appellanten.

De opinie van […] d.d. 14 februari 1994, de opinie van […] d.d. 23 oktober 2006 en/of het rapport opgesteld op 13 oktober 2006 door […] – deze beide laatste rapporten ca 13 jaar na het voorval opgesteld ! – zijn niet van aard om afbreuk te doen aan het eerder door kapitein I. vastgestelde en door andere objectieve bronnen bevestigde elementen, hierboven aangeduid.

Het rapport […] geeft trouwens blijk van enige scepsis […] in verband met de verklaring van kapitein […] aan de heer I. De verklaring van de bevelvoerder van het ms. C.C. was manifest waarheidsontrouw.

Het manifest voorliegen van de positie en koers van het schip op 18 en 19 juli 1993 karakteriseert het hof als bijzonder ernstig. Het gaat hier terzake niet om *'minor inconsistencies'* (*'kleinere incon-sistenties / elementen die een gebrek aan samenhang aangeven'*) zoals […] op eerder verhullende wijze aangeven, jaren na datum overigens […].

Evenmin en daarenboven wordt door appellanten niet weerlegd dat de gegevens in het logboek vervalst werden, minstens een onvolledig en waarheidsontrouw transcript opleverden van de *'rough'*(*'klad'*)-versie, die overigens pas jaren later zal opduiken. Het betreft hier gegevens die van essentieel belang kunnen worden genoemd aangaande de juiste toedracht van de als cruciaal bestempelde moeilijkheden aan boord van ms. C.C. op de beweerde cruciale momenten van het betwistbaar driften van het schip naar de rotsachtige kust van Kefalonia.

O. zal overigens in een faxschrijven van 2 oktober 1993 een en ander toegeven […].

Aan het door appellanten beweerd – maar niet bewezen – imminent strandingsgevaar ter hoogte van de kust van het Ionische eiland Kelafonia op zondag 18 juli, dan wel maandag 19 juli 1993 kan geen geloof worden gehecht.

Overigens blijkt uit de feiten dat O. op 18 en 19 juli 1993 reeds contacten had met de eigenaars van de sleepboot T., dat deze sleepboot vasthaakte aan het ms. C.C. op maandag 19 juli omstreeks 18h. en het management van het ms. C.C. voorafgaand de Lloyd's Open Form ondertekenden (17h.30 volgens […]), terwijl de vraag om instructie aan B. (N.) via makelaar […] eerst de leidende verzekeraar bereikte op 19 juli 1993 om 16h.20 (*supra* IV. 3).

Met geïntimeerden is het hof enigszins uit het lood geslagen over het feit dat terzake de positiebepaling van het ms. C.C. op het ogenblik van de beweerde (maar onvol-doende bewezen) imminente stranding en daaropvolgende *'redding'* door de sleper T. een positie werd opgegeven en aangehouden van […], zijnde een positie … in de Baltische zee (Kaft II,stuk 9 bundel geïntimeerden).

Deze foutieve positiebepaling wordt – merkwaardig – teruggevonden in :

- de opinie van […] d.d. 14 februari 1994 […]
- de chronologie en het relaas van kapitein […] d.d. 15 december 1995 […]
- de verklaring van kapitein Liberios, gezagvoerder van de sleper T. […]
- het logboek van de sleepboot T. […]
- de verklaring van de heer […], mede-aandeelhouder met […] en bestuurder van O. d.d. 1 februari 2007 […]

Ook kan terzake niet worden voorbijgegaan aan het feit dat het management van het ms. C.C. de leidende verzekeraar amper één uur voor de beweerde ondertekening zelf van de Lloyd's Open Form in kennis stelde van de voorgenomen *'redding'*, terwijl uit de feiten is gebleken dat O. ruim 24 h. voorafgaand het ondertekenen van de Lloyd's Open Form uitvoerige en intensieve contacten had met de bergingsfirma en de sleepfirma.

De sleepboot T. verliet midden in de nacht van 18 op 19 juli 1993 haar meerplaats Perama. Zij had alsdan een reis van ca. 14 uur voor de boeg alvorens ter plekke te kunnen / mogen aanhaken aan het ms. C.C. […].

Hoger werd vermeld dat een Lloyd's Open Form werd afgesloten tussen de eigenaars van het ms. C.C. en de bergingsfirma […]. Pas in februari 2007 werd door appellanten een stuk overgelegd ten bewijze van betaling van het reddings-loon. Het betreft een kopij van een cheque ter waarde van 350.000 US $ aan order van … de heer […] zelf […].

E.4 De stelling van appellanten dat mogelijk een verkeerde voorstelling van zaken, c.q. een opzettelijk misleidende voorstelling van zaken – in één woord fraude – niet kan worden aangerekend aan de appellanten / verzekeringsnemers dient te worden verworpen.

Niet alleen handelt de kapitein voor rekening van zijn principaal / de scheepseigenaar, hij is in alle (beschaafde) maritieme landen de wettelijke vertegenwoordiger van de scheepseigenaar.

Bovendien was bij de aangifte van de vordering de heer […], bestuurder en mede-aandeelhouder van de manager O., eerste appellante en *'assured'* onder de polis (*supra* IV.1) vanaf het eerste ogenblik betrokken. Tussen de kapitein / schip en het management was permanent kontakt, niet alleen tijdens het sinister maar ook nadien bij het indienen en verder afhandelen van de vordering onder de polis.

E.5 Besluit

Uit het geheel van de voorliggende stukken en elementen, in hun onderlinge samenhang genomen, mag worden geconcludeerd dat het besluit van de eerste rechter overeind blijft en door het hof wordt bijgetreden en onderschreven, met name dat appellanten een opzettelijke en uiterst misleidende voorstelling van zaken hebben gegeven die als substantieel kan worden aangemerkt, dit bij aangifte en ondersteuning van de vordering die zij beweerdelijk onder het verzekeringscontract wilden laten gelden.

Naar mening van het hof is op basis van het voorgaande, in onderlinge samenhang, afdoende naar recht bewezen dat appellanten hierbij willens en wetens én met bedrieglijk inzicht hebben gehandeld teneinde een financieel voordeel te bekomen van verzekeraars.

De thesis van frauduleuze claim blijft overeind en de eerste rechter wordt in zijn eindbeoordeling bijgetreden.

Fraude geeft aanleiding tot vernietiging van de polis met retroactieve werking waarbij de teruggave van de ontvangen premies door de verzekeraars hierbij een vrije beslissing van deze laatsten is geweest, waarvan het hof akte neemt (zie sectie 84.3.a Marine Insurance Act).

Fraude heeft ter zake incidentie op de vermeende aanspraken onder de polis zowel in gemene averij als in particuliere averij. Elke aanspraak, ook deze in verband met particuliere averij strandt op de vernietiging van de verzekeringsovereenkomst op grond van de bewezen fraude. Verder onderzoek naar mogelijke dekking in verband met de beweerde particuliere averij is ter zake onnodig. Een verder onderzoek naar de oorzaak van de particuliere averij en de betwisting inzake het rapport […], respectievelijk het rapport […] is niet (meer) aan de orde. Uiteraard is ook de uitbreiding van de vordering wegens beweerde lichtzinnige vernietiging van de polis, voorlopig begroot op 1,00 EUR provisioneel, ongegrond.

Kortom, de grieven van appellanten snijden geen hout. Het hoger beroep faalt, wat dit onderdeel betreft.

F. Met betrekking tot de tegenvordering

Geïntimeerden hebben terzake een tegenvordering ingesteld tot beloop van 61.090 US $, zijnde betalingen in gevolge de diensten verstrekt door:

[…]

Appellanten geven in conclusie aan dat zij gegriefd zijn door de toekenning van deze vordering door de eerste rechter, maar geven niet aan waarom.

De algemene grief is niet onderbouwd en in hun ca 110 pagina's tellend betoog in derde synthesconclusie worden er geen elementen aangebracht ter ondersteuning van deze grief.

Hoe dan ook hebben de verzekeraars teneinde de frauduleuze claim te kunnen ontzenuwen bijzondere inspanningen moeten leveren die zich vertaald hebben in een uitvoerige rapportage, grondige analyse van feiten en het bovenspitten van gegevens allerhande.

De door de verzekeraars uitbestede sommen ter ontzenuwing van de aanspraken van appellanten zijn onderdeel van de schade die zij leden ten gevolge van het indienen van de frauduleuze claim en geven aanleiding tot vergoeding van deze schade, waartegen geen eigenlijke grief werd aangevoerd.

De eerste rechter kan terzake worden bijgetreden in zijn oordeel. Het hoger beroep faalt eveneens, wat dit onderdeel betreft.

G. Met betrekking tot de rechtsplegingvergoeding hoger beroep

Geïntimeerden zijn de in het gelijk gestelde partijen. Zij hebben met succes de vorderingen gepareerd ingesteld ten aanzien van :
[…]

Zij vorderen de volgende basisbedragen volgens het K.B. van 26 oktober 2007, meer bepaald:
[…]

Deze bedragen per verzekeraar kunnen niet worden toegekend.

De rechtsplegingvergoeding op basis van de Wet Verhaalbaarheid Ereloon (WVE) is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Het feit dat er tien geïntimeerden zijn vloeit enkel voort uit het feit dat zij volgens een bepaald aandeel het risico onder dezelfde polis onderschreven hebben. Zij hebben zich ter zake als één procespartij gemanifesteerd en waren vertegenwoordigd door één advocaat. Hun belang in deze procedure is volkomen gelijklopend.

Zij kunnen aanspraak maken op het basisbedrag berekend op basis van de artikelen 557 tot 562 en 618 Ger.W. Het basisbedrag voor een vordering berekend tussen 500.000,01 EUR en 1.000.000,00 EUR bedraagt 10.000,00 EUR. Geïntimeerden vragen *'het basisbedrag'*.

Appellanten worden solidair veroordeeld om aan geïntimeerden een bedrag van 10.000,00 EUR te betalen ten titel van rechtsplegingvergoeding hoger beroep op grond van de Wet Verhaalbaarheid Ereloon (WVE).

OM DEZE REDENEN

HET HOF

Recht doende op tegenspraak binnen de perken van het hoger beroep, het incidenteel beroep en navolgend hoger beroep.

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken.

Verklaart het hoger beroep toelaatbaar en ongegrond, het incidenteel beroep toelaatbaar en ongegrond en het navolgend hoger beroep tegen het tussenvonnis van 20 juni 2000 toelaatbaar en ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis in al zijn beschikkingen, kosten van eerste aanleg, zoals begroot door de eerste rechter, incluis.

Verwijst appellanten in de kosten van het hoger beroep aan de zijde van de geïntimeerden vereffend op 10.000,00 EUR en veroordeelt appellanten solidair om dit bedrag te betalen aan geïntimeerden.

Aldus gedaan en uitgesproken in openbare terechtzitting van
zesentwintig mei tweeduizendacht,
waar aanwezig waren :

de Heer P. Renaers	Voorzitter
de Heer P. De Baets	Raadsheer
Mevrouw A. Peeters	Raadsheer
Mevrouw M. Van Ammelen	Griffier

Hof van beroep Gent, arrest van 20 april 2017

Erkenning – Afstamming – Draagmoederschap – Genetische wensvader met Nederlandse nationaliteit – Belgische wensvader – Geboorteakte Californië – Kwalificatie – Erkenning rechterlijke beslissing – Artikel 24 WIPR – Artikel 25 WIPR – Geen wetsontduiking – Geen schending openbare orde – Belang van het kind – Artikel 8 EVRM

Reconnaissance – Filiation – Mère porteuse – Père génétique ressortissant néerlandais – Père commanditaire de nationalité belge – Acte de naissance dressé en Californie – Qualification – Reconnaissance d'une décision judiciaire – Article 24 CODIP – Article 25 CODIP – Pas de fraude à la loi – Pas de violation de l'ordre public – Intérêt de l'enfant – Article 8 CEDH

In de zaak van:

A.,
wonende te Zwitserland, […],
eerste appellant,

hebbende als raadslieden mr. Grouwels Gregory, advocaat te 3500 Hasselt, Gouverneur Roppesingel 131 en mr. Eggermont Sven, advocaat te 2000 Antwerpen, Amerikalei 122 bus 14

en

K.,
wonende te Zwitserland, […],
tweede appellant,

hebbende als raadslieden mr. Grouwels Gregory, advocaat te 3500 Hasselt, Gouverneur Roppesingel 131 en mr. Eggermont Sven, advocaat te 2000 Antwerpen, Amerikalei 122 bus 14

wijst het hof het volgend arrest:

I. <u>De rechtspleging voor het hof</u>

1. Bij verzoekschrift van 24 oktober 2014, dat werd neergelegd ter griffie van het hof op dezelfde datum […], hebben de appellanten hoger beroep ingesteld tegen de beschikking die op éénzijdig verzoekschrift op 15 september 2014 werd gewezen door de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, sectie burgerlijke rechtbank, afdeling Brugge, eerste kamer.

[…]

2. De zaak werd vervolgens, telkens in toepassing van art. 1028 Ger.W., voor dit hof en deze familiekamer behandeld in raadkamer op de volgende terechtzittingen:

- 25 juni 2015: de zaak bleek niet in staat van wijzen wegens de op het proces-verbaal van die terechtzitting vermelde ontbrekende stukken; in die omstandigheden werd de zaak in voor[t]zetting gesteld op 1 oktober 2015;
- 1 oktober 2015: het openbaar ministerie formuleerde een aantal verzoeken, waarvan akte werd genomen op het proces-verbaal van die terechtzitting; de zaak werd op verzoek van de appellanten in voortzetting gesteld op 10 december 2015;
- 10 december 2015: de zaak werd gepleit en, na sluiting van de debatten, voor advies van het openbaar ministerie vastgesteld op 18 februari 2016;
- 18 februari 2016: op verzoek van het openbaar ministerie werd de zaak in dezelfde staat uitgesteld op 7 april 2016;
- 7 april 2016: op verzoek van het openbaar ministerie werd de zaak in dezelfde staat uitgesteld op 9 juni 2016;
- 9 juni 2016: ingaande op het verzoek van de appellanten tot de heropening van de debatten - gelet op een aantal vragen van het openbaar ministerie, waarop zij nog wensten te antwoorden, en om eventueel nog bijkomende stukken over te leggen - werden de debatten heropend en werd de zaak in voortzetting gesteld op 16 juni 2016;
- 16 juni 2016: de zaak werd gepleit met overlegging van stukken en, na sluiting van de debatten, werd de zaak voor neerlegging van een schriftelijk advies van het openbaar ministerie, vastgesteld op 8 september 2016;
- 8 september 2016: het schriftelijk advies van het openbaar ministerie […] met stukken werd neergelegd op die terechtzitting en ook mondeling toegelicht; de appellanten werden in de gelegenheid gesteld een schriftelijke repliek neer te leggen;
- 27 oktober 2016: de raadsman van de appellanten legde een syntheseconclusie […] neer, waarin de repliek op het advies van het openbaar ministerie is opgenomen op […].

3. De appellanten werden ter terechtzitting van 16 juni 2016 gehoord bij monde van hun raadsman.

Op de terechtzitting van 8 september 2016 legde Eerste advocaat-generaal Louis Vandenberghe een schriftelijk advies neer, samen met een stuk […] en hij lichtte het advies mondeling toe. De appellanten werden in de gelegenheid gesteld een schriftelijke repliek neer te leggen.

De raadsman van de appellanten legde op de terechtzitting van 27 oktober 2016 een syntheseconclusie neer, waarin de repliek op het advies van het openbaar ministerie is opgenomen van […]. Hij lichtte deze ook mondeling toe.

4. De dossiers van de rechtspleging en de overgelegde stukken - voor zover overgelegd - werden ingezien.

Het hof stelt vast dat het in eerste aanleg geïnventariseerd stuk 4 ("Brief Procureur des Konings 25 september 2014; cf. proces-verbaal van de terechtzitting van 25 juni 2015) zich finaal niet in het dossier van de rechtspleging bevindt. Het hof kan er geen acht op slaan.

De appellanten legden volgende conclusies neer voor het hof:

- de conclusie van 24 november 2014, neergelegd ter griffie op 25 november 2015, […];
- de syntheseconclusie van 16 juni 2016, neergelegd ter terechtzitting van dezelfde datum […];
- de syntheseconclusie van 27 oktober 2016, neergelegd ter terechtzitting van dezelfde datum […], waarin de schriftelijke repliek is vervat.

De appellanten legden reeds ter terechtzitting van 10 december 2015 een dossier neer […]. Op de terechtzitting van 16 juni 2016 legden de appellanten aanvullende stukken neer […].

Het openbaar ministerie legde ter terechtzitting van 8 september 2016 zijn schriftelijk advies […], met de erbij gevoegde stukken […] neer.

Dit schriftelijk advies sterkt ertoe *"Het verzoek tot erkenning en uitvoerbaarheid van de gerechtelijke beslissing - hetzij de geboorteakte - af te wijzen"*.

II. Relevante feiten, procedurevoorgaanden en vorderingen

5. De appellanten huwden te Knokke-Heist op […] 2010.

De heer A., geboren te Heerlen (Nederland) op […] 1967 (ook eerste appellant genoemd), heeft de Nederlandse nationaliteit. De heer K., geboren te Hasselt op […] 1984 (ook tweede appellant genoemd), heeft de Belgische nationaliteit.

Beide appellanten woonden op 27 augustus 2014, datum van neerlegging van het gedinginleidend verzoekschrift, te […] Knokke-Heist, […]. Zij zijn daar inmiddels geschrapt uit het bevolkingsregister.

Deze gegevens vinden allen steun in de stukken gevoegd bij het schriftelijk advies van het openbaar ministerie van 8 september 2016.

Vanaf 24 februari 2016 wonen de appellanten blijkbaar in Zwitserland op het door hen opgegeven adres.

6. De appellanten (wensouders) hebben een draagmoederschapsovereenkomst […] gesloten met mevrouw G. (de draagmoeder; G. genoemd in de hierna vermelde uitspraak van het Hooggerechtshof van Californië, district Sacramento), en de heer O. (haar echtgenoot) […]).
De appellanten leggen het (enkel) door henzelf te Knokke op […] 2013 ondertekend exemplaar van de draagmoederschapsovereenkomst neer. De erkenning door notaris Philippe Strypsteen met standplaats te Knokke-Heist van o.a. de identiteit, de verschijning en ondertekening van desbetreffende overeenkomst door beide appellanten blijkt uit p. […] ervan. Desbetreffende notaris heeft mee ondertekend en zijn stempel bevindt zich onderaan de erkenning.

De appellanten verduidelijken dat de overeenkomst in Californië tot stand kwam na besprekingen via een bemiddelingsbureau aldaar, dat het contract heeft opgesteld hetwelk de appellanten in hun woonplaats te Knokke hebben ondertekend […].

Via in-vitrofertilisatie werden, in uitvoering van deze overeenkomst, embryo's gecreëerd door samenvoeging van (anonieme) donoreicellen en van zaadcellen van de eerste appellant, waarna de embryo's werden ingebracht bij voormelde draagmoeder.

De appellanten leggen een verslag van een DNA-onderzoek van […] 2015, uitgevoerd door prof. Luc Michiels (Universiteit Hasselt-Biomedisch Onderzoeksinstituut; deze arts treedt volgens de hoofding van het verslag ook als gerechtelijk deskundige op) voor […]. Op grond van het DNA-profiel dat werd bekomen van het wangslijmvliesstaal van de eerste appellant en van het wangslijmvliesstaal van ieder van de kinderen werd de paterniteitsindex berekend.

Voor het kind M. blijkt daaruit dat het $1{,}73 \times 10^6$ maal meer waarschijnlijk is dat het DNA profiel van het voormeld kind wordt waargenomen indien de eerste appellant de vader is van het kind, dan indien een willekeurige niet verwante persoon uit de Belgische populatie de vader zou zijn.

Voor het kind C. blijkt daaruit dat het 2,87 x 10^6 maal meer waarschijnlijk is dat het DNA profiel van het voormeld kind wordt waargenomen indien de eerste appellant de vader is van het kind, dan indien een willekeurige niet verwante persoon uit de Belgische populatie de vader zou zijn.

7. Voorafgaand aan de geboorte van de kinderen hebben de appellanten, samen met de draagmoederschapsovereenkomst, een verzoek voorgelegd aan het Hooggerechtshof van Californië, district Sacramento (Verenigde Staten), om een ouder-kindrelatie te laten vaststellen. In deze procedure werden de draagmoeder en haar echtgenoot betrokken […].

Voormeld Hooggerechtshof oordeelde o.a. over de afstamming bij arrest van 20 mei 2014 in die zin dat beide appellanten de ouders zijn van de beide, op dat moment, ongeboren kinderen ([…] *"grosse"* van het arrest van het Hooggerechtshof van Sacramento, California, Verenigde Staten en […] beëdigde vertaling van het arrest van het Hooggerechtshof van Sacramento, Californië, Verenigde Staten van 20 mei 2014).

Dit Hooggerechtshof heeft - na een aantal vaststellingen - meer in het bijzonder bevolen, geoordeeld en beslist dat:

- het in het beste belang van de ongeboren kinderen is om de beide appellanten, individueel en gezamenlijk, natuurlijke, biologische en wettelijke ouders van deze kinderen te verklaren en hen onmiddellijk *"de voogdij"* (de beëdigde verklaring van *"custody"*) toe te kennen […];
- aan de appellanten, onmiddellijk vanaf de geboorte van de kinderen Aarts-Kenis, *"de fysieke, en wettelijke voogdij"*, individueel en gezamenlijk (de beëdigde vertaling van *"physical and legal custody"*) wordt toegekend […];
- aan de appellanten individueel en gezamenlijk *"alle bevoegdheden, alle rechten en al het gezag"* (de beëdigde vertaling van *"all powers, rights and authority"*) worden toegekend betreffende alle beslissingen met betrekking tot de kinderen in de in de beslissing nader omschreven betekenis […];
- de appellanten worden gemachtigd om de geboorteakten van de kinderen te ondertekenen […];
- de geboorteakten voor de vermelde kinderen dienen te worden opgesteld volgens de richtlijnen van het arrest […].

8. Op […] 2014 werd een tweeling geboren in Sacramento (Verenigde Staten), met name […]:

- C.;
- M.

In beide geboorteakten werden - blijkbaar overeenkomstig en in uitvoering van de tussengekomen rechterlijke beslissing van het Hooggerechtshof van Sacramento […] - inderdaad de appellanten vermeld als ouders en de kinderen kregen de familienamen van beide appellanten […].

Zoals beslist door het Hooggerechtshof van Sacramento werd op beide geboorteakten :

- in het vakje dat voorzien is voor vader /ouder (overeenkomstig de beëdigde vertaling van *"Father/parent"*) de naam, geboorteplaats en - datum van de eerste appellant vermeld;
- in het vakje dat voorzien is voor moeder/ouder (overeenkomstig de beëdigde vertaling van *"Mother/parent"*) de naam, geboorteplaats en - datum van de tweede appellant vermeld.

Het hof merkt op dat in het arrest van het Hooggerechtshof van Sacramento ook sprake is van *vertrouwelijke* (dus thans voor dit hof niet overgelegde) informatie van de geboortecertificaten […].

9. De appellanten houden voor met beide kinderen naar België te zijn terug gekeerd op […] 2014. Zij zouden vervolgens aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van hun toenmalige woonplaats, Knokke-Heist, gevraagd hebben om de afstamming van de kinderen te laten inschrijven overeenkomstig de tussengekomen rechterlijke beslissing van het Hooggerechtshof van Sacramento en de navolgende geboorteakten. De ambtenaar van de burgerlijke stand zou de erkenning hebben geweigerd […].

De appellanten lichten ook toe dat zij de verblijfssituatie (vergeefs) hebben proberen te regelen door een verzoek tot regularisatie om humanitaire redenen van […] 2015, neergelegd conform art. 9*bis* Vreemdelingenwet […].
Desbetreffend liggen in het dossier geen stavingsstukken voor.

10. De appellanten legden alleszins op 27 augustus 2014 een éénzijdig verzoekschrift overeenkomstig art. 22 e.v. WIPR neer ter griffie en vorderden dat de rechterlijke beslissing van het Hooggerechtshof van Sacramento, Californië (Verenigde Staten) van 20 mei 2014 erkend zou worden en uitvoerbaar zou worden verklaard, met een beslissing over de kosten als naar recht.

In de bestreden beschikking van 15 september 2014 werd geoordeeld als volgt (citaat):

"(…)

Wijzen het verzoek af als ongegrond.

Leggen de kosten ten laste van verzoekende partijen welke kosten niet verder worden begroot

(…)".

Het openbaar ministerie in eerste aanleg had nochtans op 28 augustus 2014 schriftelijk geadviseerd geen bezwaar te hebben tegen het gevorderde […].

11. De appellanten vorderen voor het hof in hun syntheseconclusie (citaat):

"(…)

Het hoger beroep van appellanten toelaatbaar en gegrond te verklaren, dienvolgens

omwille van de grieven in het verzoekschrift en in deze besluiten aangehaald, de bestreden beslissing te hervormen in al haar onderdelen en opnieuw recht doende

de gerechtelijke beslissing van het Hooggerechtshof van Sacramento, Californië, Verenigde Staten van 20 mei 2014 waarin de afstammingsband werd vastgesteld resp. waarin werd geoordeeld op welke wijze de geboorteaktes moeten worden opgesteld tussen appellanten en de minderjarigen C. en M., geboren op […] 2014 te erkennen en uitvoerbaar te verklaren.

Alleszins, alvorens een beslissing te nemen, appellanten en hun raadslieden op te roepen in raadkamer opdat zij kunnen reageren op het advies van het Openbaar Ministerie.

Kosten als naar recht

(…)".

III. Beoordeling

A. De ontvankelijkheid van het hoger beroep

12. Op 25 september 2014 werd kennis gegeven van het niet ondertekend afschrift van de bestreden beschikking aan de appellanten en hun raadsman.

Het verzoekschrift hoger beroep werd neergelegd ter griffie van het hof op 24 oktober 2014.

Het hoger beroep is tijdig ingesteld en regelmatig naar de vorm overeenkomstig art. 1031 Ger.W.

B. De bevoegdheid van de rechtbank, c.q. het hof

13. De appellanten hebben - blijkbaar in toepassing van de artikelen 22-25 WIPR - de vordering tot erkenning van de buitenlandse rechterlijke beslissing op éénzijdig verzoekschrift aanhangig gemaakt bij de territoriaal bevoegde rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge.

Nu de appellanten om de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing verzoeken die de staat van personen raakt, behoort het de familierechtbank, c.q. de familiekamer van het hof toe om daarover te oordelen (zie artikel 572*bis*, 1° Ger.W.).

De Nederlandse nationaliteit van de eerste appellant is niet dienend voor de beoordeling van de bevoegdheid van de Belgische rechter.

C. De gegrondheid van het hoger beroep

1. De toelaatbaarheid en ontvankelijkheid van de initiële vordering van de appellanten

14. Het openbaar ministerie laat in zijn schriftelijk advies gelden dat de eerste appellant, nu hij samen met de tweede appellant en ongetwijfeld beide kinderen sedert 24 februari 2016 in Zwitserland woont, geen actueel rechtmatig belang meer heeft.

Het openbaar ministerie argumenteert dat een mogelijke rechterlijke beslissing in zijnen hoofde hoogstens een louter declaratief karakter kan hebben en ten aanzien van enige overheid geen rechtsgevolgen meer kan genereren op het vlak van verblijf of eventuele andere daaraan verbonden rechten.

15. Artikel 17 Ger.W. bepaalt dat de rechtsvordering niet kan worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen. Artikel 18, eerste lid Ger.W. bepaalt dat het belang een reeds verkregen en dadelijk belang moet zijn. Krachtens artikel 18, tweede lid Ger.W. kan de rechtsvordering worden toegelaten indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om de schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.

Het uitgangspunt is dat de aanwezigheid van het belang moet worden beoordeeld op het ogenblik van het inleiden van de vordering en de aanwezigheid van een dergelijk belang is te dezen niet in vraag. Het belang moet gedurende het gehele geding blijven bestaan. Valt het belang tijdens het geding weg, dan moet de rechter vaststellen dat de vordering zonder voorwerp is.

Het hof volgt de redengeving van het openbaar ministerie, als zou het belang zijn weggevallen door de verhuizing naar het buitenland, niet. Het voorwerp van de vordering of hetgeen waartoe de vordering strekt is immers onveranderd: de erkenning en uitvoerbaarverklaring van de buitenlandse rechterlijke beslissing inzake, meer in het bijzonder, de afstamming van de kinderen. Dergelijke erkenning kan wel

degelijk rechtsgevolgen teweegbrengen voor de appellanten, die zelfs ruimer kunnen zijn dan louter op het vlak van het verblijf van de kinderen of van eventuele andere daaraan verbonden rechten.

De appellanten lichten ten overvloede concreet toe dat hun verhuizing naar Zwitserland te beschouwen is als een tijdelijk professioneel project (weliswaar zonder stavingstukken in dat verband) en dat zij nauwe banden blijven onderhouden met België, dus met de Belgische rechtsorde. De tweede appellant heeft inderdaad de Belgische nationaliteit. De eerste appellant heeft de Nederlandse nationaliteit, maar geeft aan in België te hebben gewoond (tot de verhuizing naar Zwitserland). Uit de bij het schriftelijk advies van het openbaar ministerie gevoegde stukken blijkt een domiciliering van de eerste appellant in België vanaf 3 mei 1984.

Het door art. 22, § 2 WIPR vereist procesrechtelijk persoonlijk en eigen belang is in hoofde van de appellanten wel degelijk aanwezig.

In artikel 23 WIPR, waarin de erkenningsprocedure van buitenlandse rechterlijke beslissingen wordt geregeld (cf. infra II. 2.2.), wordt op geen enkele manier aangeknoopt bij de nationaliteit zodat de Nederlandse nationaliteit van de eerste appellant bij de beoordeling van zijn belang irrelevant is.

De initiële vordering van de appellanten is wel degelijk toelaatbaar en ontvankelijk.

2. De gegrondheid van de initiële vordering van de appellanten

2.1. Vooraf: de motieven van de bestreden beschikking, de beroepsgrieven van de appellanten en het schriftelijk advies van het openbaar ministerie

16. De bestreden beschikking besloot tot de ongegrondheid van de vordering op grond van volgende overweging (citaat):

"(…)

Los van de discussie omtrent de waarde en de gevolgen van overeenkomsten van draagmoederschap (waaromtrent in België nog geen wetgeving is) dient te worden vastgesteld dat de voorliggende beslissing niet kan worden erkend wegens strijd met de openbare orde.

De regels van afstamming en adoptie die in de Belgische wetgeving zijn vastgelegd worden door de voormelde rechterlijke beslissing immers ontweken.

Dit is in strijd met de openbare orde zodat het verzoek op grond van artikel 25 van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht moet worden afgewezen.

(...)".

17. De beroepsgrieven hebben samengevat betrekking op het feit dat:

- noch de voorwaarden van artikel 25, § 1,1° WIPR, noch de voorwaarden van artikel 25, § 1, 3° WIPR zijn vervuld;
- in de bestreden beslissing geen rekening werd gehouden met de belangen van de kinderen; er kennelijk sprake is van een schending van het recht van alle betrokkenen op de eerbiediging van hun privé-, gezins- en familieleven.

18. Het schriftelijk advies van het openbaar ministerie in deze aanleg wordt (niet limitatief) hierna, wat de gegrondheid van de vordering betreft, samengevat tot de krachtlijnen ervan:

- de frauduleuze intentie van de appellanten;
- er is sprake van een commercieel draagmoederschap;
- er bestaat in Californië geen eensgezindheid over de mogelijkheid tot homoseksueel ouderschap;
- de wetsontduiking door de appellanten staat vast;
- er is ook schending van de internationale openbare orde;
- er dient rekening gehouden te worden met de gevolgen van de Nederlandse nationaliteit van de eerste appellant;
- de belangen van de kinderen zijn bij niet-erkenning van de buitenlandse rechterlijke beslissing niet geschonden;
- de kinderen kunnen, in geval van erkenning van de buitenlandse rechterlijke beslissing, evenmin de Belgische nationaliteit verkrijgen.

2.2. De wettelijke voorwaarden tot erkenning van de buitenlandse rechterlijke beslissing

19. De gevorderde erkenning in België wordt beheerst door de nationale wetgeving - meer bepaald het WIPR -, bij gebreke van multilaterale of supranationale instrumenten in deze materie.

De appellanten hebben in onderhavige procedure expliciet gekozen voor een vraag tot erkenning en uitvoerbaarverklaring van een zogenaamd Californisch *"judgement of parentage"* hetzij een rechterlijke beslissing waarin, voorafgaand aan de geboorte, in het voorliggend geval meer in het bijzonder het juridisch ouderschap van de wensouders (twee mannen) werd vastgesteld. De appellanten hebben niet geopteerd voor een vraag tot erkenning van de Californische geboorteakten als dusdanig.

In zijn schriftelijk advies laat het openbaar ministerie gelden dat de partijen de *"voor de hand liggende weg met name een verzoek tot erkenning en uitvoerbaarverklaring van de geboorteaktes"* niet hebben genomen *"daar de conformiteit met de vereisten van de Wetboek van Internationaal privaatrecht (nog?) moeilijker lag"*.

20. Het toepasselijk erkenningsregime mag niet afhangen van de wil van de partijen (L. Deschuyteneer, "De beoordeling van een draagmoederschapsovereenkomst uit Florida: alle wegen leiden naar erkenning" (noot onder Famrb. Brussel (NI.) 15 februari 2016), *Tijdschrift@ipr.be* 2016, nr. 2, 107, in het bijzonder voetnoot 14).

Voor de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing zijn de artikelen 22-25 WIPR van toepassing. Voor de erkenning van buitenlandse authentieke akten is art. 27 WIPR de rechtsgrond. De controle op rechterlijke beslissingen is fundamenteel anders dan deze op authentieke akten.

Daarom onderzoekt het hof vooraf of het door de appellanten gekozen erkenningsregime wel het juiste is.

21. Het internationaal privaatrechtelijk erkenningsregime van een buitenlandse rechterlijke beslissing is terzake wel degelijk van toepassing. De te erkennen buitenlandse (Californische) rechterlijke beslissing creëert - zoals blijkt uit wat hoger onder II. randnummer 7 is weergegeven - in onderhavige zaak immers daadwerkelijk een afstammingsband en legt de redactie op van de (Californische) geboorteakten, waardoor de opmaak ervan nog slechts een formaliteit is (zie en vgl. L. Pluym, *Draagmoederschap*, in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier, Brussel, Group Larcier NV, 2014, p. 115 e.v. nrs 226-227 en nrs. 229-233; P. Wautelet, "Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière" (noot onder Luik 6 september 2010), JLMB 2011, p. 58).

22. Krachtens artikel 22, §1, vierde lid WIPR dient voor de gronden tot weigering van de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing rekening te worden gehouden met artikel 25 WIPR.

2.3. De over te leggen stukken met het oog op de erkenning of uitvoerbaarheid van de buitenlandse rechterlijke beslissing

23. Artikel 24, § 1, 1° WIPR bepaalt dat de partij, die een beroep doet op de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing, een uitgifte van de beslissing volgens het recht van de Staat waar zij is gewezen en die voldoet aan de voorwaarden nodig voor de echtheid ervan, dient over te leggen.

De appellanten leggen een eensluidend verklaard afschrift (vrije vertaling van *"correct copy of the original"*: […]) over van arrest van het Hooggerechtshof van Sacramento van 20 mei 2014, met apostille en met beëdigde vertaling in het Nederlands […]. De raadslieden van, enerzijds, de appellanten als wensouders en van, anderzijds, de draagmoeder en haar echtgenoot bevestigden dit afschrift wat betreft de vorm en de inhoud.

24. Art. 24, § 1, 3° WIPR bepaalt dat 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 is gebracht, dient te worden overgelegd.

Uit p. […] van het arrest van het Hooggerechtshof blijkt dat alle partijen (de draagmoeder, haar echtgenoot en beide appellanten) instemden met de uitspraak en met de inwerkingtreding van de erin geschetste gevolgen wat betreft de afstamming […].

Ook wordt een origineel van de Californische geboorteakten overgelegd met apostille, zoals in uitvoering van het arrest opgesteld op 25 juni 2014 door de bevoegde diensten van Sacramento […].

Het hof is daardoor ook voldoende voorgelicht over de uitvoerbaarheid van de beslissing en de kennisgeving ervan.

2.4. Het onderzoek in concreto van de weigeringsgronden tot erkenning van de buitenlgndse rechterlijke beslissing

25. Art. 25 WIPR somt inhoudelijk en procedureel limitatief de gevallen op waarin een buitenlandse rechterlijke beslissing niet mag worden erkend.

Het hof stelt - vooraf en volledigheidshalve - vast dat de volgende weigeringsgronden van art. 25 WIPR om de buitenlandse rechterlijke beslissing te erkennen of uitvoerbaar te verklaren in onderhavige zaak niet van toepassing zijn:

- *art. 25, § 1, 2° WIPR*: er is geen schending van de rechten van verdediging in de beslissing van het Hooggerechtshof van Sacramento van 20 mei 2014 (cf. supra randnummer 7);
- *art. 25, § 1, 4° WIPR*: de berusting in het arrest van het Hooggerechtshof van Sacramento van 20 mei 2014 is aanvaardbaar; er was bovendien uitvoering (cf. supra randnummer 8);
- *art. 25, § 1, 5° WIPR*: er is klaarblijkelijk geen onverenigbaarheid met een in België gewezen beslissing of met een voorheen in het buitenland gewezen beslissing die in België kan worden erkend;
- *art. 25, § 1, 6° WIPR*: er is klaarblijkelijk geen aanhangigheid met een vordering in België tussen de zelfde partijen en met hetzelfde onderwerp;
- *art. 25, § 1, 7° WIPR:* de Belgische rechter was niet exclusief (materieel) bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen voorgelegd aan het Hooggerechtshof van Sacramento;

- *art. 25, § 1, 8 ° WIPR*: de bevoegdheid (territoriaal) van het Hooggerechtshof van Sacramento heeft rechtstreeks verband met het geschil;
- *art. 25, §1, 9° WIPR*: deze weigeringsgrond heeft betrekking op zaken die in deze niet aan de orde zijn.

Rest wel het onderzoek naar de weigeringsgronden van artikel 25, § 1, 1° en 3° WIPR, die luiden als volgt:

"(...)

Een buitenlandse rechterlijke beslissing wordt niet erkend of uitvoerbaar verklaard indien:

1° het gevolg van de erkenning of van de uitvoerbaarverklaring 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;
(…);
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 (…)".

Het hof onderzoekt deze weigeringsgronden hierna onder de afzonderlijke hoofdingen 2.5 (wetsontduiking) en 2.6. (internationaal privaatrechtelijke orde).

26. Het hof beklemtoont nog dat *de controle ten gronde* van de buitenlandse rechterlijke beslissing krachtens art. 28, § 2 WIPR *uit den boze* is.

De controle van het geschil zelf, of de herziening ten gronde of de controle van het toegepaste recht zijn uitgesloten. De conflictrechtelijke controle geldt enkel voor de erkenning van buitenlandse authentieke akten, waarbij de beoordeling van de rechtsgeldigheid gebeurt aan de hand van het in het WIPR aangewezen recht (J. Verhellen, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken: wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, 210-211). De conflictrechtelijke toets aan de hand van de artikelen 62-64 WIPR is hier niet aan de orde. De Nederlandse nationaliteit van de eerste appellant is dan ook niet relevant voor de beoordeling van de voorwaarden voor de uitwerking in België van de buitenlandse rechterlijke beslissing.

Het arrest van het Hoogegerechtshof van Sacramento verwijst op p. […] naar de bepalingen van de *"Uniform Parentage Act (Family Code, §§ 7600, et seq.)"*, hetzij het in Californië toepasselijk familiewetboek, evenals naar bepaalde rechtspraak. De appellanten leggen - in het bijzonder onder stuk […] (naast, ten overvloede, hun stukken […], waaronder ook rechtspraak en rechtsleer) relevante wetgeving naar Californisch recht voor en uit niets blijkt dat door het Hooggerechtshof niet dienovereenkomstig zou zijn geoordeeld.

De buitenlandse rechter heeft zich gebogen over het probleem en (zoals expliciet blijkt uit de overwegingen van de rechterlijke beslissing) gewaakt over de belangen van de betrokken kinderen (zie hoger onder II. randnummer 7.). Resultaat van de beslissing van het Hooggerechtshof is o.a. dat gelijkslachtige echtgenoten als oorspronkelijke ouders van de kinderen in de Californische geboorteakten werden opgenomen.

2.5. Het al dan niet bewijs van de wetsontduiking

27. Wetsontduiking in de zin van *artikel 25, §1, 3" WIPR* is voorhanden als de buitenlandse beslissing "alleen" is verkregen om te ontsnappen aan de toepassing van het door het WIPR aangewezen recht, in een aangelegenheid waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken.

De appellanten deden bewust beroep op een draagmoeder in Californië (Verenigde Staten). Door de toepassing van het aldaar geldend vreemd recht werd de afstamming (met de eraan gekoppelde rechtsgevolgen) van de uit het draagmoederschap geboren kinderen ten overstaan van de beide echtgenoten als homo-ouderpaar een realiteit. Een identieke afstammingsconstructie was zonder enige twijfel niet mogelijk geweest in België. Het oorspronkelijke afstammingsrecht heeft wat betreft het vaderschap een enkelvoudig karakter. Een adoptieprocedure zou nodig geweest zijn om beide mannen juridische ouder te maken.

De appellanten erkennen dit zelf waar zij stellen dat zij een rechterlijke beslissing hebben gekregen die zij in België niet hadden kunnen krijgen […].

28. In de concrete omstandigheden eigen aan de zaak staat evenwel *niet* vast dat de verschillen tussen het in deze toepasselijk recht en het buitenlands recht de *"enige" beweegredenen* waren van de appellanten (vgl. in dezelfde zin: Rb. Luik, 15 maart 2013, *RTDF*, 2013, (714), 720; Rb. Antwerpen 19 december 2008, *Tijdschrift@ipr.be*, 2010, nr. 4, 143-144; Famrb. Brussel (NI) 15 februari 2016, *Tijdschrift@ipr.be*, 2016/2, 66).

Het hoofddoel van appellanten was hun uitdrukkelijke kinderwens in vervulling te zien gaan, waarbij één van hen de biologische vader zou zijn. Het ontstaan van de wettelijke afstamming naar vreemd recht was niet hun hoofddoel, maar wel veeleer het *de facto* socio- affectief en voor de eerste appellant ook het genetisch ouderschap van kinderen.

29. De goede trouw van de appellanten, die voor het hof in persoon zijn verschenen en werden gehoord - beiden ter terechtzittingen van 25 juni 2015 en van 1 oktober 2015 en de tweede appellant opnieuw ter terechtzitting van 10 december 2015 - is voor het hof aannemelijk. De appellanten houden voor, na zich daarover te hebben geïnformeerd, de keuze te hebben gemaakt voor een strikte wettelijke reglementering om *"alles veilig, gecontroleerd en volstrekt legaal te laten verlopen"* […].
De appellanten zijn overigens diligent opgetreden in onderhavige procedure en hebben transparant meegewerkt aan de bewijslevering.

2.6. De al dan niet strijdigheid met de internationale privaatrechtelijke openbare orde

30. Het Hof van Cassatie stelt vast dat een wet van (interne) openbare orde is als deze de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt of als deze in het privaatrecht de juridische grondslagen bepaalt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust (zie Cass. 29 april 2011, C.10.0183.N, *www.juridat.be* en recent Cass. 13 december 2016, P.16.0421.N, *www.juridat.be*).

De internationaal privaatrechtelijke openbare orde, waarnaar verwezen wordt in *artikel 25, § 1, 1° WIPR*, is tegelijk *een evolutief en een enger begrip dan de interne openbare orde*. Het is evolutief omdat de internationaal privaatrechtelijke openbare orde *"niet zozeer een positieve rechtsinstelling [is]; zij moet eerder als een pragmatisch verweermiddel tegen ongewenste rechtsgevolgen beschouwd worden. Zij verandert bijgevolg naar gelang van plaats en tijd."* (H. Van Houtte, "De 'openbare orde' als beletsel voor de erkenning of tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen", *RW* 1973-74, p. 738-761, nr. 7).

Een wet raakt slechts de internationaal privaatrechtelijke openbare orde indien de wetgever, door de bepalingen van die wet, een beginsel heeft willen vastleggen dat hij als wezenlijk voor de in België gevestigde morele, politieke of economische orde beschouwt en dat, op die grond, noodzakelijkerwijs de toepassing in België moet worden uitgesloten van elke vreemde rechtsregel die hiermee strijdig is of hiervan afwijkt, zelfs indien deze volgens de gewone regels van de wetsconflicten van toepassing is (Cass. 18 juni 2007, C.04.0430.F, *www.juridat.be*).

Het hof beschikt over een *marginale toetsing* nu het een buitenlandse rechterlijke beslissing enkel kan weigeren te erkennen wanneer deze beslissing *kennelijk strijdig* is met de *internationaal privaatrechtelijke openbare orde*. De eventuele schending van de internationaal privaatrechtelijke openbare orde is te beoordelen op het moment van de erkenning.

31. Het gebrek aan een Belgisch wettelijk kader heeft tot gevolg dat, zolang er geen uitdrukkelijk burgerrechtelijk of strafrechtelijk verbod is, de praktijk van het draagmoederschap als fenomeen in België niet verboden is. Het altruïstisch draagmoederschap, waarbij er - in tegenstelling tot het commercieel draagmoederschap - geen sprake is van enig winstbejag is niet strijdig met de openbare orde.

Anders is het gesteld met de draagmoederschapsovereenkomst zelf, die als absoluut nietig wordt beschouwd (L. Pluym, *Draagmoederschap*, in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier, Brussel, Group Larcier NV, 2014, p. 25,127-128).

32. Het arrest van het Hooggerechtshof van Sacramento van 20 mei 2014 verwijst op p. […] naar de onderliggende draagmoederschapsovereenkomst […], zoals deze tijdens de pleidooien aldaar besproken werd. De Californische rechter nam de voorafgaande afspraken inzake het draagmoederschap duidelijk in overweging […]. Hij oordeelde dat de draagmoederschapsovereenkomst voldeed aan de vereisten van de "Family Code" (Familiewetboek) § 7962 (a), (b) en (c).

Het openbaar ministerie laat gelden dat er ter zake sprake zou zijn van een commercieel draagmoederschap.

Dit hof kan enkel vaststellen dat de voorliggende draagmoederschapsovereenkomst naar Californisch recht aldaar niet verdoken tot stand kwam, maar met tussenkomst van een in de overeenkomst vermeld agentschap "FM" […] en onder rechterlijke controle ook wat betreft de rechten van de draagmoeder (van Amerikaanse nationaliteit). Er zijn blijkbaar regelingen voorzien over hoeveel er moet betaald worden en waarvoor, zonder dat het voor dit hof duidelijk is of de vergoeding de kosten overstijgt.
Onder Artikel XXVI *"Nature of relationship"* (vrije vertaling door het hof: aard van de relatie) is er in de draagmoederschapsovereenkomst sprake van een *"benevolent/altruistic intent"* (vrije vertaling door het hof: een welwillende en altruïstische intentie) vanwege de draagmoeder en haar echtgenoot met het verlangen om de wensouders te helpen om een eigen kind te hebben […].

Of de voorliggende stukken dit hof toelaten om - in acht genomen de verschillen in rechtscultuur tussen Californië (Verenigde Staten) en België en de concrete omstandigheden eigen aan de zaak - met absolute zekerheid te besluiten tot een commercieel draagmoederschap is zeer de vraag - en is, in het licht van de verdere redengeving en beoordeling door dit hof vanaf randnummer 33 e.v., hoe dan ook niet doorslaggevend.

33. Het voorwerp van de internationaal privaatrechtelijke toets is beperkt. De in deze zaak gevorderde erkenning van de buitenlandse rechterlijke beslissing houdt op zich helemaal niet in dat dit hof en deze familiekamer die voorafgaande afspraken of een mogelijk nietige

draagmoederschapsovereenkomst - die nochtans door het Hooggerechtshof van Sacramento prenataal naar Californisch recht wetsconform werden beoordeeld - goedkeurt of honoreert.

Het verzoek tot erkenning en uitvoerbaarverklaring, zoals geformuleerd in de syntheseconclusie van de appellanten, verwijst naar de buitenlandse rechterlijke beslissing *"(...) waarin de afstammingsband werd vastgesteld resp. waarin werd geoordeeld op welke wijze de geboorteaktes moesten worden opgesteld (...)"*(citaat).
Het voorwerp van de vordering voor dit hof is inderdaad niet de vaststelling zelf van de juridische afstammingsband tussen beide appellanten en de kinderen.

Het hof beoordeelt dan ook niet de draagmoederschapsovereenkomst als dusdanig maar wel de vraag tot erkenning en uitvoerbaarverklaring van de afstammingsband en de daaraan gekoppelde gevolgen voor de opstelling van de geboorteakten, zoals deze werd vastgesteld in die buitenlandse rechterlijke beslissing (zie in dezelfde zin Famrb. Brussel (NI) 15 februari 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2016/2, 65; C. Henricot, S. Sarolea en J. Sosson, "La filiation d' enfants nées d'une gestation pour autrui à létranger, RTDF, 2010, (1139), 1148 (noot onder Luik, 6 september 2010); dit arrest had betrekking op de erkenning van buitenlandse geboorteakten).

De eventuele erkenning en uitvoerbaarverklaring door dit hof gebeurt trouwens nà het voldongen feit van de geboorte van de kinderen (duidelijk in uitvoering van de draagmoederschapsovereenkomst), waardoor het hof zich geplaatst ziet voor een echt dilemma wat betreft het impact van een al dan niet erkenning en uitvoerbaarverklaring op het belang van de betrokken kinderen (zie *infra* hoofding 2.7. en zie in dezelfde zin: T. Kruger en B. Mallentjer, "Het kind dat een voldongen feit is" (noot onder Rb. Brussel (Fr.) 18 december 2012), *Tijdschrift@ipr.be* 2013/2, (99) 99).

34. Er zou sprake kunnen zijn van een kennelijke strijdigheid met de internationale openbare orde indien de buitenlandse rechter, naar het oordeel van dit hof, duidelijk de individuele belangen van de nog ongeboren kinderen miskende (T. Kruger en B. Mallentjer, "Het kind dat een voldongen feit is" (noot onder Rb. Brussel (Fr.) 18 december 2012), *Tijdschrift@ipr.be* 2013/2, (99), 103).

Naast de vaststelling dat de rechtszekerheid werd gediend door de prenatale beoordeling van de afstamming met de rechtsgevolgen van de in deze zaak uit draagmoederschap geboren kinderen, is dit ter zake niet het geval, zoals hierna nader wordt toegelicht onder de hoofding 2.7.

35. De nog voor dit hof te beantwoorden vraag is derhalve of de Belgische rechtsorde zich, na marginale toetsing, kennelijk verzet tegen de erkenning van een in toepassing van het Californisch recht in hoofde van beide appellanten vastgestelde afstamming voor beide kinderen, ook al zijn ze door tussenkomst van draagmoederschap geboren.

Het Hooggerechtshof van Californië heeft in essentie geoordeeld dat er een afstammingsband bestaat tussen, enerzijds, de (toen nog ongeboren) tweeling, en, anderzijds, twee gehuwde personen van hetzelfde geslacht, namelijk de appellanten (zie ook hoger randnummer 7).

Een gevolg van de gevorderde erkenning en uitvoerbaarverklaring is dus dat de afstamming van C. en van M. ten aanzien van beide appellanten als ouders ook in België komt vast te staan en dit op declaratieve wijze, *i.e. ex tunc* vanaf de geboorte.

36. De afstammingsband ten aanzien van de eerste appellant, zoals vastgesteld in de buitenlandse rechterlijke beslissing, beantwoordt aan de biologische realiteit nu zijn zaadcellen werden gebruikt voor de in-vitrofertilisatie van de draagmoeder en ook een DNA- onderzoek dit biologisch vaderschap bevestigt (cf. *supra* randnummer 6). De *biologische werkelijkheid* is een mogelijke *grondslag van de afstamming*.

De naam van de (draag)moeder is, in uitvoering van het arrest van het Hooggerechtshof niet vermeld in de Californische geboorteakten […]. Het *mater semper certa est*-beginsel (vrij vertaald: "(de identiteit van) de moeder is altijd zeker") is niet van internationale openbare orde (T. Wuyts, Draagmoederschap in *De hervorming van het afstammingsrecht*, eds. P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden, Intersentia, Antwerpen-Oxford 2007, p. 364 met in voetnoot 230 verwijzing naar Cass. 29 januari 1993).

Een rechtsgevolg van de erkenning en uitvoerbaarverklaring van de buitenlandse rechterlijke beslissing is een vastgestelde afstammingsband ten overstaan van de eerste appellant, de *biologische vader*, met instemming van de draagmoeder.

De afstammingsband ten aanzien van de tweede appellant, zoals bepaald in de buitenlandse rechtelijke beslissing, is gesteund op de gezamenlijke *ouderschapsintentie*.

De gevolgen van de voorliggende rechterlijke beslissing zijn evenwel identiek aan die van een volle adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht waardoor een homopaar, dat beroep deed op een draagmoeder, ook het uit deze draagmoeder geboren kind kan adopteren. Ook is een stiefouderadoptie niet uitgesloten waardoor een kind kan worden geadopteerd, door de echtgenoot van hetzelfde geslacht als de oorspronkelijke ouder van het kind.

Beide appellanten hebben zich daarenboven blijkbaar sedert de geboorte als ouders van de tweeling gedragen (bezit van staat).

37. Een kennelijke schending van de internationale openbare orde met betrekking tot de afstammingsrechterlijke gevolgen lijkt het hof, in de concrete omstandigheden eigen aan de zaak, dan ook niet aan de orde te zijn (vgl. in dezelfde zin Rb. Brussel 13 mei 2014, AR2012/5418/B, onuitg. (in de syntheseconclusie van de appellanten wordt verkeerdelijk het rolnummer AR2012/5481/B vermeld); Rb. Luik 15 maart 2013, *RTDF*, 2013, *RTDF*, 2013, (714)).

Bovendien, in de hypothese dat er toch sprake zou zijn van een eventuele schending van de internationale privaatrechtelijke orde in onderhavige zaak, dan dient deze te wijken in het voordeel van het hoger belang van de kinderen, zoals concreet blijkt uit wat hierna volgt (P. Wauthelet, "Gestation pour autrui transfrontière: le désir d'enfant à l'épreuve du droit international privé", *JLMB* 2010, (1823) 1830-1832) .

2.7. Het concreet belang van de kinderen C. en M.

38. Het hogere belang van de betrokken kinderen is inderdaad een primordiale overweging (zie o.a. art. 22*bis* Gw. en art. 3 IVRK).

De in het buitenland geboren kinderen kunnen ter zake niet het slachtoffer zijn van het ouderschapsproject van hun wensouders, met instemming van de draagmoeder en haar echtgenoot, dat naar vreemd recht rechterlijk werd goedgekeurd en waaraan rechtsgevolgen werden verbonden. De kinderen hadden part noch deel aan de draagmoederschapsovereenkomst die aan de basis ligt van hun verwekking. Dit geldt des te meer nu de kinderen met de appellanten naar België zijn gekomen, sinds hun geboorte bij hen verblijven en door hen worden onderhouden en opgevoed (zie in dezelfde zin N. GALLUS, "La gestation pour autrui réalisée à l'étranger et les controverses sur la reconnaissance des actes de naissances des enfants", (noot onder rb. Nijvel, 6 april 2011), *Act.dr.Fam.* 2011/8, p. 166-167).

39. In de hypothese van niet-erkenning zijn de kinderen naar Belgisch recht ouderloos. Dit is naar het oordeel van het hof wel degelijk een inbreuk op een fundamenteel belang. Behalve de appellanten zijn er geen andere personen als ouder aangemerkt in de buitenlandse rechterlijke beslissing, die ter erkenning en uitvoerbaarverklaring voorligt.

De appellanten wijzen reeds op problemen, bijvoorbeeld wat betreft het verblijfsrecht van de kinderen op het Belgische grondgebied, het reizen met de kinderen, de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging van de kinderen.

De eventuele niet-erkenning van de buitenlandse rechterlijke beslissing impliceert dat de appellanten naar buitenlands recht als wensouders wel de juridische ouders zijn, maar niet naar Belgisch recht. De kinderen zijn dan geen Belg, krijgen geen Belgisch paspoort en, indien ze al naar België komen, worden ze niet ingeschreven in het bevolkingsregister. De vaststelling van de afstamming ten aanzien van de wensouders heeft overigens meerdere rechtsgevolgen, nl. de woonplaats, huwelijksbeletselen, onderhoudsverplichtingen, naamgeving, plicht tot respect, ouderlijk gezag, recht op persoonlijk contact (L. Pluym, "Juridische aspecten van draagmoederschap", in S. Tack en G. Verschelden (eds.), *Medisch begeleide voortplanting in juridisch en ethisch perspectief*, Intersentia, Antwerpen-Cambridge, 2014, p. 150, nr 54 en p. 152, nr. 58).

In onderhavige *casus* is er de bijkomende moeilijkheid dat het mogelijk recht op de Belgische nationaliteit gekoppeld is aan de tweede appellant, die de Belgische nationaliteit heeft maar niet de biologische vader is. De eerste appellant heeft immers de Nederlandse nationaliteit.

Een gedeeltelijke erkenning van de afstammingsband ten aanzien van de eerste appellant als biologische vader, met een mogelijk volgende adoptie door de tweede appellant, is in deze zaak dus geen goede optie die het belang van de kinderen dient.

40. Het is wel te verstaan dat de beoordeling van het hoogste belang van het kind door het hof individueel in het voorliggend dossier beoordeeld wordt.
Enkel een wettelijke (internationale en/of nationale) regelgeving is van aard om het hoogste belang van het kind in het algemeen te reglementeren inzake draagmoederschap, maar daar situeert zich de lacune zodat de rechtszekerheid in het gedrang komt.

De afwezigheid van specifieke regelgeving noodzaakt het hof inderdaad tot een noodzakelijke concrete belangenafweging, zonder algemene precedentwaarde.

2.8. De eerbiediging van het privé-, gezins- en familieleven

41. Artikel 8 EVRM, op grond waarvan eenieder recht heeft op de eerbiediging van zijn privé-, gezins- en familieleven, beschermt ook een *de facto*-gezinsleven.

Recente rechtspraak van EHRM inzake grensoverschrijdend draagmoederschap wijst er in het bijzonder op dat de identiteit van het kind veilig moet worden gesteld en dat de socio-affectieve realiteit moet kunnen overeenstemmen met zijn juridische status (L. Pluym, "Draagmoederschap naar Belgisch en Nederlands recht", Familie & Recht, mei 2015, DOI 10.5553/FENR/.000019, nr.96; L. Pluym, "Het hobbelig parcours van grensoverschrijdend draagmoederschap en de moeilijke verhouding met het Europees Verdrag voor de Rechten van de mens" (noot onder EHRM 8 juli 2014), *TJK*, 2015, afl. 1, (48) p. 57-59, nrs. 15-16; vgl. en zie EHRM nrs. 9063/14 en 101410/14 21 juli 2016, Foulon en Bouvet t. Frankrijk; EHRM 27 januari 2015 nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli t. Italië; EHRM 26 juni 2014 nr. 65192/11, Menesson t. Frankrijk; EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11 Labassee t. Frankrijk, EHRM).

In casu hebben beide appellanten zich sedert de geboorte van de kinderen als ouders gedragen en kwam reeds een gezinsleven tot stand zodat de weigering om de rechterlijke beslissing te erkennen en uitvoerbaar te verklaren, een ernstige inbreuk zou kunnen uitmaken op de eerbiediging van het privé, gezins- en familieleven van appellanten en van de kinderen. Ook hiermee houdt het hof rekening.

2.9 Besluit

Al hetgeen voorafgaat noopt het hof ertoe - in de concrete omstandigheden eigen aan de zaak - alsnog over te gaan tot de erkenning en uitvoerbaarverklaring in België van de voorliggende buitenlandse rechterlijke beslissing, dit in de mate zoals in het dictum van dit arrest bepaald.

D. De gedingkosten

De kosten blijven in beide instanties ten laste van de appellanten.

Het hof wijst de andersluidende conclusies - zowel deze vervat in de syntheseconclusie van de appellanten als in het schriftelijk advies van het openbaar ministerie - van de hand als overbodig of ter zake niet dienstig of ontoereikend. Zij kunnen trouwens niet tot een andersluidende beslissing leiden.

OM DEZE REDENEN,

HET HOF,

rechtdoende op éénzijdig verzoekschrift,

gelet op art. 24 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken;

verklaart het hoger beroep ontvankelijk en als volgt gegrond;

doet de bestreden beschikking, gewezen door de rechtbank van eerste aanleg West- Vlaanderen, afdeling Brugge, sectie burgerlijke rechtbank, eerste kamer, van 15 september 2014 teniet en wijst opnieuw als volgt;

verklaart de vordering van de appellanten toelaatbaar, ontvankelijk en als volgt gegrond;

zegt voor recht dat de rechterlijke beslissing van het Hooggerechtshof van Californië, district Sacramento (Verenigde Staten), afdeling familierecht, van 20 mei 2014 dossiernummer 14FL02304, wordt erkend en wordt uitvoerbaar verklaard voor wat betreft:

- de vaststelling van de afstammingsband tussen de appellanten en de minderjarige kinderen C. en M., beiden geboren te Sacramento (Verenigde Staten) op 22 juni 2014;
- de wijze waarop de geboorteakten door de bevoegde plaatselijke autoriteit in Californië, voor de betrokken minderjarige kinderen met voormelde gegevens erin vervat, dienden te worden opgesteld.

verwijst de appellanten in de eigen kosten van beide instanties, niet nuttig te vereffenen;

Aldus gewezen en uitgesproken in raadkamer van het Hof van beroep te Gent, elfde ter kamer, zetelend als familiekamer, van 20 april 2017.

Aanwezig:
Sabine De Bauw, kamervoorzitter
Fran De Coen, griffier

Rechtbank van eerste aanleg Brussel (Ned.), vonnis van 13 mei 2014

Erkenning – Afstamming – Draagmoederschap – Geboorteakte Californië – Belgische en Amerikaanse wensouders – Artikel 22 WIPR – Artikel 25 WIPR – Geen schending openbare orde

Reconnaissance – Filiation – Mère porteuse – Acte de naissance dressé en Californie – Parents commanditaires de nationalité américaine et belge – Article 22 CODIP – Article 25 CODIP – Pas de violation de l'ordre public

Ten verzoeke van :

1. De heer […] bedrijfsleider, wonende in de Verenigde Staten van Amerika […] die voor deze rechtspleging woonstkeuze doet op het kantoor van advocatenkantoor Greenille, gevestigd te 1150 Brussel, Woluweiaan 2

en

2. De heer […] advocaat, wonende in de Verenigde Staten van Amerika […] die voor deze rechtspleging woonstkeuze doet op het kantoor van advocatenkantoor Greenille, gevestigd te 1150 Brussel, Woluweiaan 2

Raadslieden:
Mr. Frederik Swennen en Larissa De Wulf, advocatenkantoor Greenille, met kantoor te 1150 Brussel, Woluweiaan 2.

In deze zaak in beraad genomen op de terechtzitting van 28 januari 2014 spreekt de rechtbank volgende beslissing uit:

Gelet op de stukken van de rechtspleging, inzonderheid:

- Het inleidend verzoekschrift; neergelegd ter griffie op 02 oktober 2012, medegedeeld aan het openbaar ministerie op 08 oktober 2012;
- De conclusie van verzoekers (repliek op het advies van het Openbaar Ministerie (art. 767 Ger. W.), neergelegd ter griffie op 27 januari 2014;

Gelet op het schriftelijk advies van het O.M. van 03 september 2013, neergelegd ter griffie op 04 september 2013;

Gehoord de raadsman van verzoekende partijen evenals het O.M. in Raadkamer ter terechtzitting van 28 januari 2014;

Gehoord het advies van het Openbaar Ministerie, waarop verzoekers de gelegenheid hadden bij monde van hun raadsman te repliceren;

Vervolgens werd de zaak op 28 januari 2014 in beraad genomen;

I. Bespreking

1. Verzoekers zijn gehuwd te op […];

Eerste verzoeker […] Belg, tweede verzoeker heeft de nationaliteit van de Verenigde staten; Verzoekers wonen te New York;

De vordering van verzoekers strekt er in hoofdorde toe twee rechterlijke beslissingen, gewezen in de Verenigde Staten te horen erkennen/uitvoerbaar te verklaren in België;

In deze beide beslissingen wordt de afstammingsband vastgelegd tussen beide verzoekers en de minderjarigen:

[…]

De eerste beslissing betreft een vonnis van het Hooggerechtshof van de staat Californië, voor San Diego County, district El Cajon, gewezen op 24 november 2004 (1);

De tweede beslissing betreft een vonnis van het Hooggerechtshof van de staat Californië, voor San Diego County, centraal district, gewezen op 20 augustus 2007 (2);

Verzoekers hebben tweemaal een beroep gedaan op een draagmoeder en telkens een overeenkomst van draagmoederschap, afgesloten, hetzij op […] 2004 met betrekking tot […] en op […] 2006 met betrekking tot […];

Deze overeenkomsten werden vervolgens, voor de geboorte van de kinderen voorgelegd aan de terzake in de Verenigde Staten bevoegde rechtbank, waarbij de overeenkomsten worden gehomologeerd, waarbij de afstamming van de (ongeboren) kinderen wordt vastgesteld en waarbij ook een aantal praktische modaliteiten worden bevolen;

Aldus bepalen de bovenvermelde beslissingen (onder meer):

(1)
- dat verzoekers de wettelijke ouders zullen zijn van het kind, geboren tussen […] 2005 en […] 2005;
- dat de draagmoeder niet zal worden beschouwd als de moeder van het ongeboren kind en dat haar echtgenoot niet zal worden beschouwd als de vader van het ongeboren kind;
- dat verzoekers worden gemachtigd de geboorteakte van het kind te ondertekenen;

(2)
- dat verzoekers de wettelijke ouders zullen zijn van het kind, dat door de draagmoeder wordt gedragen een waarvan de geboorte voorzien is op of rond […] 2007;
- dat de draagmoeder niet de genetische, natuurlijke of wettige moeder is van het kind en zij ook geen ouderlijke rechten zal kunnen laten gelden, noch plichten vervuilen op of voor het ongeboren kind; dat de echtgenoot van de draagmoeder niet de vader zal zijn van het kind;

Bij de geboorte van […] en […] werden vervolgens de geboorteaktes opgesteld overeenkomstig de beschikkingen van beide voormelde vonnissen, werden beide verzoekers in de aktes vermeld als zijnde de ouders en kregen de beide kinderen de familienamen van verzoekers;

1. De rechtbank dient in eerste instantie te onderzoeken of de in hoofdorde gestelde vordering van verzoekers ontvankelijk en gegrond is;

Verzoekers vragen in hoofdorde terecht de erkenning van de twee voormelde gerechtelijke beslissingen, gezien door deze beslissingen de afstammingsband wordt vastgesteld en vervolgens de geboorteakten werden opgesteld overeenkomstig en in uitvoering van de gezegdes van de betreffende vonnissen;

De rechtbank is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen van partijen en stelt tevens vast dat de vordering tot erkenning op regelmatige wijze werd ingeleid (cfr. artikelen 23 §§1 en 2 Wb. IPR, Wet van 16 juli 2004);

Een buitenlandse rechterlijke beslissing wordt in principe in België van rechtswege erkend, zonder dat hiervoor een procedure moet worden ingesteld (cfr. artikel 22 §1 Wb. IPR);

Gelet op het feit dat zulks in casu niet is gebeurd (cfr. de weigering tot afgifte van paspoorten voor de twee meisjes door de Belgische overheid), hebben verzoekers belang bij het instellen van huidige procedure, waarbij de erkenning van de betreffende vonnissen kan worden toegestaan, na onderzoek of de voorwaarden gesteld in artikel 25 Wb. IPR niet worden geschonden);

De rechtbank stelt in eerste orde vast dat verzoekers de vereiste documenten voorleggen en aldus voldoen aan de formele voorwaarden gesteld in artikel 24 van het Wb. IPR;

Het openbaar Ministerie geeft negatief advies, stellende dat de betreffende rechterlijke beslissingen in strijd zijn met de Belgische Openbare Orde, in het bijzonder waar het beginsel "mater semper certa est" zou zijn geschonden;

De rechtbank is van oordeel dat er geen bezwaren kunnen worden weerhouden om de twee voormelde rechterlijke beslissingen te erkennen, gezien geen van de in artikel 25 Wb. IPR vermelde weigeringsgronden van toepassing zijn;

Wat de ingeroepen strijdigheid met de Openbare Orde betreft, moet in casu in de eerste plaats worden vastgesteld dat huidige procedure niet tot voorwerp heeft dat de juridische afstammingsband tussen verzoekers en de beide meisjes zou worden vastgesteld én dat de aanknoping met de Belgische rechtsorde eerder beperkt is;

Er zijn geen redenen om de twijfelen aan de rechtsgeldigheid van de in de Verenigde Staten gevolgde procedure, noch van de wijze waarop aldaar de afstammingsband werd vastgesteld;

Zelfs in acht genomen dat de beide kinderen werden geboren, ingevolge een overeenkomst van draagmoederschap, kan niet worden voorbijgegaan aan de onbetwistbare vaststelling dat zulks overeenkomstig de plaatselijke wettelijke voorschriften is geschied;

Het feit dat er in België geen wettelijke regeling voorhanden is met betrekking tot het draagmoederschap vermag op zich geen reden zijn om de erkenning te weigeren; Er is in België evenmin een formeel, specifiek wettelijk verbod inzake draagmoederschap;

Indien de wetgever het wenselijk of noodzakelijk acht dat er terzake rechtszekerheid wordt gecreëerd, zal hij het nodige dienen te doen opdat een regelgeving tot stand komt;

Vervolgens dient, bij het onderzoek naar de verenigbaarheid met de Belgische Openbare Orde, te worden verwezen naar artikel 62 §1 van de Wet van 16 juli 2004 dat stelt dat de vaststelling en de betwisting van het vaderschap of het moederschap van een persoon, worden beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind;

Tweede verzoeker heeft de Amerikaanse nationaliteit, derwijze dat, wat hem betreft de afstammingsband, zoals vastgesteld in beide vonnissen, vaststaat en dient te worden gerespecteerd;

Eerste verzoeker heeft de Belgische nationaliteit; Er ligt geen formele erkenning voor, naar Belgisch recht van de twee meisjes, door eerste verzoeker;

De rechtbank acht het echter voldoende ten genoege van recht bewezen dat de beide draagmoeders wel degelijk hun instemming hebben verleend met de erkenning van eerste verzoeker als wettelijke vader;

Zulks blijkt duidelijk uit de gegevens, opgenomen in de beide vonnissen, die op dit punt zelfs kunnen worden gekwalificeerd als akkoordvonnissen;

Aldus was het op het ogenblik van de geboorte duidelijk de bedoeling van eerste verzoeker dat hij als de juridische vader van beide meisjes zou worden gekwalificeerd én dat de draagmoeders daarmee hebben ingestemd (de Amerikaanse procedure voorziet daarbij kennelijk in een wettelijke regeling, dewelke nog voor de geboorte van de kinderen de situatie bij de geboorte regelt en anticipeert);

De aangifte van de geboorte van beide kinderen is ook geschied door eerste verzoeker die beide geboorte aktes heeft ondertekend;

De rechtbank is van oordeel dat werd voldaan aan de voorschriften van artikel 329 bis van het Burgerlijk Wetboek;

Verder kan niet anders dan te worden vastgesteld dat de gevolgen van beide rechterlijke beslissingen dezelfde zijn dan die van een volle adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht, zoals dit sedert de inwerkingtreding van de wet van 18 mei 2006 in België mogelijk is;

Bovendien wordt, door de Amerikaanse regeling het "mater semper certa est'' beginsel niet geschonden, nu de moeders in casu wel bekend waren, doch hun toestemming hebben gegeven in een ter plaatse volkomen wettelijke regeling die niet strijdig kan worden geacht met de Belgische internationale Openbare Orde;

In casu kan aldus, op grond van de door verzoekers voorgelegde gegevens, worden besloten dat er geen sprake is van een kennelijke strijdigheid van de betreffende rechterlijke beslissingen met de internationale openbare orde;

Tenslotte moet ook worden verwezen dat het in het hoger belang is van de beide kinderen dat de afstamming wordt vastgesteld ten aanzien van verzoekers;

OM DEZE REDENEN

DE RECHTBANK

Gelet op de wet op het gebruik van de talen in gerechtszaken, zoals gewijzigd;

Rechtsprekende in eerste aanleg;

Alle andersluidende en meer omvattende besluiten om hoger vermeide redenen van de hand wijzend als niet terzake en / of overbodig;

Gehoord mevrouw I. Verbeeren, substituut-procureur des Konings, in haar mondeling advies gegeven in Raadkamer op 28 januari 2014;

Verklaart de vordering van verzoeker ontvankelijk en gegrond in de hierna volgende mate:

Zegt voor recht dat de twee hierna vernoemde rechterlijke beslissingen, vaststellende de afstammingsband tussen verzoekers en de minderjarigen […], geboren op […] en […], geboren op […] dienen te worden erkend in België:

- Het vonnis van het Hooggerechtshof van de staat Californië, voor San Diego County, district El Cajon, gewezen op 24 november 2004;
- Het vonnis van het Hooggerechtshof van de staat Californië, voor San Diego County, centraal district, gewezen op 20 augustus 2007;

Laat verzoekers in hun kosten, begroot op 60,00 EUR rolrechten.

Aldus gegeven in de raadkamer van de 7de kamer van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel, op datum van:

13 mei 2014, door Ons :

- de heer D. Vanderwaeren, rechter,
- mevrouw C. Vanachter, griffier.

Familierechtbank Antwerpen (afd. Antwerpen), vonnis van 31 juli 2017

Bevoegdheid – Ouderlijk gezag – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 8 – Gewone verblijfplaats – Artikel 9 – Artikel 10 – Artikel 12 – Artikel 15 – Alimentatie

Compétence – Responsabilité parentale – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 8 – Résidence habituelle – Article 9 – Article 10 – Article 12 – Article 15 – Aliments

K.
geboren te Duffel op […] 1981 en wonende te Frankrijk te […] met woonstkeuze bij Mr. Martens,

eisende partij
- vertegenwoordigd ter zitting van 17 juli 2017 door Mr. Martens Ann te 2020 Antwerpen 2, Beschavingstraat 11 en in persoon tevens aanwezig
- vertegenwoordigd ter zitting van 26 juli 2017 door Mr. Govaerts E. loco Mr. Martens Ann te 2020 Antwerpen 2, Beschavingstraat 11

tegen:

R.
geboren te Turnhout op […] 1980 en wonende te […] (Frankrijk), […],

verwerende partij
vertegenwoordigd ter zitting van 17 en 26 juli 2017 door Mr. Verbist Karin te 2000 Antwerpen, Verlatstraat 23-25.

Gezien de stukken in het dossier der rechtspleging, ondermeer:
- de inleidende dagvaarding van 5 mei 2017;
- de neergelegde besluiten en bundels van partijen

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken.

Gehoord partijen in hun middelen en gezegden op 17 en 26 juli 2017.

Het Openbaar Ministerie heeft voorafgaandelijk schriftelijk verklaard dat zij het niet opportuun achten om advies te verlenen.

I. <u>Vordering</u>

Mevr. K. vordert het schriftelijk akkoord van partijen van […] 2016 te bekrachtigen, en voor zoveel als nodig de terugkeer van E. naar België te bevelen;

En daarbij volgende maatregelen te bevelen in het belang van het kind:

- Te bevelen dat E. haar hoofdverblijf zal hebben bij verzoekster te Kontich, […] en daar wordt ingeschreven.

- Te bevelen dat de omgangsregeling bij vader zal plaatsvinden twee weekends per maand nader omschreven alsook een vakantieregeling wordt bepaald.
- Vader te veroordelen tot een onderhoudsbijdrage van 300 EUR per maand.
- Te bevelen dat de buitengewone uitgaven voor 2/3 ten laste worden genomen door de vader en 1/3 door de moeder en de gebruikelijke lijst wordt gehanteerd.
- Te bevelen dat de kinderbijslag en eventuele andere sociale en fiscale voordelen aan moeder toekomen.
- Te bevelen dat het akkoord inzake de schoolkeuze wordt bekrachtigd en te zeggen voor recht dat E. vanaf schooljaar 2017 - 18 ingeschreven wordt in de basisschool te […].

Dhr. R. werpt de onbevoegdheid op van de rechtbank conform art. 8 Brussel II bis Verordening.

Ondergeschikt vraagt hij de verzending naar de familierechtbank te Créteil bij toepassing van art. 15 Brussel II bis Verordening.

Voor zover de rechtbank zich bevoegd zou verklaren, partijen toe te laten de zaak verder in staat te stellen.

II. <u>Beoordeling</u>

1. Partijen zijn uit de echt gescheiden bij onderlinge toestemming, bij vonnis van 1 september 2015 van de familierechtbank te Antwerpen.

Zij zijn de ouders van E., geboren in Frankrijk, […] op […] 2012. E. heeft de Belgische nationaliteit, zoals de beide ouders.

Beide partijen verblijven sedert juli 2005 in Frankrijk.

De vordering strekt ertoe een akkoord te bekrachtigen en maatregelen te bevelen met betrekking tot de minderjarige dochter van partijen.

Dhr. R. laat gelden dat de Belgische rechter onbevoegd is om kennis te nemen van de vordering.

2. De internationale bevoegdheid in aangelegenheden in verband met de ouderlijke verantwoordelijkheid, zoals in voorliggende zaak, wordt geregeld door de Verordening 2201/2003/EG van 27 november 2003 van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van de Verordening (EG) nr. 1347/2000.

Art. 8 van deze Verordening voorziet in een algemene bevoegdheid onder voorbehoud van de uitzonderingsbepalingen van de artikelen 9, 10 en 12.

Overeenkomstig art. 8 van de Verordening is de rechtbank van de plaats waar het kind op het ogenblik van de aanhangigmaking zijn gewone verblijfplaats had internationaal bevoegd.

Op datum van de inleidende dagvaarding - 5 mei 2017 - had E. haar domicilie in Frankrijk. E. werd door mevr. K. op haar huidig adres in België in Kontich ingeschreven sedert 19 juni 2017 zonder dat hierover akkoord bestond tussen partijen.

De fysieke aanwezigheid van het kind in België en de inschrijving ervan, na aanhangigmaking van de zaak, volstaat niet om de gewone verblijfplaats van het kind hier te bepalen. Het begrip "gewone

verblijfplaats" in de zin van de Verordening is een feitelijk begrip en moet worden uitgelegd als de plaats die een zekere integratie van het kind in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking brengt. Hierbij moet worden rekening gehouden met de omstandigheden en feiten van het concrete geval zoals de duur, de omstandigheden, nationaliteit, school, talenkennis en de familiale en sociale banden van het kind in die staat (HvJ, 2 april 2009, C-523/07, *A, Jur.2009, I, 2805*).

Vaststaat dat E. is geboren in Frankrijk en daar heeft verbleven tot juni 2017. Dat het zoals mevr. K. stelt van bij aanvang de bedoeling van partijen was om tijdelijk in Frankrijk te wonen blijkt niet. Het gezin is er blijven wonen gedurende 12 jaar, ook na de echtscheiding. Mocht het al - initieel - de bedoeling zijn geweest om met E. voor haar zesde levensjaar terug te keren naar België, zijn partijen hier gaandeweg van afgeweken. E. heeft nooit elders gewoond, is in Frankrijk naar de creche en daarna naar school gegaan, heeft er haar sociaal leven en naschoolse activiteiten. Zij is tweetalig opgevoed. Het verblijf in België was beperkt tot vakanties gedurende korte periodes. Het is duidelijk dat het permanente of gewoonlijke centrum van belangen van E. is gelegen in Frankrijk.

E. was ingeschreven in Frankrijk, tot op datum van de aanhangigmaking van deze zaak. Pas nadien werd de inschrijving op initiatief van moeder overgebracht naar België. De verplaatsing van de verblijfplaats van het kind na het verzoek heeft in beginsel geen invloed op de internationale bevoegdheid.

Voorbehoud dient gemaakt voor de uitzonderingen vervat in de bevoegdheidsregels van de artikelen 9, 10, 12 en 15 Verordening die in voorliggend geval geen bevoegdheid verlenen aan de Belgische rechtbank.

Art. 9 Verordening verlengt, bij (legale) verhuis, de internationale bevoegdheid van de rechter van de vroegere gewone verblijfplaats met een periode van drie maanden te rekenen vanaf de verplaatsing. Art. 10 Verordening geeft bevoegdheid aan de rechtbank waar het kind verbleef voor de ontvoering of ongeoorloofde overbrenging. Zoals blijkt heeft dhr. R. inmiddels een vordering aanhangig gemaakt bij de Franse rechtbank. Mevr. K. verwijst naar de in België gevoerde echtscheidingsprocedure. De echtscheidingsprocedure werd reeds jaren beëindigd, er is geen hangend geschil meer, zodat de rechtbank niet bevoegd is overeenkomstig art. 12 van de Verordening. Art. 15 van de Verordening wat een uitzonderingsbepaling vormt voorziet in de verwijzing van een bevoegd gerecht naar een gerecht dat beter is geplaatst de zaak te behandelen wat in voorliggend geval hic et nunc niet blijkt en dient te gebeuren door de bevoegde rechter conform de vereiste voorwaarden.

De verwijzing van mevr. K. naar art. 629 bis § 1 Ger. W. is niet terecht. Deze bepaling bepaalt de- intern - territoriale bevoegdheid van de rechtbank, en is slechts aan de orde, nadat de Belgische rechtbank zich internationaal bevoegd kan verklaren.

De argumentatie van mevr. K. over de gehoudenheid van dhr. R. tot de overeenkomst, betreft de zaak ten gronde en zal door de bevoegde rechtbank dienen beschouwd.

Deze rechtbank verklaart zich internationaal onbevoegd om van de vordering kennis te nemen.

3. De onderhoudsverplichtingen vallen onder het toepassingsgebied van de Verordening 4/2009/EG van 18 december 2008, verordening die van toepassing op onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk of aanverwantschap (art.1).

Overeenkomstig art. 3 van deze Verordening is onder meer de lidstaat bevoegd alwaar de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft. Onderhoudsgerechtigde in de zin van de Verordening is elke natuurlijke persoon aan wie levensonderhoud is verschuldigd of van wie gesteld wordt dat levensonderhoud aan hem verschuldigd is. In voorliggend geval had E. op het ogenblik van

het inleiden van de vordering zoals haar ouders haar gewone verblijfplaats in Frankrijk zodat deze rechtbank internationaal onbevoegd is om ook van deze vordering kennis te nemen.

4. Huidig vonnis is van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad.

Mevr. K. wordt tot de gedingkosten veroordeeld.

OM DEZE REDENEN;

DE RECHTBANK,

Rechtsprekend op tegenspraak.

Verklaart zich internationaal onbevoegd om van de vorderingen kennis te nemen.

Veroordeelt mevr. K. tot de kosten van het geding en vereffent deze in hoofde van dhr. R. op: 1.440 EUR (rechtsplegingsvergoeding).

Bijdrage Fonds wet 19/03/2017 gestort door eisende partij, is definitief verworven voor het Fonds.

Dit vonnis werd uitgesproken op eenendertig juli tweeduizend zeventien in openbare zitting van de Kamer AFV1, die samengesteld was uit:

E. Vermeulen, rechter
R. Damen, griffier

Familierechtbank Oost-Vlaanderen (afd. Gent), vonnis van 15 december 2016

Huwelijk – Somalië – Erkenning Somalische huwelijksakte – Tegenstrijdige administratieve beslissingen – WIPR – Legalisatie – Artikel 30 WIPR – Legalisatie onmogelijk in land van herkomst – Legalisatie door Minister van Buitenlandse Zaken – Vraag tot overschrijving van de huwelijksakte – Artikel 31, § 1 WIPR

Mariage – Somalie – Reconnaissance d'un acte somalien de mariage – Décisions administratives contradictoires – CODIP – Légalisation – Article 30 CODIP – Légalisation impossible dans le pays d'origine – Légalisation par le ministre des affaires étrangères – Demande de transcription de l'acte de mariage –Article 31 § 1 CODIP

De rechtbank nam inzage van de stukken, waaronder het hieraan gehecht verzoekschrift, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 29 september 2016.

De verzoekers en hun raadsman werden gehoord tijdens de terechtzitting in raadkamer van 17 november 2016, waarna de debatten gesloten werden.

Ter terechtzitting van 1 december 2016 werd het gunstig schriftelijk advies van het openbaar Ministerie door eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen neergelegd, waarna de zaak in beraad werd genomen.

I. <u>Relevante feiten en voorwerp van de vordering</u>

De verzoekers hebben beiden de Somalische nationaliteit. Ze huwden op […] 2012 in […] (Somalië).

De verzoekster die zich wenste te verenigen met de verzoeker in België verkreeg een visum gezinshereniging via de ambassade in […] (Ethiopië) en dit omdat er in Somalië geen Belgische ambassade is.

De verzoekster kreeg een D-visum toegekend op 15 februari 2015 (stuk 3 verzoekers). Op 20 februari 2015 vertrok de verzoekster naar België en sedert 6 maart 2015 is ze ingeschreven aan de […] in Gent.

De verzoekster is op […] 2015 bevallen van een dochter […].

De verzoekers boden hun huwelijksakte aan bij de dienst burgerzaken van de stad Gent om hun huwelijk hier te laten registreren. Bij brief van 6 juni 2016 weigerde de dienst burgerzaken de inschrijving van het huwelijk […] omdat de voorgelegde huwelijksakte niet zou voldoen aan de voorwaarden van art. 30 § 1 WIPR.

De verzoekers kunnen zich niet vinden in deze weigeringsbeslissing en vragen:
- hun huwelijk afgesloten in […] (Somalië) op […] 2012 te willen erkennen;
- de burgerlijke stand te bevelen over te gaan tot overschrijving van deze huwelijksakte conform art. 31 § 1 WIPR;
- de kosten ten laste te leggen van de Belgische staat.

In zijn advies van 1 december 2016 verzoekt de procureur om het verzoek tot erkenning te willen inwilligen.

II. Beoordeling

De vordering tot erkenning van de Somalische huwelijksakte

Het toepasselijk wettelijk kader

Vermits geen multilaterale of bilaterale verdragen van toepassing zijn op de erkenning van de Somalische huwelijksakte is het "gemeen" erkenningsrecht van toepassing zoals opgenomen in het Wetboek voor Internationaal privaatrecht van 2004 (afgekort WIPR).

Artikel 27 §1 WIPR bepaalt dat een buitenlandse authentieke akte in België door alle overheden wordt erkend zonder dat een beroep dient gedaan op enige procedure (erkenning van rechtswege), indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijk recht en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 (wetsontduiking) en 21 WIPR (openbare orde-exceptie). Indien de erkenning geweigerd wordt, kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg. In dat geval geldt de procedure zoals beschreven in art. 23 WIPR (zie hierover : H. Storme, "Deel III. De erkenning en uitvoerbaarverklaring van vreemde rechterlijke beslissingen en akten", in J. Erauw en mede-auteurs, Internationaal privaatrecht, Mechelen, Gandaius, Kluwer, 2009, nr. 215 e.v.).

Om een erkenning te bekomen moet de verzoeker de documenten voorleggen die in art. 24 WIPR worden opgesomd, voor zover zij van toepassing zijn ten aanzien van authentieke akten. In de praktijk zal het gaan om een uitgifte die voldoet aan de voorwaarden nodig voor de echtheid. Daarenboven moet de akte voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de staat waar ze werd opgesteld nodig zijn voor haar echtheid (art. 27 § 1, 2) en moet de akte rechtsgeldig zijn overeenkomstig het recht dat volgens het Belgisch wetboek IPR op de betrokken rechtsverhouding toepasselijk is.

Dit betekent dat wanneer het om een huwelijksakte gaat de partners dienen te voldoen aan het recht van het land waarvan zij de nationaliteit hebben (art. 46 lid 1 WIPR) en moeten zij de vormvereisten van het recht van het land waar het huwelijk werd gesloten in acht genomen hebben (art. 47 § 1 WIPR). Op die manier wordt het conflictenrecht getoetst.

Verder vermeldt art. 27 WIPR uitdrukkelijk dat bij die controle de artikelen 18 en 21 WIPR moeten in acht genomen worden. Er mag met andere woorden geen rekening gehouden worden met feiten en handelingen die als enig doel wetsontduiking hebben. Hier wordt nagegaan of de aanknoping berust op een rechtsfeit of rechtshandeling die niet uitsluitend gekozen werd om het toepasselijk recht te doen veranderen of ook niet geveinsd werd. Bovendien blijft ook de openbare orde-exceptie van toepassing: het door het wetboek aangewezen vreemde recht dat de in de akte vervatte rechtshandeling in principe beheerst, zal daardoor voor de controle van de rechtsgeldigheid conform art. 27 WIPR in bepaalde gevallen moeten vervangen worden door een andere relevante bepaling uit dat vreemde recht of uit het Belgisch recht.

Beoordeling van de concrete elementen

De rechtbank stelt vast dat er geen betwisting over bestaat dat aan de art. 27, 46 en 47 WIPR voldaan is. Evenmin wordt de toepassing van art. 18 en 21 WIPR ingeroepen.

Het enige punt van discussie heeft betrekking op de legalisatie van de Somalische huwelijksakte van de verzoekers.

Bij gebrek aan een specifiek verdrag inzake de legalisatie van huwelijksaktes afkomstig uit Somalië geldt het gemeen recht van de legalisatie.

Volgens art. 30 § 1 WIPR moet een buitenlandse rechterlijke beslissing of authentieke akte worden gelegaliseerd om in België geheel of bij uittreksel, in origineel of bij afschrift, te worden voorgelegd. Deze legalisatie bevestigt slechts de echtheid van de handtekening, de hoedanigheid waarin de ondertekenaar van het stuk heeft gehandeld en, in voorkomend geval, de identiteit van het zegel of de stempel op het stuk.

Volgens art. 30 § 2 WIPR wordt de legalisatie gedaan:

1° door een Belgische diplomatieke of consulaire ambtenaar die geaccrediteerd is in de Staat waar de beslissing is gewezen of de akte is opgesteld;
2° bij gebreke hiervan, door een diplomatieke of consulaire ambtenaar van de buitenlandse Staat die de belangen van België in die Staat behartigt;
3° bij gebreke hiervan, door de Minister van Buitenlandse Zaken.

Verder schrijft art. 30 § 3 WIPR voor dat de Koning de nadere regels van de legalisatie bepaalt. Op 12 juli 2006 werd het KB betreffende de legalisatie van buitenlandse rechterlijke beslissingen of authentieke akten (BS 11 januari 2007) uitgevaardigd (gewijzigd bij koninklijk besluit van 19 april 2014) en op 16 december 2006 werd een Omzendbrief met instructies betreffende de legalisatie genomen. Deze laatste omzendbrief werd vervangen door de omzendbrief van 14 januari 2015 (BS 22 januari 2015) en verduidelijkt ook wat legalisatie niet is. Het is geen nazicht van de vorm (juridische vorm, conformiteit met lokale wetgeving), noch van de inhoud (juistheid van de vermelde feiten) van een document. Daarom wordt de volgende formule systematisch in de legalisatieformule opgenomen: "Deze legalisatie waarborgt niet de authenticiteit van de inhoud van het document." Verder vermeldt deze omzendbrief dat de legalisatiegegevens - met de vermelding van de persoon wiens handtekening wordt gelegaliseerd, de naam van de post en de datum - afgedrukt worden op een speciaal zelfklevend etiket (sticker). Dit etiket wordt op het te legaliseren document gekleefd, vervolgens ondertekend door het consulair posthoofd die zijn exacte naam vermeldt (of zijn stempel) en het zegel van de post aanbrengt gedeeltelijk op de sticker en gedeeltelijk op het gelegaliseerde document. Is er uitzonderlijk geen plaats op het buitenlands document om de legalisatiesticker aan te brengen, dan kan men de legalisatiesticker op een bijgevoegd blad kleven, dat aan het buitenlands document wordt vastgemaakt, door het zegel van de post gedeeltelijk op het buitenlands document zelf en gedeeltelijk op het bijgevoegd blad te plaatsen. Samen met de legalisatiegegevens wordt een uniek controlecijfer van 16 cijfers afgedrukt, die de veiligheid van de legalisatie waarborgt. Een Belgische autoriteit (gemeente, notaris...) die een document op deze wijze gelegaliseerd ontvangt, kan op een website (http://Legahveb.dipiomatie.be) via het intikken van het controlecijfer de gegevens van de legalisatie nakijken. Na het invoeren van het controlecijfer verschijnt de naam van de post en de datum waarop het document werd gelegaliseerd.

Uit het stuk 1 van de verzoekers blijkt dat de FOD Buitenlandse zaken, Dienst Legalisatie op 2 maart 2016 attesteert dat het momenteel onmogelijk is in Somalië documenten te laten legaliseren aangezien er geen diplomatieke Belgische vertegenwoordiging is in Somalië. Op de achterzijde is een legalisatie verleend zoals voorgeschreven volgens de hierboven in de omzendbrief van 14 januari 2015 beschreven sticker, zegel en controlecijfer.

De rechtbank stelt dan ook vast dat de akte voldoet aan de voorwaarden van art. 30 § 2, 3° WIPR. Bij nazicht van het controlecijfer blijkt inderdaad de legalisatie door de betrokken dienst gebeurd te zijn. Deze legalisatie heeft er trouwens voor gezorgd dat ook de dienst vreemdelingenzaken en de Belgische ambassade in Adis Abeba deze huwelijksakte hebben erkend want de verzoekster heeft op 15 februari 2015 een visum gezinshereniging verkregen en sedert 6 maart 2015 is zij ingeschreven op het adres van de verzoeker.

De vordering tot het bevelen van de overschrijving van de huwelijksakte conform art. 31 § 1 WIPR

Aangezien art. 48 BW vereist dat enkel een Belg de overschrijving van een vreemde akte in de registers van de burgerlijke stand kan vragen en de verzoekers beiden niet over de Belgische nationaliteit beschikken, kan op dit verzoek niet ingegaan worden.

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

Verklaart het verzoek ontvankelijk en gegrond als volgt.

Erkent de huwelijksakte, opgesteld op […] 2012 door de ambtenaar van de burgerlijke stand te Mogadishu (Somalië), met registernummer […], waarin het huwelijk tussen de verzoekers wordt afgesloten.

Wijst het verzoek tot overschrijving van deze huwelijksakte in de registers van de burgerlijke stand af als ongegrond.

Laat de kosten van deze eenzijdige procedure ten laste van de verzoekers en begroot deze kosten op € 100,00 rolrecht.

Aldus, in tegenwoordigheid van Guy Baesen, eerste substituut-procureur des Konings, behandeld in raadkamer en uitgesproken in openbare terechtzitting van de zeventiende familiekamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent op vijftien december tweeduizend zestien.

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

Familierechtbank West-Vlaanderen (afd. Brugge), vonnis van 26 mei 2017

Erkenning – Afstamming – Draagmoederschap – Mexicaanse geboorteakte – Geen vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte – Artikel 27 WIPR – Artikel 62 WIPR – Artikel 64 WIPR – Strijdigheid Belgische internationale openbare orde – Vaderlijke erkenning – Geen toestemming moeder – Artikel 329bis BW – Artikel 329bis, § 3 BW

Reconnaissance – Filiation – Mère porteuse – Acte de naissance mexicain – Absence de mention de la mère dans l'acte de naissance – Article 27 CODIP – Article 62 CODIP – Article 64 CODIP – Violation de l'ordre public international belge – Reconnaissance paternelle – Pas de consentement de la mère – Article 329bis C. civ. – Article 329bis, § 3 C. civ.

Gelet op het dossier van de rechtspleging, inzonderheid het eenzijdig verzoekschrift en de bijgevoegde stukken, neergelegd ter griffie op 30 november 2016 door meesters Frederik Swennen en Maxime Poppe, advocatenkantoor Laga, gevestigd te 1150 Brussel, Woluwelaan 2 namens verzoeker:

De heer **D. M.**, van (dubbele) Belgische en Italiaanse nationaliteit, geboren te […] (Italië) op […] 1970, wonende te […] Oostende, […], hebbende als huidige raadsman meester Alain Nijs

Gehoord in raadkamer ter zitting van 17 februari 2017 verzoeker in zijn middelen en uitleg bij monde van zijn raadsman en tevens in persoon.

I. <u>Relevante feiten</u>

Verzoeker zet in zijn verzoekschrift uiteen:

- dat hij in de staat Tabasco, Mexico een beroep heeft gedaan op een altruïstische draagmoeder, mevrouw R. Z. van Mexicaanse nationaliteit, teneinde zijn kinderwens te vervullen,
- dat draagmoederschap aldaar wettelijk geoorloofd en uitdrukkelijk geregeld is en dat de draagmoeder in dergelijk geval afstand doet van haar ouderlijke rechten in een notariële overeenkomst […] zodat er een overheidscontrole plaatsvindt op de naleving van haar rechten,
- dat op […] 2016 te […] (Mexico) A. is geboren en dat A. is verwekt op basis van genetisch materiaal van verzoeker zodat hij er bijgevolg de genetische vader van is,
- dat er een geboorteakte werd opgesteld enkel met vermelding van de naam van verzoeker in het veld ouders en dat in de geboorteakte aldus geen moeder vermeld staat […],
- dat hij zich na zijn terugkeer in België heeft aangeboden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de stad Oostende teneinde de overschrijving te vragen van de Mexicaanse geboorteakte als akte waaruit de erkenning blijkt door verzoeker nu overeenkomstig artikel 27 §1 wetboek internationaal privaatrecht buitenlandse authentieke akten automatisch door Belgische overheden dienen te worden erkend,
- dat de ambtenaar van de burgerlijke stand van de stad Oostende de overschrijving heeft geweigerd omdat er geen moeder in is vermeld terwijl dit volgens de ambtenaar vereist is opdat een akte in België als geboorteakte zou kunnen worden erkend.

In de draagmoederschapsovereenkomst, die op […] 2015 die werd gesloten tussen verzoeker en mevrouw R. Z. (hierna de draagmoeder), wordt mevrouw R. Z. vermeld in haar hoedanigheid van *"gestational substitute mother"* […]. Op pagina 2 van deze overeenkomst wordt bepaald:

> *"The term Gestational Substitute Mother, is for the woman who carries the pregnancy to term and provides the component for pregnancy (womb), but not the genetic component. By contrast, the Surrogate Mother provides both: the genetic material and womb."*
>
> (vrije vertaling door de rechtbank) Het begrip *"Gestational Substitute Mother"* staat voor de vrouw die de zwangerschap voldraagt en die het zwangerschapsbestanddëel (baarmoeder) verschaft, maar niet het genetische materiaal. De *"Surrogate Mother"* daarentegen verschaft beiden: zowel het genetische materiaal als de baarmoeder.

Verzoeker heeft beroep gedaan op een eiceldonor en de (met zijn sperma bevruchte) embryo's werden ingeplant in de baarmoeder van de draagmoeder. De draagmoeder/bevallingsmoeder is niet de genetische moeder van A. Uit een DNA-test die werd uitgevoerd op […] 2016 […] blijkt dat verzoeker de genetische vader is van A.

Verzoeker heeft de dubbele Belgische-Italiaanse nationaliteit en heeft sedert 2001 zijn woonplaats en gewone verblijfplaats in België. Hij is op […] 2009 gehuwd met de heer B., geboren te Oostende op […] 1959.

Uit gegevens uit het rijksregister blijkt dat verzoeker in het bevolkingsregister en in het rijksregister vermeld staat als ouder van A. (rijksregisternummer […]) geboren te […] (Mexico) op […] 2016. A. heeft enkel de Italiaanse nationaliteit.

A. heeft sedert […] 2016 zijn woonplaats op het adres van verzoeker te Oostende.

II. <u>Vorderingen</u>

- Verzoeker beoogt met onderhavige procedure vooreerst de erkenning in België van de Mexicaanse geboorteakte van het kind A. met nummer […] opgesteld door […], eerste ambtenaar van de burgerlijke stand van […] deelstaat Tabasco en ingeschreven in […] op […] 2016 en voorzien van een apostille […] als authentieke akte én (minstens) de erkenning van de daarin vastgestelde afstammingsband van A. ten overstaan van verzoeker.

Verzoeker grond deze vordering op artikel 27 §1, eerste lid Wetboek Internationaal Privaatrecht (hierna verkort WIPR) dat bepaalt dat buitenlandse authentieke akten in België door alle overheden worden erkend indien hun rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijke - vreemde - recht (cfr. infra) en met inachtneming van de artikelen 18 (wetsontduiking) en 21 (openbare orde-exceptie) WIPR ingeval het toepasselijke recht niet het Belgische recht zou zijn.

- Vervolgens vordert hij om de ambtenaar van de burgerlijke stand op te dragen deze akte over te schrijven in de registers van de burgerlijke stand als geboorteakte, ondergeschikt als buitenlandse authentieke akte waaruit de vaderlijke erkenning blijkt en in nog meer ondergeschikte orde als buitenlandse authentieke akte waaruit de afstamming tussen verzoeker en het kind blijkt.

- Tenslotte vordert verzoeker te zeggen voor recht dat het kind met toepassing van artikel 335§2, tweede lid Burgerlijk Wetboek de naam […] zal dragen.

III. Beoordeling

1. Aangaande de vordering tot erkenning van de buitenlandse geboorteakte

1.1. Internationale rechtsmacht en bevoegdheid

Op grond van artikel 27 §1, vierde lid en artikel 31 §1, derde lid juncto artikel 23 §2, tweede lid WIPR is de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge, sectie Familie- en Jeugdrechtbank bevoegd om kennis te nemen van het [verhaal] tegen een weigering van een Belgische overheid om de geldigheid van een buitenlandse akte te erkennen.

1.2. Echtheid van de geboorteakte

Inzake de erkenning van buitenlandse authentieke akten stelt artikel 27 §1, tweede lid WIPR dat buitenlandse akten moeten voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de Staat waar zij is opgesteld nodig zijn voor haar echtheid. Inzake de echtheid van de geboorteakte dient aldus het Mexicaanse recht te worden toegepast.

Naar het recht van de Staat Tabasco in Mexico recht is een geboorteakte zonder vermelding van de moederlijke afstamming rechtsgeldig nu het, naar Mexicaans recht, de bevallen vrouw toegelaten is om afstand te doen van haar ouderschap zoals *in casu* zou zijn gebeurd.

Ter zake blijkt er zich geen probleem voor te doen nu uit de verstrekte gegevens niet blijkt dat de geboorteakte, voorzien van een apostille, niet zou beantwoorden aan de vormvoorwaarden gesteld door het Mexicaanse recht. Er worden ook geen bezwaren gemaakt door het openbaar ministerie. De akte voldoet aan de voorwaarden die volgens het recht van de Staat waar zij is opgesteld nodig zijn voor haar echtheid.

1.3. Aangaande de erkenning van de Mexicaanse geboorteakte na draagmoederschap en aangaande de daarin vastgestelde afstammingsband ten overstaan van verzoeker

Ter zake de erkenning van de kwestieuze geboorteakte bestaat er enkel discussie omtrent de (niet)vermeldingen van de afstammingsbanden in deze akte.

De kwestieuze geboorteakte bevat volgende vermeldingen met betrekking tot de (gevolgen van de) afstamming:

- familienaam van het kind: D.
- ouders: C. D., 45 jaar, Italiaanse nationaliteit
- grootvader van vaderszijde: E. D., Italiaanse nationaliteit
- grootmoeder van vaderszijde: G. V., Italiaanse nationaliteit

De afstamming langs moederszijde, noch de identiteit van de grootouders van moederszijde worden vermeld in de geboorteakte.

Het is uitsluitend krachtens het Mexicaanse recht en krachtens de draagmoederschapsovereenkomst die is gesloten door verzoeker overeenkomstig dit Mexicaanse recht, dat verzoeker in de omstreden geboorteakte is vermeld in de hoedanigheid van vader van het kind en dat de moeder niet is vermeld in de geboorteakte van het kind.

De discussie betreft enerzijds de vraag of de kwestieuze geboorteakte met niet vermelding van de afstamming langs moederszijde in overeenstemming is met het Belgische recht en anderzijds de problematiek van de geldigheid van de in de Mexicaans geboorteakte vermelde afstamming van A.

langs vaderszijde - op grond van het Mexicaanse recht en de draagmoederschapsovereenkomst - meer bepaald de vraag of verzoeker in België wel kan worden aanzien als juridische vader van A.

Naar luid van artikel 27 §1 WIPR, wordt een buitenlandse authentieke akte in België door alle overheden erkend zonder dat een beroep moet worden gedaan op enige procedure indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijk recht en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 (wetsontduiking) en 21 (openbare orde exceptie).

Om de rechtsgeldigheid van de akte te beoordelen moet een conflictenrechtelijke controle gebeuren. Het komt neer op de vraag of de buitenlandse geboorteakte de Belgische verwijzingsregels respecteert. Indien de geldigheid van de buitenlandse geboorteakte is vastgesteld overeenkomstig het volgens het WIPR toepasselijke recht, zal deze akte erkend kunnen worden. Artikel 27 WIPR onderwerpt de controle van de geldigheid van de in de buitenlandse geboorteakte vastgestelde afstammingsband aldus onder meer aan het recht bepaald door de verwijzingsregels die van toepassing zijn inzake de afstamming, met name de artikelen 62 en 64 WIPR.

De grondvoorwaarden moeten volgens de artikelen 62 en 63 WIPR worden gecontroleerd. Hierbij is het ijkpunt de nationale wet van de ouder wiens vader- of moederschap in het geding is. De vaststelling van het vaderschap of moederschap van een persoon wordt beheerst door het recht van de Staat waarvan deze persoon de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind of, indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling, bij het verrichten van die handeling (artikel 62 WIPR).

Daarnaast verwijst artikel 64 WIPR naar de vorm van de (erkennings)akte. Deze moet opgesteld zijn volgens het recht van het land op het grondgebied waar de akte is opgesteld (*locus regit actum, in casu* het Mexicaanse recht) of volgens het recht van het land waarvan de persoon over wiens vaderschap of moederschap het gaat, de nationaliteit heeft (*in casu* het Belgische recht).

In het Belgische recht bestaat er geen regeling voor het draagmoederschap zodat het gemeen afstammingsrecht van toepassing is.

a/ De erkenning van de Mexicaanse geboorteakte na draagmoederschap als geboorteakte

Wat de afstamming van A. van moederszijde betreft, blijkt dat deze naar het toepasselijke Mexicaanse recht - dat het nationale recht is van de bevallen vrouw - niet vaststaat nu de bevallen vrouw afstand zou hebben gedaan van haar ouderschap.

De toepassing van het Mexicaanse recht zou gevolgen hebben die kennelijk onverenigbaar zijn met de Belgische internationale openbare orde. Krachtens artikel 57 *juncto* artikel 312 Burgerlijk Wetboek is het opstellen van geboorteakten zonder vermelding van de naam van de moeder in België uitgesloten. De niet-vermelding van de afstamming van moederszijde in de geboorteakte overeenkomstig de toepasselijke Mexicaanse wetgeving en de afstand door de bevallen vrouw van haar ouderschap, is strijdig met de Belgische openbare orde.

Rekening houdende met de intensiteit van de verbondenheid van de zaak met de Belgische rechtsorde en de ernst van de gevolgen die de toepassing van het buitenlandse recht zou meebrengen, moet artikel 21 WIPR worden toegepast.

De Mexicaanse geboorteakte kan als dusdanig niet "als geboorteakte" erkend worden door de Belgische overheden. De vordering van verzoeker is op dit punt ongegrond.

b/ De erkenning van de Mexicaanse geboorteakte na draagmoederschap als erkenningsakte

Op basis van artikel 62 *juncto* artikel 3 §2, 1° WIPR wordt de vaststelling van afstamming van A. van vaderszijde, gelet op de dubbele Belgische-Italiaanse nationaliteit van verzoeker, beheerst door het Belgische recht. Gelet op de aanwijzing van het Belgische recht dient de rechtbank bij haar onderzoek naar de rechtsgeldigheid van de Mexicaanse geboorteakte niet te toetsen aan de openbare orde. Er moet dus nagegaan worden of de geboorteakte onder het Belgische afstammingsrecht zou kunnen opgesteld zijn zoals dit thans gebeurd is.

Nu verzoeker niet gehuwd was met de - onbekende - moeder van het kind dat via draagmoederschap geboren is, kan de afstamming van vaderszijde naar Belgisch recht enkel gebeuren ofwel via een vaderlijke erkenning (artikelen 327-329*bis* Burgerlijk Wetboek *ofwel* via een gerechtelijke vaststelling van vaderschap (artikelen 322-325 Burgerlijk Wetboek).

Verzoeker stelt dat de erkenning overeenkomstig artikel 327 Burgerlijk Wetboek is geschied in de Mexicaanse geboorteakte en vraagt te dien einde minstens de erkenning van de geboorteakte als authentieke akte waaruit de vaderlijke erkenning met geldige toestemming van de moeder blijkt. Verzoeker dient te bewijzen dat hij in overeenstemming met de Belgische wetgeving ter zake het kind rechtsgeldig heeft erkend.

Er is geen ernstige discussie mogelijk nopens het feit dat verzoeker de genetische vader is van A. en evenmin nopens het feit dat het op het ogenblik van de geboorte van A. duidelijk de bedoeling was dat verzoeker als juridische vader van A. zou worden gekwalificeerd.

Wie de genetische en/of juridische moeder is van A. is evenwel niet duidelijk. Op het moment van de geboorte van A. stond de afstamming langs moederzijde niet vast. *(cfr. supra)*

Gelet op de niet-vermelding van de moeder in de geboorteakte - die enkel op aangifte van verzoeker werd opgesteld - kan niet gesteld worden dat de naar Belgisch recht (artikel 329bis Burgerlijk Wetboek) vereiste instemming van de "moeder van A." met de erkenning van verzoeker als wettelijke vader werd verleend in deze geboorteakte.

Nu de draagmoeder reeds voor de geboorte van A. afstand heeft gedaan van haar ouderschap, kan de wettelijk vereiste toestemming evenmin impliciet worden afgeleid uit de overeenkomst van draagmoederschap.

De vordering van verzoeker tot erkenning van de geboorteakte als erkenningsakte waaruit de voorafgaande toestemming van de ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat blijkt, is ongegrond.

Indien het minderjarige kind geen bekende ouder heeft, dient de procedure bepaald in artikel 329*bis* §3 Burgerlijk Wetboek te worden gevolgd. In voorkomend geval moet de ambtenaar van de burgerlijke stand een letterlijk afschrift van de erkenning ter kennis brengen van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf, tenzij dezen vooraf in de erkenning hebben toegestemd. Indien der erkenning niet ontvangen is door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand - zoals *in casu* - moet zij op verzoek van de erkenner worden betekend aan de in het eerste lid bedoelde personen. In tussentijd kan de erkenning niet worden tegengeworpen aan het kind (en dus ook niet worden erkend in België of overgeschreven in de Belgische registers van de burgerlijke stand). Verzoeker toont op heden niet aan dat de procedure van artikel 329*bis* §3 Burgerlijk Wetboek is gevolgd.

2. Aangaande de vordering tot overschrijving van de geboorteakte in de registers van de burgerlijke stand

Verzoeker vordert om de ambtenaar van de burgerlijke stand op te dragen deze akte over te schrijven in de registers van de burgerlijke stand als geboorteakte, ondergeschikt als buitenlandse authentieke akte waaruit de vaderlijke erkenning blijkt en in nog meer ondergeschikte orde als buitenlandse authentieke akte waaruit de afstamming tussen verzoeker en het kind blijkt.

Nu op heden niet voldaan is aan de voorwaarden bedoeld in artikel 27 §1 WIPR is de vordering ongegrond.

3. Aangaande de vordering tot vaststelling van naam

Verzoeker vordert te zeggen voor recht dat het kind met toepassing van artikel 335 §2, tweede lid Burgerlijk Wetboek de naam D. zal dragen. Nu de naam een gevolg is van de afstamming, die op heden nog niet vaststaat, kan de vordering *hic et nunc* niet worden toegekend.

De rechtbank merkt volledigheidshalve op dat A. actueel reeds de naam D. draagt.

4. Aangaande de kosten

Verzoeker vordert "kosten als naar recht". Onderhavige procedure is een procedure op eenzijdig verzoekschrift zonder dat een tegenpartij aanwezig is in de procedurë. De gerechtskosten blijven ten laste van verzoeker.

OM DEZE REDENEN,

De Familierechtbank, vijfde Kamer,

Gelet op artikel 2 en volgende van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Rechtsprekend in eerste aanleg en waarbij het Openbaar Ministerie, bij monde van de heer Mare Florens, eerste substituut-procureur des Konings werd gehoord in zijn mondelinge advies ter zitting van 17 februari 2017.

Verklaart de vorderingen van verzoeker ontvankelijk doch wijst deze af als ongegrond.

Laat de kosten van deze eenzijdige procedure ten laste van verzoeker.

Aldus gewezen en uitgesproken in raadkamer in het gerechtsgebouw te Brugge op zesentwintig mei tweeduizend zeventien.

Aanwezig zijn:

An Bekkers, alleenrechtsprekend rechter
Daphne Hendrycks, geassumeerd griffier

Tribunal de la famille Brabant Wallon, jugement du 21 mai 2017

Nationalité – Déclaration de nationalité – Article 12bis CNB – Participation économique – Intégration sociale – Formation professionnelle – Certificat FOREM

Nationaliteit – Nationaliteitsverklaring – Artikel 12bis WBN – Economische participatie – Maatschappelijke integratie – Beroepsopleiding – Certificaat VDAB

X, né le […] 1990, à […] (Guinée), de nationalité guinéenne, demeurant à (...),
partie **demanderesse** comparaissant assisté de son conseil Me Souayah loco Me Verbrouck Séverine, avocate à 1040 Bruxelles, boulevard Louis Schmid, 56, […]

contre

Monsieur **le Procureur du Roi** près le Tribunal de première instance du Brabant wallon, pour et au nom de son Office,
défendeur comparaissant par Madame D., Substitut du Procureur du Roi,

Vu la déclaration d'acquisition de la nationalité belge faite le 27 avril 2016 devant l'officier de l'état civil de la commune de Perwez sur pied de l'article 12 bis § 1er' 2° du Code de la nationalité belge (ci-après en abrégé « CNB »);

Vu la transmission de cette déclaration au Procureur du Roi qui en a accusé réception le 27 avril 2016;

Vu l'avis négatif émis par M. le Procureur du Roi le 1er août 2016 et notifié à cette date tant à l'officier de l'état civil que, par recommandé, au déclarant;

Vu la lettre recommandée du 10 août 2016 par laquelle la partie demanderesse invite l'officier de l'état civil à saisir ce Tribunal ;

Entendu, à l'audience du 10 mars 2017, la partie demanderesse, assistée de son conseil, en ses dires et moyens et le Ministère public en son avis.

1. L'opposition et la demande de saisine du Tribunal ont été faites dans les délais et les formes prévus par la loi.

Elles sont par conséquent recevables.

2. Dans son courrier du adressé à l'officier de l'état civil de l'administration communale de Perwez, l'Office de Monsieur le Procureur du Roi indique qu'il émet un avis négatif à la déclaration de nationalité faite par la partie demanderesse en raison du non-respect des conditions légales en ce sens que « *l'intéressé n'apporte pas la preuve de 468 jours de travail au cours des 5 ans précédant la demande. La formation professionnelle invoquée ne peut être débitée car elle n'a pas été suivie dans les 5 ans précédant immédiatement la déclaration* ».

A l'audience du 10 mars 2017, le Ministère public a déclaré confirmer son avis négatif.

3.1. La condition de participation économique nécessite notamment que l'intéressé puisse démontrer avoir presté 468 journées de travail au cours des 5 dernières années, étant entendu qu'il peut déduire de ce quota imposé la durée d'une formation (répondant aux conditions de l'article 12 bis §1er, 2°, d. du CNB) suivie dans les 5 ans qui ont précédé la demande.

La déclaration ayant été introduite le 27 avril 2016, les 468 jours de travail et/ou la durée de formation doivent avoir été prestés entre le 27 avril 2011 et cette date.

En l'espèce, M. X démontre, aux moyens des comptes individuels déposés avoir presté durant cette période 620 jours de travail ou assimilés conformément à l'article 1er, §2nd, 7° CNB.

Cette condition est dès lors remplie.

3.2. L'intégration sociale se prouve notamment, au sens de l'article 12 bis §1er, 2°, d. CNB, au moyen d'une formation professionnelle d'au moins 400 heures reconnue par une autorité compétente.

Rien, ni dans la loi du 28 juin 1984 (CNB), ni dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013, ni dans la circulaire du 08 mars 2013, ne permet de restreindre cette condition de formation professionnelle aux formations qui auraient été suivies dans les cinq années précédant la demande.

En l'espèce, M. X dépose un certificat du 13 juin 2013, ainsi qu'une attestation du Forem datée du 17 janvier 2017 précisant que l'intéressé a suivi une formation de peintre en bâtiment au Centre de Forem Formation de Saint-Servais du 15 décembre 2008 au 1er décembre 2010 pour un total de 885 heures.

Il dépose par ailleurs un certificat du 24 septembre 2012 de la Communauté française relatif à un cours de promotion sociale en connaissance de gestion de base, formation valable en son principe, mais dont le volume horaire est inconnu.

Quoi qu'il en soit, M. X remplit donc adéquatement, grâce à sa formation Forem, le critère d'intégration sociale requis par la loi.

3.3. La conformité aux autres conditions reprises à l'article 12 bis §1er, 2° CNB n'est guères contestée par l'Office de M. le Procureur du Roi, de sorte qu'il y a lieu de déclarer le recours de M. X fondé.

Le demandeur apportant ainsi la preuve qu'il est dans les conditions pour obtenir la nationalité belge, il y a lieu de déclarer que l'avis négatif émis le 1er août 2016 par l'Office de Monsieur le Procureur du Roi à l'encontre de la demande de M. X est non fondé.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL

statuant contradictoirement et en premier ressort,

Reçoit la demande ;

La déclare fondée ;

Déclare non fondé l'avis négatif émis par l'Office de M. le Procureur du Roi le premier août 2016 à l'encontre de la déclaration d'acquisition de la nationalité belge faite le 27 avril 2016 à l'officier de l'état civil de la commune de Perwez par M. […];

Dit par conséquent y avoir lieu de faire droit à cette demande d'acquisition de la nationalité belge en application de l'article 12 bis, §1er, 2° CNB ;

Délaisse les dépens, non liquidés, à charge de l'Etat belge.

B. Rychlik A. Donnet

Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 27 avril 2017

Compétence internationale – Droit applicable – Contestation de paternité – Contestation de maternité – Établissement de maternité – Article 61 CODIP – Article 62 CODIP – Article 63 CODIP – Juridiction belge – Application du droit congolais – Possession d'état d'enfant – Test génétique – Nom – Article 36 CODIP – Article 37 CODIP – Nationalité de l'enfant est indéterminée – Article 3, § 4 CODIP – Application du droit belge

Internationale bevoegdheid – Toepasselijk recht – Betwisting vaderschap – Betwisting moederschap – Vaststelling moederschap – Artikel 61 WIPR – Artikel 62 WIPR – Artikel 63 WIPR – Belgische rechtbank bevoegd – Congolees recht van toepassing – Bezit van staat – DNA-test – Naam – Artikel 36 WIPR – Artikel 37 WIPR – Nationaliteit kind onbepaald – Artikel 3, § 4 WIPR – Belgisch recht van toepassing

En cause de

V. agissant en sa qualité de tutrice et représentante légale de L. née le […] 1999 à […], résidant à […]Bruxelles,
Demanderesse

Assistée par Me Caroline Lejeune, avocat dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, rue de l'Aurore 10; […]

Contre

1. […] sans domicilié ni résidence connus en Belgique ou à l'étranger;
Défenderesse

Défaillante

2. […] sans domicilié ni résidence connus en Belgique ou à l'étranger;
Défendeur

Defaillant

3. […] domiciliée à 1080 Bruxelles, […]
Défenderesse

Comparaissant en personne

En cette cause, tenue en délibéré le 14 mars 2017, le tribunal prononce le jugement suivant.

Vu les pièces de la procédure, et notamment:
- La citation signifiée le 26 novembre 2014 par exploit de Me Anne Van Den Berghe, huissier de Justice à Ixelles ;
- L'ordonnance prononcée sur pied de l'article 747§2 CJ. le 21 juin 2016 ;

- Les conclusions de synthèse et seconde conclusions de synthèse déposées pour la partie demanderesse les 23 août 2016 et 2 mars 2017 ;

Entendu la partie demanderesse et son conseil ainsi que madame […] en leurs explications et le ministère public en son avis en chambre du conseil aux audiences des 20 décembre 2016 et 07 mars 2017, à laquelle la cause a été mise en continuation au 14 mars 2017 pour dépôt de pièce.

Les parties […] et […], quoique régulièrement convoquées n'ont pas conclu ni comparu et n'ont pas été représentées.

La cause ayant été fixée sur pied de l'article 747 §2 du code judiciaire, le présent jugement est contradictoire à leur égard.

I. Les faits

L. (selon l'identité reprise à son acte de naissance), ici représentée par sa tutrice légale madame […] (désignée à cette fonction par la décision du service des tutelles du 23 août 2012), est née le […] à Saint-Josse-ten-Noode.

Son acte de naissance la renseigne comme fille d'une dame […], née le […] 1960 à […] (Congo belge) et de son époux, monsieur […] né à […] (Congo) le […] 1946.

Elle soutient toutefois que sa mère biologique est madame […] qui, à l'époque de la naissance, était âgée d'à peine 15 ans (elle est née le […] 1984 à Kinshasa) et se trouvait en situation illégale en Belgique ; celle-ci aurait accouché sous une fausse identité, étant celle d'une amie avec laquelle elle aurait coupé les ponts peu après.

Elle a toujours vécu avec madame […] qui, depuis le […] 2012, l'héberge sous le statut officiel de famille d'accueil désignée par le SAJ de Bruxelles.

II. Les demandes

La demande tend à contester la paternité et la maternité des personnes désignées dans l'acte de naissance dressé le […] 1999, comme les parents de mademoiselle L., de dire pour droit que madame […] est la mère de l'enfant et que celle-ci portera son nom patronymique.

Madame […] marque son accord sur ces demandes et souhaite que L. porte son nom.

Les deux autres parties défenderesses, qui n'ont plus en Belgique de domicile ni de résidence connus, ont fait défaut tout au long de la procédure.

III. Discussion

Droit international privé

Toutes les parties étalent de nationalité congolaise au moment de la naissance de Loyra.

Madame […] est de nationalité portugaise depuis le […] 2003.

En présence d'une situation internationale, le juge belge doit, préalablement, vérifier sa compétence internationale (artîclé 12 du code de droit international privé, ci-après appelé Codip).

Compétence

Le tribunal de première instance de Bruxelles est compétent internationalement (article: 61 1° et 2° du Code de DIP) et territoriale ment (article 629*bis* §5 du Code judiciaire belge), l'une des défenderesses étant domiciliée au moment de la requête (et toujours actuellement) dans l'arrondissement de Bruxelles ; les deux autres n'ont pas de domicile connu.

Droit applicable

L'article 62 du Code de DIP précise que « *l'établissement et la contestation du iien de filiation à l'égard d'une personne sont régis par le droit de l'état dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte.* »

L'article 63 Codip précise que le droit ainsi applicable détermine notamment :
- qui est admis à rechercher ou à contester un lien de filiation,
- la charge et l'objet de la preuve du lien de filiation, ainsi, que la détermination des modes de preuve,
- les conditions et les effets de la possession d'état,
- les délais d'intentement de l'action.

Contestation de maternité

Selon les indications reprises au registre national, madame […] était de nationalité congolaise au moment de la naissance de […].

Il convient en conséquence de faire application du droit congolais.

Aux termes de l'article 598 du code de la famille (loi n°087-010 du 1er août 1987) : « *La déclaration de maternité ne peut être révoquée. Elle peut être contestée par toute personne intéressée ainsi que par le ministère public, s'il est prouvé que celle à qui la maternité a été attribuée n'est pas la mère de l'enfant.* »

L'enfant peut donc agir en contestation.

Quant à l'article 641, il énonce que « *Sauf si la loi dispose autrement, les actions relatives à la filiation sont imprescriptibles.* »

La présente action est donc recevable.

Quant au fond, il apparaît que les dires de la demanderesse sont plausibles, et ce dès lors que madame […] est radiée d'office depuis le 08 novembre 2001 et n'a plus jamais donné le moindre signe de vie depuis lors, alors que […] habite toujours en Belgique et a été élevée par madame […] ainsi qu'en attestent les témoignages et les photos joints au dossier. En outre, un test génétique, réalisé en 2011 a établi, avec une quasi certitude, la maternité de madame […] de […].

Il sera en conséquence fait droit à l'action en contestation de maternité.

Contestation de paternité

La paternité dans le chef de monsieur […] résulte de la présomption légale qui joue à l'égard du mari de la mère.

Madame […] était en effet, à l'époque, mariée avec monsieur […], ainsi qu'il ressort du registre national.

Ce dernier n'a toutefois jamais séjourné en Belgique et aucune mention ne figure sous ce nom au registre national.

Dès lors que le lien de filiation entre l'enfant et madame […] est mis à néant, la présomption de paternité tombe automatiquement.

Il sera dès lors fait droit également à cette action.

Etablissement de la maternité

Madame […] était de nationalité congolaise au moment de la naissance de […].

Il convient en conséquence de faire application du droit congolais.

Aux termes de l'article 600 du code de la famille « Tout enfant peut intenter une action en recherche de maternité. L'enfant qui exerce l'action en recherche de maternité sera tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché. Il sera reçu à prouver la maternité en établissant qu'il a, à l'égard de la mère prétendue, la possession d'état d'enfant. A défaut la preuve de la maternité pourra être faite par témoins.... »

La demande est recevable.

Elle est également fondée, la demanderesse établissant posséder la possession d'état d'enfant à l'égard de madame […] qui le revendique également.
Cette possession d'état est encore renforcée par le fait que la défendèresse héberge officiellement […] depuis 2013, en tant que famille d'accueil.
L'entourage de madame […] atteste que celle-ci agit en tant que mère à l'égard de […]. La directrice de l'école fréquentée par […] entre 2002 et 2011 précise que madame […] s'est bien occupée de sa fille pendant cette période et assistait aux festivités organisées par l'école.

Enfin, le lien biologique entre Madame […] et l'enfant est également établi en vertu de l'analyse génétique réalisée en 2011.

Le nom de l'enfant

Quant au nom, l'article 36 du Codip prévoit la compétence des tribunaux belges lorsque la personne concernée est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande, ce qui est le cas en l'espèce.

L'article 37 précise que « la détermination du nom et des prénoms d'une personne est régie par le droit de l'état dont cette personne a la nationalité. »

[…] possède pour l'instant la nationalité congolaise, ses deux parents légaux étant également congolais.

Eu égard à la mise à néant de ces deux liens de filiation, il n'est pas établi que […] conservera cette nationalité.

Toutefois, l'attribution immédiate et automatique de la nationalité de sa mère, portugaise actuellement, n'est pas non plus établie.

Le tribunal considère dès lors que la nationalité de l'enfant est pour l'instant indéterminée.

En conséquence, conformément à l'article 3 §4 du code de droit international privé, il convient de se référer à la loi de la résidence habituelle, en l'occurrence, le droit belge.

L'article 335 §3 dernier alinéa du code civil énonce que : « *En cas de modification de la filiation paternelle ou maternelle durant la minorité de l'enfant en suite d'une action en contestation sur la base des articles 312, § 2, 318, §§ 5 et 6, ou 330, §§ 3 et 4, le juge acte le nouveau nom de l'enfant choisi, le cas échéant, par les parents selon les règles énoncées au § 1er ou à l'article 335ter, § 1er.* ».

En l'espèce, madame […] demande que sa fille porte son nom, ce qui a été acté au plumitif et ce qui correspond également à la demande de l'enfant.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL,

statuant en premier ressort, contradictoirement,

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 07 mars 2017;

Rejetant toutes conclusions autres ou contraires,

Dit les demandes recevables et fondées

En conséquence, dit que l'enfant […] née le […] 1999 à Saint-Josse-ten-Noode, n'est pas la fille de […], né à […] (Congo) le […] 1946, à la famille duquel elle ne peut appartenir et dont elle ne pourra plus porter le nom, ni de […] née le […] 1960 à […] (Congo) ;

Déclare fondée la demande en établissement de la maternité concernant cet enfant à l'égard de madame […] née le […] 1984 à […] et dit que […] née le […] 1999 à Saint-Josse-ten-Noode est la fille de madame […] née le […] 1984 ;

Acte que L. portera désormais le nom de « […] ».

Dit que le dispositif du présent jugement sera transmis par le ministère public à l'officier de l'état civil de commune de Saint-Josse-ten-Noode pour être transcrit dans les registres de l'état civil conformément aux dispositions de l'article 333 § 2 du code civil ;

Délaisse à chaque partie les dépens qu'elle a exposés et dit qu'aucune indemnité de procédure ne sera due par une partie à une autre.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la 12ème chambre du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, tribunal de la famille, le 27-04-2017,
à laquelle siégeaient :

N. Romain	Greffier Délégué
S. Annaert	Vice-Présidente, Juge

Tribunal de la famille Namur (div. Namur), jugement du 17 mai 2017

Nationalité – Déclaration de nationalité – Article 12bis, § 1, 2° CNB – Séjour légal – Attestation d'immatriculation – Effet déclaratif – Article 7bis, § 2 CNB – Arrêté royal du 14 janvier 2013 – Faits personnels graves – Article 1, § 2, 4° CNB – Suspicion par la Sûreté de l'Etat de salafisme

Nationaliteit – Nationaliteitsverklaring – Artikel 12bis, § 1, 2° WBN – Wettelijk verblijf – Attest van immatriculatie – Declaratief karakter – Artikel 7bis, § 2 WBN – Koninklijk besluit van 14 januari 2013 – Gewichtige feiten eigen aan de persoon – Artikel 1, § 2, 4° WBN – Verdenking door de Veiligheid van de Staat van salafisme

En cause de

Monsieur **X,** né à […] (Yougoslavie), le (...), demeurant (...) à […] Namur,

Demandeur
Ayant comparu en personne, assisté de Me Gravy, avocat à Namur,

En présence de

Son épouse, madame **Y,** née à Arlon, le (...), résidant avec lui,
Laquelle comparaît en personne,

I. <u>Indications de procédure</u>

Figurent au dossier de la procédure, notamment:

- Le jugement prononcé par le Tribunal de céans le 30 mars 2017;
- La procédure qui lui est antérieure;
- Sa notification;
- Les pièces déposées à l'audience du 3 mai 2017 par le conseil du demandeur;
- La note du Ministère Public;
- La note d'audience du demandeur;

En Chambre du Conseil, à l'audience du 3 mai 2017:

- Le conseil du demandeur a comparu et a plaidé;
- Le demandeur et son épouse ont comparu et se sont expliqué;
- Madame Véronique Condrotte, Substitut du Procureur du Roi, a été entendue en son avis verbal;
- Dès après, les débats ont été déclarés clos et l'affaire prise en délibéré;

Il a été fait usage de la langue française en application des articles 1, 6, 30, 34, 35, 36, 37, 40 et 41 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

II. Motivation

1. A l'audience du 3 mai 2017, le demandeur et son conseil ont signalé au Tribunal de céans qu'ils entendaient modifier la base légale de leur demande, la fondant désormais sur l'article 12 bis 2° du CNB.

2. Selon cette disposition légale:

§ 1er. Peuvent acquérir la nationalité belge en faisant une déclaration conformément à l'article 15 (...):
2° l'étranger qui:
a) atteint l'âge de dix-huit ans;
b) et séjourne légalement en Belgique depuis cinq ans;
c) et apporte la preuve de là connaissance d'une des trois langues nationales;
d) et prouve son intégration sociale:
- ou bien par un diplôme ou un certificat délivré par un établissement d'enseignement organisé, reconnu ou subventionné par une Communauté ou par l'Ecole royale militaire et qui est au moins du niveau de l'enseignement secondaire supérieur;
- ou bien en ayant suivi une formation professionnelle d'au moins 400 heures reconnue par une autorité compétente;
- ou bien en ayant suivi un cours d'intégration prévu par l'autorité compétente de sa résidence principale au moment où il entame son cours d'intégration;
- ou bien en ayant travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années comme travailleur salarié et/ou comme agent statutaire nommé dans la fonction publique et/ou comme travailleur indépendant à titre principal;
e) et prouve sa participation économique:
- soit en ayant travaillé pendant au moins 468 journées de travail au cours des cinq dernières années en tant que travailleur salarié et/ou agent statutaire dans la fonction publique;
- soit en ayant payé, en Belgique, dans le cadre d'une activité professionnelle indépendante exercée à titre principal, les cotisations sociales trimestrielles dues par les travailleurs indépendants pendant au moins six trimestres au cours des cinq dernières années;
La durée de la formation suivie dans les cinq ans qui ont précédé la demande visée au 2°, d), premier et/ ou deuxième tirets, est déduite de la durée de l'activité professionnelle requise de 468 jours minimum ou de la durée de l'activité professionnelle indépendante à titre principal.

3. Plusieurs conditions sont requises pour l'application de cette disposition légale, indépendamment de la condition des faits personnels graves, puisqu'il est fait reproche au demandeur par les services de la sûreté de l'Etat d'être un salafiste.

Ceci sera examiné après les conditions d'application de l'article 12 bis 2° du CNB.

a) Le demandeur est majeur.

Il n'y a aucune difficulté de ce côté.

b) Le séjour légal depuis cinq ans.

Le Tribunal de céans a relevé, dans son jugement du 29 mars 2017, que Monsieur avait disposé d'une attestation d'immatriculation communément appelée «carte Orange» dès le 3 février 2010 et ensuite d'une carte F dès le 23 juillet 2010.

Il a ajouté que la condition de séjour légal devait être acquise au 13 juillet 2015, date du dépôt de la demande de nationalité à la Ville de Namur.

Il a ordonné la réouverture des débats, interpellant le demandeur quant à la possibilité de prise en considération de la « carte Orange » au titre de séjour légal, compte tenu de la liste des titres de séjour à prendre en considération tels qu'ils résultent de l'AR du 14 janvier 2013, au sein de laquelle celle-ci ne se trouve pas (ce qui impliquerait *en principe* que cette condition ne soit pas acquise).

Le demandeur a déposé une note d'audience dans lequel il précise que la CJUE a jugé à plusieurs reprises que la délivrance d'un titre de séjour légal avait un effet déclaratif de droits, soit rétroactif au jour de la demande : *« (...) cette jurisprudence a été suivie par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 208-587 du 29 octobre 2010. Cet arrêt est relatif à la prise de cours du délai de 2 ans dans lequel le titre de séjour d'un étranger bénéficiant d'une carte F peut être retirée. Le Conseil a, dans cet arrêt, considéré que le jour de la délivrance de l'attestation d'immatriculation devait être le point de départ du délai de 2 ans, en se basant sur la jurisprudence de la CJUE.*

On peut dès lors considérer qu'en vertu de la primauté et de l'effet direct du droit européen, ainsi que sur base de la primauté des normes de droit international sur le droit belge, l'attestation d'immatriculation peut être considérée comme le point de départ d'un titre de séjour légal lorsque ce titre est effectivement délivrépuisque celui-ci a un effet déclaratif et donc rétroactif jusqu'au jour de l'introduction de la demande. En l'occurrence, cela signifie que le demandeur remplissait bel et bien la condition de « séjour légal de plus de 5 ans » au jour de l'introduction de sa demande le 13 juillet 2015».

ïl estime que la condition de séjour légal de 5 ans, préalablement à la demande du 13 juillet 2015, est donc acquise.

En réalité, il s'observe que:

- L'article 7 bis § 2 du CNB dispose que *«§ 1. Pour l'application des dispositions du présent Code en matière d'acquisition ou de recouvrement de la nationalité belge, l'étranger doit avoir fixé sa résidence principale en Belgique sur la base d'un séjour légal*[1]*, et ce, aussi bien au moment de l'introduction de sa demande ou déclaration que durant la période la précédant immédiatement. Tant le séjour légal que la résidence principale doivent être ininterrompus.*
  § 2. On entend par séjour légal:
  1° en ce qui concerne le moment de l'introduction de la demande ou déclaration: avoir été admis ou autorisé au séjour illimité dans le Royaume ou à s'y établir en vertu de la loi sur les étrangers;
  2° en ce qui concerne la période qui précède : avoir été admis ou autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume ou autorisé à s'y établir conformément, à la loi sur les étrangers ou la loi de régularisation[2]*.*
  Le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les documents qui seront pris en considération en tant que preuve du séjour visé à l'alinéa 1er.
  § 3. Dans les cas prévus par le présent Code, le caractère ininterrompu du séjour défini au § 2 n 'est pas affecté par des absences temporaires de six mois maximum et ce, pour autant que ces absences ne dépassent pas au total une durée d'un cinquième des délais requis par le présent Code dans le cadre de l'acquisition de la nationalité »;

- L'attestation d'immatriculation, appelée communément «carte Orange », est répertoriée à l'annexe 4 de l'AR du 8 octobre 1981. Il s'agit d'un titre de séjour temporaire, attestant du traitement en cours d'un demandeur d'autorisation de séjour ou de protection internationale introduite en Belgique;

[1] C'est le Tribunal de céans qui souligne;
[2] Ibid.;

- Elle ne figure pas dans la liste reprise à l'article 4 de l'AR du 14 janvier 2013, énumérant les titres de séjour qui, en exécution du Code de la nationalité, sont à prendre en considération en tant que preuve du séjour légal;

- La circulaire du 8 mars 2013 relative à certains aspects de la loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration, publiée au Moniteur Belge le 14 mars 2013, évoque le fait que *«(...) pour la période qui précède (n.d.l.r. : la demande), l'intéressé, devra, par application de l'article 7bis, § 2, C.N.B., avoir été admis ou autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume ou autorisé à s'y établir conformément à la loi sur les étrangers ou la loi sur les régularisations*.

  Sur la manière dont les notions de séjour légal au sens du § 2 de l'article 7bis C.N.B. doivent concrètement être appréhendées, l'on se reportera à ce qui est exposé au chapitre III de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 qui énonce de manière exhaustive la liste des documents de séjour à prendre en considération en tant que preuve du séjour légal ».

Il doit se considérer que d'une part exclure des documents qui doivent être acceptés comme preuve de séjour légal pour la période qui précède la déclaration de nationalité l'attestation d'immatriculation ou « carte Orange », et d'autre part admettre que la liste reprise à l'article 4 de l'AR du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration est exhaustive, contreviendrait à l'article 7 bis § 2 du CNB, ci-avant rappelé.

En effet, cette disposition n'exige pas un « titre de séjour » en tant que tel mais que le demandeur ait été « admis » ou « autorisé » à séjourner sur le territoire du Royaume plus de trois mois, conformément à la loi sur les étrangers ou la loi de régularisation, soit notamment la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ou à la loi de régularisation.

Par voie de conséquence, une attestation d'immatriculation délivrée pour une période s'étalant en l'espèce du 3 février 2010 au 21 juin 2010, puis du 21 juin 2010 au 6 août 2010 (interrompue par la délivrance d'une carte F (voir ci-avant), soit au total pour plus de trois mois, répond à cette exigence légale.

En d'autres termes, ce document de séjour répond aux conditions de la loi qui prime dans tous les cas sur l'arrêté royal.

La jurisprudence est fixée dans ce sens[3].

Il s'ensuit que la condition de séjour légal est acquise en l'espèce.

c) La connaissance d'une des trois langues nationales.

Cette condition, commune à tout l'article 12 bis, a déjà été jugée acquise au terme du jugement prononcé par le Tribunal de céans le 29 mars 2017.

---

[3] Civ. Gand , 21 avril 2016, *Rev. dr. étr. 188*, 2016, 272 à 274 : *« La liste reprise à l'article 4 de l'AR du 14 janvier 2013 cite les documents qui doivent être acceptés comme preuve de séjour légal pour la période qui précède la déclaration de nationalité. Considérer cette liste comme exhaustive contreviendrait, à l'article 7 bis, §2 CN. En effet, cette disposition n'exige pas un « titre » de séjour mais une « admission » ou une « autorisation » à s'établir plus de 3 mois sur le territoire belge conformément à la loi sur les étrangers ou à la loi de régularisation. Une attestation d'immatriculation délivrée pour une période de 6 mois répond à cette exigence légale. Ce document de séjour répond donc aux conditions de la loi qui prime dans tous les cas sur l'arrêté royal »*;

Il n'y a plus lieu d'y revenir.

d) La condition d'intégration sociale est remplie dès lors que Monsieur a suivi une formation de 2.064,50 heures, comme déjà constaté par ie Tribunal de céans en son jugement du 29 mars 2017, dont il n'est pas contesté qu'elle est reconnue par une autorité compétente.

e) Enfin, la condition de participation économique doit être vérifiee, étant précisé que la durée de la formation est déduite du nombre de jours de travail légalement exigé.

Monsieur a travaillé 229 jours (jugement du 29 mars 2017) et sa formation fut de 281 jours (donnant les 2.064,50 euros susvisées).

Aussi, Monsieur a-t-il le nombre de jours légalement exigé.

4. Quid des faits personnels graves (identification de Monsieur par la Sûreté de l'Etat comme étant un salafiste)?

Selon l'article 15 du CNB, *«(...) L'étranger fait la déclaration devant l'officier de l'état: civil de sa résidence principale (...). Dans un délai de quatre mois à compter de la date du récépissé visé au § 2, le procureur du Roi peut émettre un avis négatif sur l'acquisition de la nationalité belge lorsqu'il existe un empêchement résultant de faits personnels graves (...) ou lorsque les conditions de base, qu'il doit indiquer, ne sont pas remplies »*.

L'article 2 de l'AR du 14 janvier 2013 précise quant à lui que *«(...) Constituent un fait personnel grave:*
1° toute condamnation pénale menant à une peine d'emprisonnement ferme qui figure dans le casier judiciaire, à moins qu'une réhabilitation n 'ait été obtenue;
2° tout fait susceptible de donner lieu à une condamnation telle que visée au 1° et au sujet duquel une information a été ouverte par le parquet dans l'année qui précède la déclaration ou là demande et qui est toujours pendante;
3° tout fait susceptible de donner lieu à une condamnation telle que visée au 1° et au sujet duquel une instruction judiciaire est toujours pendante;
4° le fait de se livrer à toute activité qui menace ou pourrait menacer les intérêts fondamentaux de l'Etat telle qu'elle est définie par les articles 7 et 8 de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité;
5° le fait, établi par décision judiciaire coulée en force de chose jugée, que la personne concernée a obtenu son titre de séjour légal sur la base d'un mariage de complaisance ou forcé ou d'une cohabitation de complaisance ou forcée ».

Par ailleurs, selon la Circulaire relative à certains aspects de la loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration, *«(...) L'empêchement résultant de faits personnels graves constitue, avec l'absence des conditions de base requises dans l'une et l'autre procédure, un des fondements possibles de l'avis négatif que le procureur du Roi peut être amené à donner au sujet d'une déclaration de nationalité ou d'une demande de naturalisation.*

Afin de tendre vers une uniformisation de la notion de «faits personnels graves» et garantir une égalité de traitement à tous les candidats à la nationalité belge, le législateur s'est attaché à qualifier de faits personnels graves un certain nombre de faits qui, à son estime, relevaient incontestablement du champ d'application de cette notion.

Une première liste contenant des éléments représentant en tout état de cause des «faits personnels graves» a ainsi été établie à l'article 1er, § 2, 4°, C.N.B. tel que modifié par l'article 2 de la loi. Cette liste a ensuite été complétée par le chapitre II de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Il est à relever que les listes établies dans la loi et l'arrêté royal se fondent d'une part sur les critères d'appréciation des demandes de naturalisation de la Chambre des représentants et d'autre part sur la pratique des procureurs du Roi du Royaume qui apprécient cette notion au regard de la moralité du candidat belge mais aussi du respect témoigné envers les lois et normes belges susceptibles dans certains cas de faire obstacle à l'acquisition de la nationalité belge ».

Le Tribunal de céans relève en effet que selon l'article 1er, § 2, 4° du CNB, on entend par faits personnels graves *«(...) des faits qui sont notamment:*
a) le fait de se trouver dans l'un des cas visés aux articles 23, 23/1 ou 23/;
b) le fait d'adhérer à un mouvement ou à une organisation considéré comme dangereux par la Sûreté de l'Etat;
c) l'impossibilité de contrôler l'identité ou la résidence principale ou de garantir l'identité;
d) le fait que le juge ait infligé au demandeur une peine définitive, coulée en force de chose jugée, en raison d'une quelconque forme de fraude fiscale ou sociale».

En l'espèce, l'avis négatif du Ministère Public est fondé sur un courrier de la Sûreté de l'Etat, relativement lapidaire, du 30 juillet 2015 selon lequel Monsieur est connu de ses services comme *« (...) étant un salafiste.*

Le salafisme est un courant extrêmement conservateur de l'Islam prônant un retour à la société telle qu'elle existait au temps du Prophète Muhammad et de ses premiers successeurs (...). Cette forme de pensée s'oppose à la société occidentale considérée comme mécréante, rejette la séparation cle la religion et de l'Etat et aspirer à instaurer la Charia (loi coranique) comme forme de système légal (...)».

Monsieur se défend d'être un salafiste, admettant pratiquer un Islam traditionnel et rigoriste, porter la barbe et aller à la mosquée *«(...) lorsqu'il a le temps».*

Son épouse est Belge et elle était déjà convertie lorsqu'il l'a rencontrée.

Il indique qu'il n'a jamais eu aucun problème avec les autorités judiciaires et policières (ce qui est tout à fait exact), avoir des amis qui sont Belges pour la plupart et faire la différence *« (...) entre la religion et les lois, les lois de l'Etat venant en premier ».*

Son épouse confirme les propos de son mari.

Le Tribunal de céans, par jugement du 16 novembre 2016, a donc invité le Ministère Public à faire procéder à diverses auditions, Monsieur ayant indiqué qu'il était intégré socialement et qu'il souhaitait travailler au plus vite, ce qui devait être vérifié.

De ces devoirs, il ressort clairement que;

- L'enquête de voisinage réalisée par les Services de Police révèle que Monsieur et son épouse sont bien connus de leurs voisins ; ce sont des personnes appréciées, polies, posées et serviables. Elles sont très bien considérées, et ne se font pas remarquer. L'agent de quartier indique n'avoir *« (...) rien constaté d'anormal quant aux habitudes de vie et de comportements des intéressés. Rien ne nous a été signalé en ce sens»;* par ailleurs, il ressort des auditions réalisées que le couple et leurs enfants ont une vie extérieure, fréquentant le parc, etc... ;

- L'audition de Monsieur xxx, Président du (...), Club de football, indique que Monsieur y est affilié comme joueur depuis 3 années. Il n'a absolument rien à lui reprocher, Monsieur faisant preuve d'une bonne mentalité tant sur le terrain qu'au dehors. Son épouse n'assiste pas aux matchs et n'est jamais présente lors des festivités organisées par le Club;

- Monsieur xxx décrit Monsieur comme quelqu'un de tout à fait normal. Il est serviable. Le témoin n'a jamais remarqué qu'il avait *«(..) des fréquentations bizarres ou un comportement bizarre ou des idées bizarres»*, ajoutant que si *«(...) j'avais remarqué quelque chose de particulier à son sujet, notamment par rapport à ce qui se passe par exemple en Syrie, je me serais éloigné de lui»*. Il sait que Monsieur ambitionne d'être chauffagiste indépendant, ce qui n'est pas possible selon lui s'il n'a pas la nationalité belge;

- Monsieur xxx décrit Monsieur comme quelqu'un de respectueux, de souriant et de positif;

- Monsieur xxx entraîneur de football de Monsieur, indique: *« (...) je n'ai rien à dire sur lui. Il s'agit d'une personne correcte. Au niveau du football, je n'ai rien à lui reprocher. Il vient régulièrement avec ses enfants au football ainsi que son épouse »*;

- Madame xxx institutrice de l'enfant de Monsieur, prénommé xxx indique que ce dernier a un comportement normal, sans aucun problème. Il est très bien intégré. Elle ajoute *« (...) j'ai rencontré les parents à quelques reprises depuis l'arrivée de xxx Je n'ai rien de particulier à signaler. La maman est toujours voilée et se montre toujours très correcte avec nous. xxx est un garçon sans problème (...). Le papa vient plus rarement, il est plus taiseux. je n'ai jamais eu de grandes conversations avec lui (...). je sais que les parents sont très pratiquants de leur religion. Un jour, xxx m'a dit que son papa était parti en voyage en SERBIE. xxx a été invité un jour à jouer chez un camarade de classe, mais ses parents ont refusé. Je n'ai pas d'autres éléments à vous donner»;*

- Madame xxx directrice de l'école fréquentée par l'enfant de Monsieur, indique que celui-ci *«(...) fait l'objet d'absences tout à fait normales pour un enfant de son âge. Il est en 2ème maternelle. Il a un comportement normal »*;

- L'épouse de Monsieur a été auditionnée: elle rappelle qu'elle était convertie avant de rencontrer Monsieur, et qu'elle n'a plus fréquenté la Mosquée depuis mai 2015, préférant consacrer son temps à ses deux enfants, la prière à la Mosquée n'étant pas une réelle obligation. Son mari va à la Mosquée deux à trois fois par semaine, *« (...) un peu comme il en a envie ».* Elle ajoute: *« (...) je porte le voile depuis fin 2010. Je le porte de mon plein gré. Mon mari ne m'a jamais obligée à le porter d'une quelconque façon. Je fais la prière chez moi en fonction de mon emploi du temps. J'ai un Coran chez moi, une version arabe et une version en français. Je lis parfois quelques versets sans plus. Mon mari fait de même à ce propos. D'ailleurs chez moi, il n'y a pas de cadre ou objet de décoration avec des extraits du Coran. Je ne regarde pas les vidéos de propagande islamique ni mon mari non plus sur internet, ni sur la télévision. Il n'y a pas de télévision chez moi, ni de parabole. Internet suffit car pour la télévision, il y a des taxes (...) »*. Madame indique que son mari et elle-même ont un compte commun, et qu'elle fréquente ses amies, à Namur, à Eghezee, etc... et qu'ils reçoivent régulièrement chez eux. Madame indique ne pas comprendre qu'on qualifie son époux de salafiste. Elle précise qu'il s'agit d'une personne *«(...) honnête, douce et respectueuse. Il sait rendre service et faire plaisir à son entourage. Il ne m'a jamais rien imposé ni non plus à nos deux enfants »*;

- Enfin, Monsieur lui-même sera entendu. Il confirme les propos de son épouse et déclare en sus: *«(...) je suis de religion islamique. J'ai été élevé par mes parents qui sont de la même religion. Je me rends à la mosquée de Namur (...). Je fais la prière chez moi. J'ai bien un Coran arabe et français chez moi (...). Je demande la nationalité belge pour aussi encore mieux être intégré dans la*

communauté belge. Je ne comprends pas pourquoi le jugement (n.d.l.r.: le jugement n'a jamais jugé cela mais simplement repris les motifs de l'opposition du Ministère Public) *indique que je suis salafiste. J'ai bien souvenance d'avoir fréquenté une personne il y a plus d'une dizaine d'années. J'ai appris par l'intermédiaire d'une connaissance que cette personne avait été interrogée comme terroriste par les enquêtes de la police de Namur (...). Elle travaille à la Région wallonne. J'estime que je suis une personne honnête, douce et respectueuse. Je rends des services aux personnes et je sais faire plaisir à mon entourage. Je n'impose rien à mon épouse (...). J'estime que je suis déjà bien intégré »;*

De ce qui précède, le Tribunal de céans estime qu'il n'existe objectivement aucun empêchement, lié à la notion de faits personnels graves, qui justifierait que Monsieur ne puisse prétendre à la nationalité belge.

Il est vraisemblable qu'il soit identifié par la Sûreté de l'Etat [dont on relèvera que quoiqu'interpellée par le Tribunal de céans en application de l'article 877 du CJ, elle n'a fait parvenir aucune information complémentaire) de par la fréquentation, ancienne, d'une personne connue pour avoir des idées radicales (voir l'audition de Monsieur).

L'entourage amical de Monsieur est unanime en le décrivant comme une personne aimable, serviable et non violente.

Monsieur est intégré par la pratique du sport, deux à trois fois par semaine, et souhaite l'être davantage encore, ce qui est louable, par l'accession à une profession, laquelle ne pourra qu'accroître ladite intégration.

Dans ces conditions, il sera fait droit à la demande, rien ne s'y opposant.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL

- Après avoir entendu Madame Véronique Condrotte, Substitut du Procureur du Roi, en son avis verbal;
- Vidant sa saisine:
- Dit la demande, déjà jugée recevable antérieurement, fondée;
- Ce faisant:
- Dit l'opposition non fondée;
- Dit la déclaration de nationalité recevable et fondée;
- Ordonne l'accomplissement des formalités légales à la diligence du Ministère Public;

Ainsi jugé et prononcé, en langue française, à l'audience publique de la deuxième chambre du Tribunal de la famille, près du tribunal de première instance de Namur, Division Namur, le dix-sept mai deux mille dix-sept par monsieur Nicolas Gendrin, juge siégeant en qualité de juge unique, assisté de madame Jacqueline Sternon, greffier, en présence de madame Véronique Condrotte, substitut du procureur du Roi.

Tribunal de première instance de Liège (div. Verviers), jugement du 23 janvier 2017

Impossibilité de se procurer l'acte de naissance et l'acte de célibat – Irak – Requête en homologation d'un acte de notoriété – Article 72bis C. civ. – Article 70 C. civ.

Onmogelijk om geboorteakte en celibaatsattest voor te leggen – Irak – Verzoek tot homologatie van akte van bekendheid – Artikel 72bis BW – Artikel 70 BW

I. Vérification de la procédure

Les actes de procédure suivants figurent au dossier:

- La requête en homologation de l'acte de notoriété déposée au greffe le 20 octobre 2015 et les pièces y jointes
- L'ordonnance du 23 mai 2016 et les pièces y visées
- Les conclusions après réouverture des débats déposées par monsieur X au greffe le 11 octobre 2016
- Le dossier de pièces déposé par le requérant à l'audience du 12 décembre 2016

La partie demanderesse, et le ministère public, ont été entendus, en chambre du conseil, à l'auclience du 12 décembre 2016.

Il a été fait application des articles 1, 30, 37 à 41 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

II. Antécédents

Monsieur M. de nationalité irakienne.

Le 27 avril 2015, le notaire Stiers dresse un acte rédigé comme suit:
« 1. Madame xxx [...]
2. Mademoiselle xxx [...]
Les comparants sous 1. Et 2. Agissant en qualité de témoins,
Nous ont déclaré connaître personnellement Monsieur X [...] et vouloir attester de ses noms, prénoms, lieu et date de naissance ainsi que de son domicile et nationalité, conformément à l'article 11 de la loi de Ventôse.
Les témoins confirment donc qu'il est de notoriété publique que Monsieur X, prénommé, est célibataire ».

Cet acte est présenté au Tribunal en vue de son homologation.

Dans ses conclusions déposées à l'audience du 25 avril 2016, le requérant réitère sa demande principale d'homologation de l'acte de notoriété et, à titre subsidiaire, il postule que avant dire, le tribunal l'autorise ainsi que sa compagne à« prêter serment afin de témoigner dela véracité de [ses] dires ».

Dans son ordonnance du 23 mai 2016, le tribunal, avant dire droit quant à la recevabilité et au fondement de la demande, a invité le demandeur à s'expliquer:

- Pour ce qui concerne le pan « acte de naissance », quant à la possibilité pour le tribunal d'homologuer un acte émanant d'un notaire, et quant à la possibilité d'autoriser la compagne du requérant à prêter un quelconque serment
- Pour ce qui concerne le pan « acte de célibat », quant au fondement de l'action

Dans ses dernières conclusions, le requérant postuler d'être autorisé « à suppléer l'acte de notoriété, en ce compris l'acte de célibat, par une déclaration sous serment au sens de l'article 72*bis* du Code civil ».

Le ministère public à l'audience a émis un avis favorable à la demande.

III. <u>Décision du tribunal</u>

1. Le requérant précise qu'il fonde sa demande sur l'article 72*bis* du Code civil, et sollicite d'être autorisé à suppléer l'acte de notoriété par une déclaration sous serment en ce compris relative à son statut de célibataire.

En vertu de l'article 70 du Code civil, l'époux qui se trouve dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance, doit produire un document équivalent délivré par les autorités diplomatiques ou consulaires de son pays de naissance. En cas d'impossibilité ou de difficultés sérieuses à se procurer ce dernier document, il peut suppléer à l'acte de naissance en produisant un acte de notoriété délivré par le juge de paix de son domicile. L'article 72*bis* ajoute que si l'un des futurs époux est dans l'impossibilité de se procurer cet acte de notoriété, il peut y être suppléé, avec l'autorisation du tribunal de la famille, donnée sur requête, le ministère public entendu, par une déclaration sous serment du futur lui-même. Il est fait mention de cette déclaration dans l'acte de mariage.

2. Monsieur X affirme qu'il est né en Irak le […] 1991, et qu'il a introduit une demande d'asile en Belgique le 25 janvier 2010 (demande dont il ne précise pas le sort qui y a été réservé par l'administration).

Pour établir l'impossibilité de se procurer son acte de naissance, le requérant fait valoir qu'il lui est impossible d'obtenir les légalisations requises par l'administration (en Jordanie à défaut d'ambassade belge en Irak). Il n'a pas de famille en Jordanie, n'a pas la possibilité de s'y déplacer (puisqu'il n'a pas de titre de séjour), tandis que l'Etat islamique contrôle une partie du territoire qui serait difficilement accessible.

Le tribunal estime que l'impossibilité pour le requérant de se procurer un acte de naissance est établie à suffisance de droit. Il ne peut pas plus produire un acte de notoriété à défaut de pouvoir présenter des témoins valables.

Il convient par conséquent de l'autoriser à prêter le serment requis par la loi.

Ce serment portera non seulement sur ses nom, prénom, profession et domicile et ceux de ses père et mère, s'ils sont connus, ainsi que sur le lieu et sur la date de sa naissance, mais également sur son état civil[1], compte tenu de l'impossibilité devant être reconnue également d'obtenir toute information utile quant à ce depuis le pays d'origine.

[1] Voy. admettant le sennent sur ce point H. Englert, L'absence d'acte d'état civil dans les situations familiales internationales, *in* P. Wautelet (dir.), Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique, CUP, vol. 118, Liège, Anthémis, 2010, p. 240

3. Les dépens seront délaissés au requérant.

PAR CES MOTIFS,

Statuant contradictoirement,

Autorise le requérant, Monsieur X**,** domicilié à […] Spa, […], à effectuer lui-même devant Monsieur l'Officier de l'Etat civil compétent, la déclaration sous serment visée à l'article 72bis du Code civil et portant sur ses nom, prénom, profession et domicile et ceux de ses père et mère, s'ils sont connus, sur le lieu et sur la date de sa naissance ainsi que sur son état civil;

Délaisse au requérant la charge des dépens.

Prononcé à l'audience publique du Tribunal de Première instance de Liège, Division de Verviers, Tribunal de la Famille, 10ème chambre, le vingt-trois janvier deux mille dix-sept.

Présents: Madame Marie Demaret, juge unique présidant la Chambre,
Madame Brigitte Piret, Substitut du Procureur du Roi.
Madame Laurie Renard, Greffier.

RECHTSLEER/DOCTRINE

Den Haese, Sarah (Universiteit Gent) – Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland

Commentaar bij *Paradiso en Campanelli/Italië*[1]

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna "EHRM") sprak zich in *Paradiso en Campanelli* uit over de beslissing van Italië om een kind, geboren in Rusland via de tussenkomst van een Russische draagmoeder, te scheiden van zijn Italiaanse wensouders.

I. FEITEN

1.1 Italiaanse wensouders doen beroep op Russische draagmoeder

1. Verzoekers in deze zaak zijn een Italiaans gehuwd koppel. Toen bleek dat ze zelf niet in staat waren om een kind op te wereld te brengen, besloot het koppel zich kandidaat te stellen voor adoptie. In december 2006 verkreeg het koppel hiervoor officieel de toelating van de bevoegde Italiaanse rechtbank. Na jaren van vruchteloos wachten op een adoptiekind, contacteerde het koppel een ziekenhuis in Moskou (Rusland) dat bekend stond voor het faciliteren van (internationale) draagmoederschapsovereenkomsten. Eenmaal in contact gebracht met een geschikte draagmoeder, sloot het koppel een draagmoedersovereenkomst en reisde de vrouw met het sperma van haar man naar Rusland. Het betrokken ziekenhuis in Moskou verzekerde verzoekers dat de zaadcellen van de man gebruikt zouden worden voor het bevruchten van anoniem gedoneerde eicellen. Na een succesvolle in vitro bevruchting werden twee embryo's ingepland bij de draagmoeder.[2]

2. In februari 2011 beviel de draagmoeder van een gezonde jongen. In een schriftelijke verklaring gaf ze haar toestemming om de naam van de wensouders op te nemen in de geboorteakte van de jongen. Enkele dagen na de geboorte nam de wensmoeder, die kort voor de geboorte naar Moskou was gereisd, de jongen mee naar een door haar gehuurd appartement. Het contact tussen de wensmoeder en het kind enerzijds en de wensvader anderzijds verliep via het internet.[3]

3. In april 2011 contacteerde de wensmoeder het Italiaanse consulaat in Moskou met de vraag haar zoon van de nodige documenten te voorzien zodat ze samen naar Italië konden reizen. De wensmoeder overhandigde de van een apostille voorziene Russische geboorteakte waarin zijzelf en haar echtgenoot vermeld werden als juridische ouders van het kind. Het Italiaanse consulaat zag geen problemen en overhandigde de nodige reisdocumenten.[4] Echter, eenmaal in Italië begonnen de moeilijkheden. Het Italiaanse consulaat in Moskou had de autoriteiten in Italië immers meegedeeld dat de documenten van de jongen valse informatie zouden bevatten.[5] De Italiaanse autoriteiten namen de beschuldigen geuit door het consulaat in Moskou ter harte en stelden zowel op strafrechtelijk als burgerlijke vlak een procedure in. Deze twee procedures, ingesteld door het Openbaar Ministerie, werden doorkruist door een burgerlijke procedure, ingesteld door de verzoekers zelf, waarmee ze de registratie van de Russische geboorteakte beoogden.

---

[1] Reeds opgenomen in: *Tijdschrift@ipr.be* 2017, nr. 1, 7.
[2] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, §§ 8-12.
[3] Ibid., §§ 13-15.
[4] Ibid., § 17; Volledigheidshalve kan hier verwezen worden naar de zaak *D. en anderen/België*, EHRM 8 juli 2014, nr. 29176/13, waar het Hof zich boog over de weigering van België om de nodige reisdocumenten te verlenen aan een kind geboren Oekraïne, via de tussenkomst van een draagmoeder, met Belgische wensouders.
[5] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 19.

1.2 Strafrechtelijke procedure

4. Het Openbaar Ministerie besloot de verzoekers te vervolgen voor de foutieve voorstelling van de burgerlijke staat, het gebruik van vervalste documenten en het schenden van de wetgeving inzake internationale adoptie en medisch begeleide voortplanting.[6] Uit het geannoteerde arrest blijkt niet of verzoekers al dan niet werden veroordeeld voor deze tenlasteleggingen.[7]

1.3 Burgerlijke procedures

Procedure ingesteld door het Openbaar Ministerie

5. Naast het instellen van een strafrechtelijke procedure, besloot het Openbaar Ministerie om een procedure te starten voor de burgerlijke rechtbank. Het Openbaar Ministerie was immers de mening toegedaan dat het betrokken kind zich in een staat van verlatenheid[8] bevond waardoor het in aanmerking kwam voor adoptie. De gevatte rechter stelde onmiddellijk een voogd *ad hoc* aan en schortte, op vraag van deze laatste, de ouderlijke verantwoordelijkheid van de verzoekers op. De rechter gelastte tevens een sociaal onderzoek en beval een DNA-test zodat de biologische band tussen de wensvader en het kind zou komen vast te staan.[9] Geheel onverwachts bleek de DNA-test negatief.[10] Rekening houdend met het feit dat het kind niet verwant was met (ten minste één van) zijn wensouder(s), dat de wensouders om en bij de 50.000 euro hadden betaald en dat de wensouders er zelf voor gekozen hadden om de Italiaanse (adoptie)wetgeving te omzeilen, besloot de rechter dat het in het belang van het kind was om weggehaald te worden bij zijn wensouders en (tijdelijk) geplaatst te worden in een opvangtehuis.[11]

6. Tegen deze beslissing tekenden de wensouders hoger beroep aan. De wensouders waren van mening dat de Italiaanse autoriteiten de inhoud van de Russische geboorteakte niet zomaar naast zich neer konden leggen. Het hof van beroep volgde deze redenering niet en verwierp het beroep. Het hof herhaalde dat het kind zich wel degelijk in een staat van verlatenheid bevond aangezien de appellanten (lees: de wensouders) niet beschouwd konden worden als de (juridische) ouders. Het hof achtte het bovendien niet nodig om de uitkomst af te wachten van de procedure tegen de weigeringsbeslissing van de gemeente, ingesteld door de wensouders zelf, om de inhoud van de Russische geboorteakte te registreren. Tegen deze beslissing van het hof stond geen cassatieberoep open.[12]

Procedure ingesteld door de wensouders

7. Niet alleen het Openbaar Ministerie probeerde via de tussenkomst van een burgerlijke rechter zijn slag thuis te halen (lees: verhinderen dat het kind opgevoed zou worden door de wensouders), ook de wensouders kozen voor de tussenkomst van een rechter, zij het met als doel de bescherming van hun familieleven door de overschrijving van de inhoud van de Russische geboorteakte in de Italiaanse registers af te dwingen. De rechter in eerste aanleg achtte zich echter zonder rechtsmacht. Tegen deze beslissing tekenden de wensouders beroep aan. De voogd *ad hoc* voerde aan dat appellanten niet over de vereiste *locus standi* beschikten om tegen de weigeringsbeslissing van de gemeente op te treden. Het hof volgde deze redenering evenwel niet. Het loutere feit dat de

---

[6] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 21.
[7] Ibid., § 56.
[8] Uit de Italiaanse Adoptiewet volgt dat een kind zich in een staat van verlatenheid bevindt wanneer hij het moet stellen zonder enige emotionele en materiële steun van zijn ouders of een ander familielid dat verantwoordelijkheid is voor het verstrekken van deze steun (met uitzondering van een tijdelijk geval van overmacht). Het probleem in deze zaak was niet dat het kind niet emotioneel en materieel ondersteund werd, maar dat deze steun niet verstrekt werd door de biologische ouder(s). Zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 63.
[9] Ibid., §§ 22-25.
[10] Ibid., § 30; Het rapport opgemaakt door een team van sociaal werkers, daarentegen, kende een positieve uitkomst. Zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 25.
[11] Ibid., §§ 36-37.
[12] Ibid., §§ 39-41.

appellanten in de Russische geboorteakte vermeld stonden als zijnde de "ouders" van het kind, was voor het hof voldoende. Echter, aangezien het kind biologisch niet verwant was met ten minste één van zijn wensouders, oordeelde het hof dat er *in casu* geen sprake was van hoogtechnologisch draagmoederschap en dat de draagmoederschapsovereenkomst de Russische wetgeving inzake draagmoederschap schond.[13] Het hof kwam tot het besluit dat het onverenigbaar zou zijn met de openbare orde om de inhoud van de Russische geboorteakte op te nemen in de Italiaanse registers aangezien de akte vals was. Het verweer van appellanten dat ze steeds te goeder trouw hadden gehandeld, veranderde volgens het hof niets aan de zaak.[14] Hoewel tegen deze beslissing een cassatieberoep openstond, maakten de wensouders hiervan geen gebruik.[15]

Adoptieprocedure

8. Uiteindelijk verbleef het kind gedurende 15 maanden in een opvangtehuis vooraleer het werd geplaatst in een gezin met het oog op adoptie. Het werd de wensouders in deze periode verboden om contact te zoeken met het kind. Op verzoek van de voogd *ad hoc* verkreeg het kind een nieuwe identiteit en werd de adoptieprocedure verdergezet zonder tussenkomst van de wensouders.[16]

Procedure voor het EHRM

9. De scheiding van hun kind, het feit dat de Italiaanse autoriteiten weigerden om de inhoud van de Russische geboorteakte te erkennen en het gegeven dat hun kind werd afgestaan voor adoptie, bracht verzoekers ertoe een verzoekschrift in te dienen bij het EHRM. De zaak werd voor de eerste maal beslecht in een arrest van 27 januari 2015.[17] De Italiaanse overheid kon zich echter niet vinden in de beslissing van de Kamer en verzocht daarom, conform artikel 43 EVRM, om de verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer waar de zaak uiteindelijk definitief beslecht werd op 25 januari 2017.[18] Het is deze laatste zaak die het voorwerp vormt van deze commentaar en die aangeduid zal worden met de term "geannoteerd arrest".

II. WEIGERING VAN ITALIË OM DE RUSSISCHE GEBOORTEAKTE NA GRENSOVERSCHRIJDEND DRAAGMOEDERSCHAP TE ERKENNEN: SCHENDING VAN ARTIKEL 8 EVRM?

10. In de procedure voor het EHRM beweerden de verzoekers dat de weigering van Italië, om de Russische geboorteakte opgemaakt na draagmoederschap te erkennen, een schending uitmaakte van het recht op eerbiediging van het privé- en familieleven (artikel 8 EVRM) en dit zowel in hoofde van het kind (2.1) als in eigen hoofde (2.2).[19]

2.2 Vermeende schending in hoofde van het kind

11. De Italiaanse overheid was van mening dat het de verzoekers aan bekwaamheid ontbrak om het kind in rechte te verdedigen. In zijn arrest van 27 januari 2015 verduidelijkte het EHMR dat het noodzakelijk is om de vertegenwoordiging van kinderen voor het EHRM niet op een restrictieve en zuiver technische manier te benaderen. Het EHRM benadrukte dat rekening moet worden gehouden met de band tussen het betrokken kind en zijn vertegenwoordiger(s), het voorwerp en het doel van het verzoekschrift en de aanwezigheid van een eventueel belangenconflict.[20]

---

[13] Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat het onduidelijk is of de Russische wetgeving, op het ogenblik dat het kind werd geboren, daadwerkelijk een biologische band vereiste met ten minste één van de wensouders. De vereiste van een biologische band werd immers pas ingeschreven in een wet die van kracht ging na de geboorte van het kind. Zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, §§ 73-74.
[14] Ibid., §§ 32, 46-48.
[15] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 62.
[16] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, §§ 49-55.
[17] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*.
[18] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*.
[19] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 3.
[20] Ibid., § 48.

12. In deze kwam het EHRM tot het besluit dat de wensouders niet de vereiste bekwaamheid bezaten om een vordering in te stellen in naam van het kind. Het EHRM kwam tot deze conclusie door rekening te houden met volgende elementen: de afwezigheid van een biologische band tussen het kind en (één van) de wensouder(s), het gegeven dat het kind door de Italiaanse autoriteiten geplaatst was onder voogdij, het feit dat de ouders er niet in geslaagd waren om hun ouder-kind relatie te laten registreren in Italië, dat het kind ondertussen een nieuwe identiteit verkreeg en dat het voor de wensouders onmogelijk bleek om het kind te adopteren. Dit deel van het verzoekschrift werd dan ook onontvankelijk verklaard.[21]

13. Het EHRM stelt mijns inziens terecht dat de bekwaamheid van ouders om hun kinderen in rechte te vertegenwoordigen niet beperkend noch zuiver technisch mag worden benaderd. Een te restrictieve invulling zou er immers voor zorgen dat de (grond)rechten van kinderen onvoldoende gewaarborgd worden. Hoewel het EHRM toelaat dat kinderen in eigen naam en zonder procesvertegenwoordiging optreden als verzoeker in een procedure worden ze in de meeste gevallen toch vertegenwoordigd.[22] Het hoeft immers geen betoog dat het instellen van een procedure voor het EHRM geen sinecure is en een zekere maturiteit veronderstelt. In *Scozzari en Giunta/Italië* aanvaardde het EHRM dat de kinderen vertegenwoordigd werden door hun moeder, hoewel de nationale autoriteiten haar hadden ontzet uit haar ouderlijk gezag. Het EHRM was van mening dat haar hoedanigheid van biologische ouder[23] volstond om in naam van de kinderen een verzoekschrift in te dienen met het oog op de verdediging van hun belangen.[24]

14. Uit de feiten van deze zaak blijkt dat het betrokken kind op het ogenblik van het neerleggen van het verzoekschrift voor het EHRM amper één jaar oud was. Er kan dus bezwaarlijk worden gesteld dat het kind in eigen naam en zonder procesvertegenwoordiging kon optreden als verzoeker. De vertegenwoordiging van het kind door de wensouders lijkt op het eerste zicht dan ook evident. Echter, dit bleek niet het geval te zijn.

15. Vooreerst blijkt het EHRM belang te hechten aan de band die bestaat tussen het betrokken kind en zijn vertegenwoordiger(s). Uit de beslissing van de Kamer in geannoteerd arrest en het hierboven genoemde arrest *Scozzari en Giunta/Italië* kan worden afgeleid dat het EHRM hiermee de aanwezigheid van een biologische band bedoelt.[25] Aangezien er in het geannoteerde arrest geen biologische band bestaat tussen het kind en zijn wensouders, weigerde het EHRM dan ook de vertegenwoordiging van het kind door de wensouders. De vereiste van het EHRM dat er een biologische band aanwezig moet zijn om het kind in rechte te kunnen vertegenwoordigen, is echter merkwaardig aangezien de Kamer, bij de beoordeling over de grond van de zaak, besliste dat de relatie tussen het kind en de wensouders wel degelijk onder de notie "familieleven" viel.[26] Het feit dat de ouders deel hadden uitgemaakt van de eerste belangrijke levensfase van het kind en dat ze, minstens initieel, ouderlijk gezag hadden over het kind, was voor de Kamer voldoende om te besluiten dat er een *de facto* familieband bestond.[27] De voorwaarde dat er tussen de vertegenwoordiger(s) en het betrokken kind een biologische band moet bestaan, strookt mijns inziens dan ook niet met de

[21] Ibid., §§ 49-50.

[22] G. Maes, "Jeugd(beschermings)recht in internationaal perspectief: invloeden van het EVRM" in N. Caluwé, J. Colle, B. De Smet, S. D'hondt, N. De Vos, H. De Wiest, A. Gieselink, G. Maes, M. Pertegas Sender, T. Robert, F. Swennen, T. Vander Beken, E. Van der Mussele en L. Veny (eds.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 305-306.

[23] Het EHRM spreekt in *Scozzari en Giunta/Italië* over "*natural mother*".

[24] EHRM 13 juli 2000, nr. 39221/98 en 41963/98, *Scozzari en Giunta/Italië*, § 138.

[25] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 49; EHRM 13 juli 2000, nr. 39221/98 en 41963/98, *Scozzari en Giunta/Italië*, § 138.

[26] Cf. *infra* randnr. 23.

[27] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli/Italië, § 69. Volledigheidshalve is het belangrijk om indachtig te houden dat deze beslissing, uitgesproken door de Kamer, vervangen werd door de beslissing van de Grote Kamer van 24 januari 2017. Echter, wat de ontvankelijkheid van het verzoek betrof, volgde de Grote Kamer de redenering van de Kamer. Zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 86 j° 84.

rechtspraak van het EHRM wat betreft de betekenis van de notie familieleven in de zin van artikel 8 EVRM.[28]

16. De aan- of afwezigheid van een biologische band is echter niet het enige element waarmee rekening moet worden gehouden om na te gaan of de verzoeker(s) bekwaam is/zijn om, in naam van het betrokken kind, een vordering in te stellen voor het EHRM. In zijn arrest van 27 januari 2015 benadrukte het EHRM immers het belang van het voorwerp en het doel van de vordering.[29] In geannoteerde zaak beoogden de wensouders o.a. de juridische erkenning van de in Rusland vastgelegde afstammingsband van hun kind geboren via de tussenkomst van een draagmoeder. Rekening houdend met het feit dat de verzoekers in het bezit waren van een formeel geldige Russische geboorteakte en het gegeven dat Rusland lid is van de Raad van Europa, ben ik van mening dat de band tussen de verzoekers en het betrokken kind in geannoteerde zaak voldoende is aangetoond om minstens een beroep in te kunnen stellen bij het EHRM. Het EHRM deelde deze mening echter niet. Aangezien Italië weigerde om de ouder-kind relatie (juridisch) te erkennen, het kind ondertussen een nieuwe identiteit verkreeg en er een nieuwe geboorteakte werd opgemaakt en het de wensouders werd verboden om het kind te adopteren, besloot het EHRM dat er voldoende elementen aanwezig waren om de wensouders de vereiste bekwaamheid te ontzeggen.

17. Tot slot had het EHRM in zijn arrest van 27 januari 2015 ook aandacht voor de mogelijkheid van een belangenconflict.[30] Wanneer de belangen van de verzoeker(s) tegengesteld zouden kunnen zijn aan deze van het betrokken kind, is het wenselijk dat de belangen van het kind door een derde worden vertegenwoordigd. Het EHRM ging hier echter niet dieper op in waardoor een uitgebreide analyse van de mogelijkheid/wenselijkheid tot het aanduiden/betrekken van een (nationaal aangeduide) voogd *ad hoc* het bestek van deze commentaar te buiten gaat.

3.1 Vermeende schending in hoofde van de wensouders

Beoordeling door de Kamer

18. De Italiaanse overheid was van mening dat het verzoekschrift van de wensouders onontvankelijk was aangezien ze hadden nagelaten om de nationale rechtsmiddelen uit te putten. Wat de vermeende schending van artikel 8 EVRM betrof aangaande de weigering van Italië om de Russische geboorteakte na grensoverschrijdend draagmoederschap te erkennen, volgde het EHRM, in zijn arrest van 27 januari 2015, de redenering van de Italiaanse overheid. Aangezien de verzoekers hadden nagelaten om cassatieberoep in te stellen tegen de beslissing van het hof van beroep om de inhoud van de Russische geboorteakte niet te erkennen[31], was niet voldaan aan artikel 35, §1 EVRM. Dit deel van het verzoekschrift werd dan ook onontvankelijk verklaard.[32]

Beoordeling door de Grote Kamer

19. In lijn met zijn vaststaande rechtspraak oordeelde de Grote Kamer dat het uitspraak moest doen over de zaak zoals deze ontvankelijk werd verklaard door de Kamer.[33] De vermeende schending van artikel 8 EVRM aangaande de weigering van Italië om de Russische geboorteakte na draagmoederschap te erkennen, werd dus niet onderzocht door de Grote Kamer. Hierdoor

[28] Het belang en de betekenis van de notie "familieleven" wordt uitvoerig besproken onder puntje IV.
[29] Cf. *supra* randnr. 11.
[30] Cf. *supra* randnr. 11.
[31] Cf. *supra* randnr. 7.
[32] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 62.
[33] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 84. Zie ook: J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene* beginselen, Antwerpen, Intersentia, 2005, 416-417.

onderscheidt deze zaak zich duidelijk van de arresten *Mennesson*[34]*, Labassee*[35]*, Foulon en Bouvet*[36] en *Laborie*[37].

III. BESLISSING VAN ITALIË OM HET KIND TE SCHEIDEN VAN ZIJN WENSOUDERS: SCHENDING VAN ARTIKEL 8 EVRM?

20. Naast de weigering van de Italiaanse autoriteiten om de Russische geboorteakte te erkennen, klaagden verzoekers ook de beslissing van Italië aan om het kind te plaatsen in een opvangtehuis en later in een pleeggezin met het oog op adoptie. Verzoekers waren de mening toegedaan dat deze scheiding een schending uitmaakte van het recht op eerbiediging van het privé- en familieleven (artikel 8 EVRM) en dit zowel in hoofde van het kind (3.1) als in eigen hoofde (3.2).[38]

3.1 Vermeende schending in hoofde van het kind

21. Wat de vermeende schending van artikel 8 EVRM aangaande de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders in hoofde van het kind betreft, kan ik kort zijn. Het EHRM verklaarde dit deel van het verzoekschrift immers onontvankelijk om de hierboven reeds uiteengezette redenen.[39]

3.2 Vermeende schending in hoofde van de wensouders

Beoordeling door de Kamer

22. In eerste instantie moest het EHRM zich ook hier uitspreken over de ontvankelijkheid van de vordering. De Italiaanse overheid had voor het EHRM immers opgeworpen dat ook dit deel van het verzoekschrift onontvankelijk moest worden verklaard bij gebrek aan uitputting van de nationale rechtsmiddelen. Het EHRM volgde de redenering van de Italiaanse overheid echter niet en verklaarde de vordering toelaatbaar.[40]

23. Vooraleer het EHRM zich boog over de vraag of de scheiding tussen het betrokken kind en de wensouders een (ongeoorloofde) schending inhield van artikel 8 EVRM, ging het na of er in geannoteerde zaak wel sprake was van een "familieleven" in de zin van artikel 8 EVRM. Hoewel het EHRM zeer duidelijk stelde dat artikel 8 EVRM geen recht tot het stichten van een gezin, noch het recht om te adopteren inhoudt, besliste het EHRM dat er *in casu* wel degelijk sprake was van een *de facto* familieleven. De afwezigheid van een biologische band met (ten minste één van) de wensouder(s) en het feit dat de ouder-kind relatie juridisch niet werd erkend in Italië, werd opgevangen door het feit dat de ouders deel hadden uitgemaakt van de eerste belangrijke levensfase van het kind en dat ze, minstens initieel, ouderlijk gezag hadden over het kind.[41] Het feit dat verzoekers amper zes maanden met het kind hadden kunnen doorbrengen, vormde geen hindernis voor het EHRM.[42]

24. Het EHRM stelde daarnaast ook vast dat de onmogelijkheid voor verzoekers om de afstamming langs vaderszijde erkend te zien in Italië en de rechterlijke beslissingen die aanleiding hadden gegeven tot het weghalen en plaatsen van het kind, een inmenging vormde in hun recht tot respect voor hun privé- en familieleven.[43] Uit artikel 8 EVRM en vaste rechtspraak van het EHRM blijkt dat iedere inmenging in het recht op eerbieding van het privé- en familieleven een schending uitmaakt van dit

[34] EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson/Frankrijk*.
[35] EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee/Frankrijk.*
[36] EHRM 21 juli 2016, nr. 9063/14 en 10410/14, *Foulon en Bouvet/Frankrijk*.
[37] EHRM 19 januari 2017, nr. 44024, *Laborie/Frankrijk.*
[38] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 3.
[39] Cf. *supra* randnr.'s 11-12.
[40] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 63.
[41] Ibid., *Italië*, §§ 67-69.
[42] Zie ook: EHRM 8 juli 2015, nr. 29176/13, *D. en anderen/België*, § 49.
[43] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 71.

artikel, tenzij de inmenging (1) voorzien is bij wet, (2) één of meerdere legitieme doelen nastreeft én (3) noodzakelijk is in een democratische samenleving.

25. Toegepast op de feiten in deze zaak oordeelde het EHRM vooreerst dat de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders, voorzien was bij wet. De Italiaanse wetgeving voorzag immers in de mogelijkheid om een kind, in staat van verlatenheid, te plaatsen in een opvangtehuis of pleeggezin met het oog op adoptie.[44] Zoals hierboven reeds opgemerkt, bevindt een kind zich in een staat van verlatenheid wanneer het geen emotionele en materiële steun van zijn ouders ontvangt. *In casu* bestond geen twijfel over de vraag of het kind voldoende werd ondersteund. Het sociaal onderzoek had dit immers aangetoond. [45] Wel bestond onduidelijkheid over de vraag of het kind wel ouders, in de juridische betekenis van het woord, had. Hoewel de wensouders in het bezit waren van een formeel geldige Russische geboorteakte, benadrukte het EHRM dat Italië het recht had om de inhoud van de buitenlandse geboorteakte te controleren. Het apostille attesteert immers louter de formele geldigheid en zegt niets over de inhoud van het document. Aangezien er in geannoteerde zaak een grensoverschrijdend element aanwezig was, besloten de Italiaanse autoriteiten om de aan- of afwezigheid van een afstammingsband langs vaderszijde te onderzoeken volgens het recht aangewezen door de nationale IPR regels.[46] Conform de Italiaanse IPR regels wordt de afstamming bepaald door het nationaal recht van het kind op het ogenblik van de geboorte.[47] Vermits het kind het resultaat was van een bevruchting tussen een anonieme zaad- en eicel, kwamen de Italiaanse autoriteiten tot het besluit dat de nationaliteit van het kind niet kon worden vastgesteld. Het kind droeg niet de Russische nationaliteit aangezien de Russische draagmoeder haar rechten bij de geboorte had afgestaan aan de wensouders en de loutere geboorte op het grondgebied van de Russische federatie niet volstaat voor het verkrijgen van de Russische nationaliteit. Het kind was ook niet in het bezit van de Italiaanse nationaliteit aangezien het verbod op draagmoederschap het onmogelijk maakte voor de wensouders om hun band met het kind wettelijk te verankeren. Bijgevolg kwamen de Italiaanse autoriteiten tot het besluit dat het kind zich wel degelijk in een staat van verlatenheid bevond. Interessant aan deze zaak is dat het EHRM zich niet uitspreekt over de technieken die soevereine Staten gebruiken voor het bepalen van het toepasselijk recht in een internationale situatie, maar enkel nagaat of de betrokken Staat, bij toepassing van deze techniek, een billijk evenwicht wist te vinden tussen de belangen van de gemeenschap enerzijds en de belangen van de verzoekers anderzijds.[48]

26. Nadat vaststond dat de beslissing van de Italiaanse autoriteiten om het kind te scheiden van zijn wensouders voorzien was bij wet, onderzocht het EHRM of deze beslissing minstens één legitiem doel nastreefde. Het EHRM aanvaardde dat de plaatsing van het kind was ingegeven vanuit het voorkomen van wanordelijkheden en de bescherming van de rechten en vrijheden van het kind.[49]

27. Tot slot ging het EHRM na of de scheiding van het kind met zijn wensouders noodzakelijk was in een democratische samenleving. Het EHRM was van oordeel dat de Italiaanse autoriteiten niet onredelijk hadden gehandeld wat betreft de strikte toepassing van de nationale wet voor het vaststellen van de afstammingsband tussen het kind en de wensouders en de niet-erkenning van een

---

[44] Ibid., § 72.

[45] Cf. *supra* voetnoot 10.

[46] Er wordt dus geen melding gemaakt van de vaststelling van de afstamming van moederszijde. Dit is niet zo merkwaardig aangezien Italië, net zoals België, het *mater semper certa est* beginsel hanteert waardoor het onmogelijk is om de wensmoeder als de juridische moeder van het kind te beschouwen.

[47] Zie: art. 33 Wet inzake het Italiaans Internationaal Privaatrecht van 1995 (Wet nr. 218): "*Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita*." Voor een correcte vertaling zie: EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 57 en 171: "*The legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth*". Voor een foutieve vertaling zie: EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 72: "*Paternity is determined by the national law of the country in which the child was born*". (De onderlijningen werden door de auteur aangebracht.)

[48] Zie ook: EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson/Frankrijk*, § 84.

[49] EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 73.

in het buitenland rechtsgeldig tot stand gekomen afstammingsband.[50] Echter, het EHRM achtte het noodzakelijk om na te gaan of de genomen maatregel, *in casu* de scheiding en plaatsing van het kind met het oog op adoptie, wel beschouwd kon worden als zijnde proportioneel. In andere woorden: het EHRM ging na of de Italiaanse autoriteiten wel voldoende rekening hadden gehouden met de belangen van het kind. De Italiaanse autoriteiten achtten een scheiding tussen het kind en zijn wensouders noodzakelijk omdat de biologische ouders van het kind onbekend waren, de draagmoeder het kind bij zijn geboorte had afgestaan en de wensouders de wetgeving inzake adoptie en medisch begeleide voortplanting hadden geschonden waardoor er ernstige twijfels rezen over hun ouderlijke en emotionele vaardigheden. Het EHRM, daarentegen, benadrukte dat de scheiding van een kind met zijn ouders een verregaande maatregel is die slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden uitgesproken. Enkel wanneer een kind zich in een situatie van onmiddellijk gevaar bevindt, kan toepassing worden gemaakt van deze maatregel. Het loutere feit dat Italië een einde wenste te stellen aan de, in zijn ogen, illegale toestand, was voor het EHRM onvoldoende. Het EHRM ging dan ook over tot het vaststellen van een schending van artikel 8 EVRM wat betreft de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders. De veroordeling van Italië door het EHRM betekende evenwel niet dat Italië nu verplicht werd om het kind te herenigen met zijn wensouders. Doordat het kind ondertussen een sterke vertrouwensband had opgebouwd met zijn adoptieouders, oordeelde het EHRM dat een nieuwe scheiding niet in het belang van het kind was.

28. De beslissing van het EHRM van 27 januari 2015 werd in de rechtsleer niet door iedereen op applaus onthaald.[51] Ook de Italiaanse overheid kon zich niet vinden in het arrest en vroeg, op grond van artikel 43 EVRM, de verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer. Het verzoek van Italië werd door de Grote Kamer aanvaard waardoor het EHRM zich opnieuw over de zaak boog.

Beoordeling door de Grote Kamer

29. De Grote Kamer ging, net zoals de Kamer, in eerste instantie na of de relatie tussen de wensouders en het kind onder de notie familie- en/of privéleven vervat in artikel 8 EVRM viel. In tegenstelling tot de Kamer, kwam de Grote Kamer tot het besluit dat er *in casu* niet voldaan was aan de voorwaarden om te kunnen spreken van een familieleven. De aanwezigheid van een ouderlijk project en het bestaan van een sterke emotionele band tussen de wensouders en het betrokken kind, ontwikkeld gedurende de eerste belangrijke levensfase van het kind, waren in de ogen van de Grote Kamer onvoldoende. Het feit dat er geen biologische band bestond tussen (één van) de wensouders(s) en het betrokken kind, dat de wensouders slechts zes maanden hadden samengewoond met het kind en dat ze zich bewust hadden moeten zijn van de moeilijkheden op juridisch vlak om de erkenning van hun (in het buitenland tot stand gebrachte) afstammingsband te bekomen, bracht de Grote Kamer ertoe om te besluiten dat de relatie tussen de wensouders en het kind niet onder de notie familieleven viel.[52] Echter, rekening houdend met de oprechte intenties van de wensouders om in te staan voor de opvoeding van een kind, het recht van mensen om zowel hun keuze om kinderen te hebben als hun beslissing om er geen te krijgen, gerespecteerd te zien en het recht van mensen om relaties met anderen op te bouwen, besloot de Grote Kamer dat de feiten in deze zaak wel onder de notie privéleven vielen.[53]

30. Eenmaal duidelijk dat de relatie tussen de wensouders en het kind beschermd werd door artikel 8 EVRM, ging de Grote Kamer na of Italië een inbreuk had gepleegd op deze bepaling. De Grote Kamer was van mening dat de beslissing van Italië om het kind te scheiden van de wensouders en te plaatsen in een opvangtehuis en later een pleeggezin met het oog op adoptie, een inmenging vormde in hun recht op eerbiediging van hun privéleven. De Grote Kamer herhaalde dat iedere inmenging aanleiding

[50] Ibid., § 77; *A contraria* EHRM 28 juni 2007, nr. 76240/01, *Wanger en J.M.W.L./Luxemburg*, § 135.
[51] Zie bijv.: G. PUPPINCK en C. DE LA HOUGUE, "Paradiso and Campanelli v. Italy: The ECHR validates the sale of a child through surrogacy", *Revue Lamy Droit Civil* 2015, 41-45. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2605819, geraadpleegd op 19 september 2017)
[52] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 157.
[53] Ibid., §§ 163-164.

geeft tot een schending van artikel 8 EVRM, tenzij de inmenging (1) voorzien is bij wet, (2) één of meerdere legitieme doelen nastreeft én (3) noodzakelijk is in een democratische samenleving.[54]

31. Rekening houdend met de feiten van deze zaak, kwam de Grote Kamer tot het besluit dat de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders en te plaatsen, voorzien was bij wet. Net zoals de Kamer, wees de Grote Kamer op het belang en de betekenis van het Haags Apostilleverdrag van 1961 en het recht van Staten om de inhoud van buitenlandse documenten te controleren aan de hand van hun nationaal IPR en hun materieel recht. Italië had volgens de Grote Kamer terecht toepassing gemaakt van de Italiaanse adoptiewetgeving en het kind – in overeenstemming met deze wet – geplaatst in een opvangtehuis aangezien hij zich in een staat van verlatenheid bevond.[55]

32. Nadat vaststond dat de beslissing van de Italiaanse autoriteiten om het kind te scheiden van zijn wensouders voorzien was bij wet, onderzocht de Grote Kamer of deze beslissing minstens één legitiem doel nastreefde. De Grote Kamer aanvaardde, net zoals de Kamer, dat de plaatsing van het kind was ingegeven vanuit de wil wanordelijkheden te voorkomen en de rechten en vrijheden van het kind te beschermen. Interessant in deze zaak is dat de Grote Kamer aanvaardde dat de praktijk van Italië om enkel ouder-kind relaties te erkennen wanneer er een biologische band is of wanneer de relatie het gevolg is van een geldig tot stand gekomen adoptie, steunt op een legitiem doel, namelijk het beschermen van kinderen.[56] Uiteraard moet worden opgemerkt dat de aanwezigheid van één of meerdere legitieme doelen niet voldoende is om een inmenging in het privéleven van de wensouders te rechtvaardigen. De inmenging moet immers ook noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.

33. Om te kunnen antwoorden op de vraag of de beslissing van Italië om het kind te scheiden van zijn wensouders noodzakelijk was in een democratische samenleving, onderzocht de Grote Kamer drie zaken. Vooreerst ging de Grote Kamer na of Italië *in casu* over een beperkte dan wel ruime appreciatiemarge beschikte. De Grote Kamer besloot dat Italië over een ruime appreciatiemarge beschikte vermits de zaak ethisch gezien bijzonder gevoelig lag. Aangezien noch de identiteit van het kind, noch zijn afstammingsband met zijn biologische ouder aan de orde was, wat wel het geval was in bijv. de *Mennesson* zaak, zag de Grote Kamer geen reden om de ruime appreciatiemarge in te beperken. Echter, de Grote Kamer benadrukte dat een ruime appreciatiemarge niet gelijkstaat aan een *carte blanche* voor de betrokken Verdragsstaat.[57]Vervolgens onderzocht de Grote Kamer of de elementen, in aanmerking genomen door Italië om te besluiten dat het kind gescheiden moest worden van zijn wensouders, relevant en afdoende waren.[58] De Grote Kamer was van mening dat dit het geval was.[59] Tot slot nam de Grote Kamer de belangen van de wensouders, het betrokken kind en de samenleving in ogenschouw en ging het na of er *in casu* een billijke belangenafweging had plaatsgevonden. Wat het belang van de samenleving betrof, aanvaardde de Grote Kamer dat de Italiaanse adoptiewetgeving en deze inzake medisch begeleide voortplanting tot doel hadden om kinderen (en vrouwen) te beschermen tegen onrechtmatige praktijken en gebruiken die Italië, vanuit ethisch oogpunt, bijzonder problematisch vindt.[60] Het belang van het betrokken kind in deze zaak bestond zeer specifiek uit het feit dat hij het recht had om opgevoed te worden door een geschikt koppel. Aangezien de wensouders in strijd hadden gehandeld met de internationale adoptiewetgeving en de Italiaanse wetgeving inzake medisch begeleide voorplanting én er geen biologische band was

[54] Ibid., §§ 166-167.
[55] Ibid., §§ 169-174.
[56] Ibid., §§ 177-178.
[57] Ibid., §§ 194-195.
[58] Welke elementen door Italië in aanmerking werden genomen, is terug te vinden in EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië,* §§ 189-191.
[59] Ibid., §§ 196-199.
[60] Ibid., §§ 202-203.

met het kind, konden de wensouders bezwaarlijk worden aanzien als zijnde "geschikt".[61] Het belang van de wensouders bestond dan weer uit hun recht om hun relatie met het betrokken kind verder te zetten.[62] De wensouders konden zich *in casu* immers niet beroepen op hun recht tot eerbiediging van hun familieleven aangezien hun relatie met het betrokken kind niet onder de notie familieleven viel. De Grote Kamer hechtte veel belang aan het feit dat de belangen van de samenleving zeer zwaarwichtig waren, dat Italië uitvoerig gemotiveerd had waarom een scheiding noodzakelijk was in het belang van het kind én dat de wensouders hadden gehandeld in strijd met de internationale adoptiewetgeving en de nationale wetgeving inzake medisch begeleide voortplanting.[63]

34. Uiteindelijk besliste de Grote Kamer dat Italië, door het kind te scheiden van zijn wensouders en te bepalen dat deze maatregel geen onherstelbare schade zou toebrengen aan het kind, een billijke belangenafweging had gemaakt en binnen zijn ruime beoordelingsmarge was gebleven. Italië had artikel 8 EVRM, dat het recht op eerbieding van het privéleven inhoudt, dus niet geschonden.[64]

IV. BELANG VAN DE NOTIE "FAMILIELEVEN"

35. Uit bovenstaande uiteenzetting blijkt zeer duidelijk dat de invulling die wordt gegeven aan de notie familieleven een enorme impact heeft op de bescherming waarop de verzoekers zich kunnen beroepen. Wanneer het EHRM van mening is dat de feiten enkel onder het toepassingsgebied van de notie privéleven van artikel 8 EVRM vallen, is de bescherming die het EHRM biedt tegen een eventueel ongeoorloofde inmenging minder sterk dan wanneer de feiten kunnen worden ondergebracht onder de notie familieleven. Het recht op het in stand houden van een familieleven weegt immers zwaarder door dan het recht om relaties uit te bouwen met anderen. De vraag dringt zich dan ook op welke betekenis het EHRM doorheen de jaren heeft toegekend aan de notie familieleven en wat dit betekent voor wensouders die zich met hun kind, geboren via de tussenkomst van een draagmoeder, willen vestigen in een Verdragsstaat waar draagmoederschap niet geregeld of verboden is.

4.1 Betekenis van de notie "familieleven"

36. Het begrip familieleven wordt niet gedefinieerd in het EVRM maar wordt ingevuld door het EHRM. Het EHRM maakt hierbij gebruik van de dynamische of evolutieve interpretatiemethode. Dit houdt in dat het EHRM o.a. rekening houdt met de evoluerende opvattingen in de samenleving, sociale veranderingen en de vooruitgang in de medische wereld. De betekenis van de notie familieleven bij de totstandkoming van het EVRM in 1950 is dus van ondergeschikt belang. [65]

37. Algemeen wordt aanvaard dat het bestaan van een familieleven, in de zin van artikel 8 EVRM, een feitenkwestie is waarbij de aanwezigheid van dichte persoonlijke banden doorslaggevend is.[66] Concreet betekent dit dat niet enkel relaties die voortvloeien uit het huwelijk onder de notie familieleven vallen, maar ook bepaalde *de facto* familiebanden.

Kind geboren buiten het huwelijk

38. In het welgekende arrest *Marckx* veroordeelde het EHRM België voor het maken van het (ongeoorloofde) onderscheid tussen wettige en onwettige (of natuurlijke) kinderen. Het EHRM stelde in dit arrest dat de relatie tussen mevrouw Marckx en haar dochter (met wie zij een biologische band had) niet verschilt van deze tussen een gehuwde vrouw en haar kind. Aangezien geen discussie bestond over het feit dat mevrouw Marckx sinds de geboorte beschikte over ouderlijke verantwoordelijkheid en steeds had ingestaan voor de zorg en opvoeding van haar dochter, oordeelde

[61] Ibid., § 206.
[62] Ibid., § 207.
[63] Ibid., §§ 210-211.
[64] Ibid., §§ 215-216.
[65] J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene* beginselen, Antwerpen, Intersentia, 2005, 192-195.
[66] EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx/België*, § 31 en EHRM 12 juli 2001, nr. 25702/94, *K. en T./Finland*, § 150.

het EHRM dat er *in casu* sprake was van een werkelijk familieleven.[67] Enkele jaren later verduidelijkte het EHRM dat ook de relatie tussen een ongehuwd koppel en hun (biologische) kinderen die samenwonen onder hetzelfde dak, onder de notie familieleven valt.[68]

39. Uit de arresten *Marckx* en *Johnston* zou kunnen worden afgeleid dat de aanwezigheid van een biologische band met de moeder (en eventueel ook de vader) volstaat om te kunnen spreken van een familieleven. Echter, uit een grondige lezing van de arresten en latere rechtspraak volgt dat dit niet het geval is.[69] Om aanspraak te kunnen maken op het recht op eerbiediging van het familieleven, moet de biologische ouder aantonen dat hij/zij ook nauwe persoonlijke banden heeft met het betrokken kind.[70]

Kind geboren via draagmoederschap met biologische band wensouder(s)

40. In 2014, sprak het EHRM zich voor de eerste keer uit over het bestaan van een familieleven in de zin van artikel 8 EVRM in dossiers van grensoverschrijdend draagmoederschap. In zowel *Mennesson* als *Labassee* oordeelde het EHRM dat er *in casu* sprake was van een familieleven tussen de verzoekers en de betrokken kinderen aangezien wensouders zich sinds de geboorte van hun kind(eren) hadden gedragen als ouders en hun manier van samenleven niet onderscheiden kon worden van een familieleven in de traditionele betekenis van het woord.[71] In de zaak *D. en anderen* ging het EHRM nog een stap verder en oordeelde het dat de biologische band met één van de wensouders én hun intentie om het kind op te voeden voldoende was om toepassing te maken van artikel 8 EVRM, wat betreft het recht op eerbiediging van het familieleven.[72] De aanwezigheid van een familieleven tussen de wensouders en een kind geboren via de tussenkomst van een draagmoeder waarbij het kind een biologische band heeft met (minstens één) van de wensouders werd ook bevestigd in de recente arresten *Foulon en Bouvet*[73] en *Laborie*[74]. Ook hier speelde het gegeven dat Frankrijk de verzoekers toeliet om een gezinsleven te leiden in Frankrijk een doorslaggevende rol.

Familieleven mogelijk zonder de aanwezigheid van een biologische band met het kind?

41. Hoewel een biologische band vaak aanwezig is tussen de verzoeker en het betrokken kind, is dit niet altijd het geval. Kinderen kunnen door hun biologische ouder(s) worden afgestaan voor adoptie, de nieuwe partner van de vrouw die het kind ter wereld bracht, kan zich geroepen voelen om in te staan voor de opvoeding van het kind, etc. Sinds jaar en dag aanvaardt het EHRM dat de relatie tussen de adoptieouder(s) en het geadopteerde kind, valt onder de notie familieleven in de zin van artikel 8 EVRM.[75] Uit het arrest *Wagner* volgt bovendien dat de totstandkoming van de relatie in strijd met de nationale wetgeving geen onoverkomelijk obstakel vormt om de aanwezigheid van een *de facto* familieleven vast te stellen. Het feit dat verzoekster reeds tien jaar een feitelijk gezin vormde met haar adoptiedochter, volstond voor het EHRM.[76]

---

[67] EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx/België*, § 31. Uit het arrest Marckx blijkt ook dat de relatie tussen naaste familieleden, zoals deze tussen grootouders en kleinkinderen, onder de notie familieleven valt (§ 45). Het bestaan van een familieleven tussen een nonkel en neef werd door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna "ECRM") bevestigd in de zaak *Boyle/Verenigd Koninkrijk* (§ 45).

[68] EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82, *Johnston en anderen/Ierland*, § 56 en 72.

[69] Zie bijv. EHRM 8 februari 1993, nr. 16944/90, *J.R.M./Nederland*, § 1;

[70] Zie ook: E. FARNOS AMOROS, "Biology-based systems of parentage and safety valves protecting social parenting" in M. GANZALEZ PASCUAL en A. TORRES PÉREZ (eds.), *The Right to Family Life in the European Union*, Londen, Routledge, 2017, 117 en 122.

[71] EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson/Frankrijk*, § 45 en EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee/Frankrijk*, § 37.

[72] EHRM 8 juli 2014, nr. 29176/13, *D. en anderen/België*, § 49.

[73] EHRM 21 juli 2016, nr. 9063/14 en 10410/14, *Foulon en Bouvet/Frankrijk*.

[74] EHRM 19 januari 2017, nr. 44024, *Laborie/Frankrijk.*

[75] ECRM 10 juli 1975, nr. 6482/74, *X/België en Nederland*; ECRM 5 oktober 1992, nr. 9993/82, *X/Frankrijk* en EHRM 28 juni 2007, nr. 76240/01, *Wagner en J.M.W.L./Luxemburg*, § 117.

[76] Zie ook: G. PUPPINCK en C. DE LA HOUGUE, "Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents – about the *Paradiso and Campanelli v. Italy* Grand Chamber judgment of 24th January 2017", *Revue Lamy Droit Civil* 2017, 3. (https://eclj.org/surrogacy/echr/paradiso-et-campanelli-c-italie--lintrt-gnral-peut-primer-le-dsir-de-parentalit, geraadpleegd op 22 september 2017)

42. Niet alleen de relatie tussen een adoptieouder en zijn/haar adoptiekind valt onder artikel 8 EVRM, ook de band tussen een pleegouder en zijn/haar pleegkind kan onder de notie familieleven vallen. In verschillende arresten heeft het EHRM aanvaard dat de relatie tussen (een) pleegouder(s) en een pleegkind beschouwd kan worden als een familieleven. De integratie van het pleegkind in het pleeggezin, de aanwezigheid van een sterke vertrouwensband, de duur van het verblijf in het pleeggezin en de oprechte intenties van de pleegouders om voor het kind te zorgen, kunnen ertoe leiden dat er *in casu* sprake is van een familieleven in de zin van artikel 8 EVRM.[77]

43. De vooruitgang in de medische wereld maakt het ook mogelijk voor mensen om hun verlangen om een kind groot te brengen, vervuld te zien zonder zich te beroepen op adoptie of pleegzorg. Zo is kunstmatige inseminatie met eigen en/of gedoneerde gameten in heel wat landen toegestaan en is de tussenkomst van een draagmoeder in een aantal Staten wettelijk geregeld. Reeds in 1997 moest het EHRM zich uitspreken over de aan- of afwezigheid van een familieleven tussen een vrouw die een geslachtsoperatie had ondergaan en het kind dat hij samen met zijn vrouwelijke partner opvoedde. In deze zaak besliste het EHRM dat de relatie tussen een transseksueel en zijn kind geboren via kunstmatige inseminatie met donorzaad onder de notie familieleven viel. Aangezien de verzoeker reeds jaren samenwoonde met de moeder van het kind, het koppel samen de nodige stappen had gezet om zwanger te kunnen worden en hij zich sinds de geboorte van het kind had gedragen als de vader van het kind, oordeelde het EHRM dat er *in casu* sprake was van een familieleven. [78]

44. Uit de hierboven aangehaalde rechtspraak van het EHRM blijkt zeer duidelijk dat de aanwezigheid van een biologische band geen absolute vereiste is om te kunnen spreken over een familieleven in de zin van artikel 8 EVRM. Het EHRM verwacht immers niet alleen dat een biologische band wordt aangevuld met nauwe persoonlijke banden, de afwezigheid ervan kan zelfs worden opgevangen door de daadwerkelijke betrokkenheid van de verzoeker in het leven van het betrokken kind. Het is net op dit punt dat de zaak *Paradiso en Campanelli* merkwaardig is: de aanwezigheid van een ouderlijk project en het bestaan van een sterke emotionele band tussen de wensouders en het betrokken kind, ontwikkeld gedurende de eerste belangrijke levensfase van het kind, is onvoldoende om te besluiten tot het bestaan van een familieleven wanneer er geen biologische band is met (ten minste) één van de wensouder(s), de wensouders hebben gehandeld in strijd met de internationale adoptiewetgeving en de nationale wetgeving inzake medisch begeleide voortplanting én de periode van samenzijn beperkt was in tijd.[79]

4.2 Betekenis van de notie "familieleven" in dossiers van (grensoverschrijdend) draagmoederschap

45. In tegenstelling tot de Kamer, oordeelde de Grote Kamer in geannoteerd arrest dat de relatie tussen de wensouders en het betrokken kind niet gekwalificeerd kon worden als familieleven in de zin van artikel 8 EVRM. Met deze beslissing gaf het EHRM een belangrijk signaal en riep het de steeds ruimere invulling van de notie familieleven (voorlopig) een halt toe. De stelling dat artikel 8 EVRM Verdragsstaten de verplichting oplegt om het *de facto* familieleven tussen (wens)ouders en hun kind(eren) te eerbieden ongeacht de aan- of afwezigheid van een biologische band[80], kan dus niet langer worden verdedigd. Enkel wanneer er tussen het betrokken kind en (minstens één van) de wensouder(s) een biologische band is én partijen samenleven op een manier die niet onderscheiden kan worden van een familieleven in de traditionele betekenis van het woord of de wensouders minstens de intentie hebben om de zorg van het kind op zich te nemen, kunnen de wensouders (en

[77] EHRM 20 mei 2010, nr. 16318/07, *Moretti en Benedetti/Italië*, § 48-52 en EHRM 17 januari 2012, nr. 1598/06, *Kopf en Liberda/Oostenrijk*, § 37.
[78] EHRM 22 april 1997, nr. 21830/93, *X, Y en Z/Verenigd Koninkrijk*, §§ 36-37.
[79] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 157.
[80] Zie bijv. G. CANO PALOMARES, "Right to family life and access to medically assisted procreation in the case law of the European Court of Human Rights" in M. GANZALEZ PASCUAL en A. TORRES PÉREZ (eds.), *The Right to Family Life in the European Union*, Londen, Routledge, 2017, 109.

het kind) zich beroepen op het recht op eerbiediging van hun familieleven. Van zodra er geen biologische band is tussen het kind en (minstens één van) zijn wensouder(s) én de betrokken Verdragsstaat de totstandkoming van een familieleven verhindert, vervalt deze bescherming en kan hoogstens toepassing worden gemaakt van het recht op eerbiediging van het privéleven.

46. De aandachtige lezer heeft ongetwijfeld opgemerkt dat de beslissing van de Russische fertiliteitskliniek om geen gebruik te maken van de zaadcellen van de Italiaanse wensvader, zware gevolgen heeft. Uit de rechtspraak van het EHRM in de zaken *Mennesson, Labassee* en *D. en anderen* kan immers worden afgeleid dat de aanwezigheid van een biologische band meer bescherming had geboden tegen de inmenging door Italië. De aanwezigheid van een biologische band, het feit dat de ouders zich steeds hebben gedragen als de ouders van het kind en het gegeven dat ze de eerste belangrijke levensfase van het kind hebben gedeeld, zou het EHRM ertoe kunnen hebben gebracht om tot de aanwezigheid van een familieleven te besluiten. Het feit dat de wensouders de internationale adoptiewetgeving en nationale wetgeving inzake medisch begeleide voortplanting hebben omzeild, blijft weliswaar, maar deze elementen zijn niet doorslaggevend om te kunnen bepalen of er *in casu* al dan niet sprake is van een familieleven.

V. BELANG VAN DE NOTIE "PRIVÉLEVEN"

5.1 Recht om biologische ouder te worden en op toegang tot medisch begeleide voortplantingstechnieken in het buitenland

47. De vraag blijft echter of onderdanen van een Verdragsstaat waar een nationaal verbod op draagmoederschap geldt, het recht hebben om zich naar het buitenland te begeven om er zich te beroepen op een draagmoeder met het oog op het vervullen van hun kinderwens. Om een antwoord te kunnen formuleren op deze vraag, is het van belang na te gaan of het EVRM het recht om (biologisch) ouder te worden, erkent en garandeert.

48. In lijn met eerdere rechtspraak benadrukt het EHRM in geannoteerde zaak dat artikel 8 EVRM geen recht inhoudt om een gezin te stichten, noch het recht om te adopteren.[81] Een onvruchtbaar koppel of individu kan zich dus niet beroepen op het EVRM om bijv. een adoptiekind af te dwingen.[82] Echter, de opvatting van het EHRM dat er geen universeel recht is tot het uitbouwen van een gezin betekent niet dat individuen geen recht hebben op bescherming van hun beslissing om al dan niet ouder te worden. In de zaak *Evans* aanvaardde het EHRM immers, voor de eerste maal, dat het recht op eerbiediging van de beslissing om een biologische ouder te worden, vervat ligt in de notie privéleven van artikel 8 EVRM.[83] In latere rechtspraak ging het EHRM nog een stap verder en oordeelde het dat het recht op eerbiediging van de beslissing om een biologische ouder te worden, tevens een recht op toegang tot medisch begeleide voorplantingstechnieken inhoudt.[84] In de zaak *S.H. en anderen* rees de vraag of Oostenrijk verplicht kon worden tot het legaliseren en reguleren van heterologe kunstmatige inseminatie.[85] Het EHRM was van mening dat het verbod van Oostenrijk op heterologe kunstmatige inseminatie geen schending inhield van artikel 8 EVRM aangezien homologe kunstmatige inseminatie wettelijk geregeld was en het koppels vrijstond om zich naar het buitenland te begeven en er zich te beroepen op technieken die in Oostenrijk bij wet werden verboden.[86] Het belang van deze zaak zit echter in de conclusie die het EHRM op het einde maakt. Door te verwijzen naar de ontwikkelingen in de samenleving en de wetenschap en het feit dat wetgeving evolueert doorheen de tijd, maakt het

[81] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 141.
[82] Zie bijv. EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, *E.B./Frankrijk*, § 41.
[83] EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, *Evans/Verenigd Koninkrijk*, § 72.
[84] EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04, *Dickson/Verenigd Koninkrijk,* § 66 en EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, *S.H. en anderen/Oostenrijk*, § 78.
[85] Bij heterologe kunstmatige inseminatie wordt gebruik gemaakt van gedoneerde ei- en/of zaadcellen. Bij homologe kunstmatige inseminatie daarentegen worden de eicellen van de vrouw geïnsemineerd met zaadcellen van haar mannelijke partner waardoor het kind biologisch verwant is met zowel de moeder als de vader.
[86] EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, *S.H. en anderen/Oostenrijk*, § 114.

EHRM duidelijk dat van Verdragsstaten verwacht wordt dat ze hun nationale praktijken en wetgevingen aanpassen. Het is niet omdat een verbod op heterologe kunstmatige inseminatie in 2011 geen schending uitmaakt van artikel 8 EVRM dat dit de toekomst nog steeds zo zal zijn. Van zodra er op niveau van de Raad van Europa een consensus kan worden vastgesteld, verliezen de Verdragsstaten hun ruime beoordelingsmarge, ook wanneer het gaat om zaken die ethisch gezien bijzonder gevoelig liggen.[87]

5.2 Recht op toegang tot draagmoeder in het buitenland?

49. Aangezien het EHRM het recht op toegang tot medisch begeleide voortplantingstechnieken beschouwt als onderdeel van het recht op eerbiediging van het privéleven, rijst de vraag of Verdragsstaten verplicht kunnen worden tot het legaliseren en reguleren van draagmoederschap op hun grondgebied en/of ze gedwongen kunnen worden om de in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsbanden te erkennen. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat in thema's die ethisch en moreel gezien gevoelig liggen, Staten in beginsel een ruime beoordelingsmarge hebben. Echter, deze ruime beoordelingsmarge is niet absoluut.

50. Uit het arrest *Mennesson* blijkt dat er op het vlak van draagmoederschap geen consensus bestaat binnen de Staten van de Raad van Europa.[88] Zo bestaat er geen eensgezindheid over de wettigheid van draagmoederschapsovereenkomsten, noch over de juridische waarde van de in het buitenland gecreëerde afstammingsbanden tussen de wensouder(s) en het kind geboren via de tussenkomst van een draagmoeder. Bijgevolg staat het de Verdragspartijen vandaag de dag vrij om zelf te beslissen of ze draagmoederschap toestaan in hun nationale wetgeving. Wat de erkenning van in het buitenland rechtmatig tot stand gekomen afstammingsbanden betreft, beschikken Staten over iets minder beoordelingsmarge wanneer een belangrijk facet van het bestaan of de identiteit van een individu in het gedrang is.[89] Dit is het geval wanneer het kind een biologische band blijkt te hebben met (minstens één van) de wensouder(s), bijv. de wensvader. In dat geval weegt het recht van het kind om zijn biologisch verwantschap juridisch erkend te zien, zwaarder door dan het belang van de samenleving en verliest de betrokken Staat zijn recht om geen gevolgen toe te kennen aan (grensoverschrijdend) draagmoederschap. Uit het geannoteerde arrest blijkt duidelijk dat de aanwezigheid van een biologische band een noodzakelijke vereiste is om het belang van de samenleving buiten spel te kunnen zetten. In *Paradiso en Campanelli* behield Italië zijn ruime beoordelingsmarge aangezien het recht van het kind om de details van zijn/haar biologische identiteit juridisch erkend te zien, niet kon worden ingeroepen.[90]

VI. BESLUIT

51. De afwezigheid van een Europese consensus over draagmoederschap zorgt ervoor dat Verdragsstaten tot op heden bijzonder vrij kunnen beslissen over hoe ze hiermee omgaan. Sommige landen hebben ervoor gekozen om draagmoederschap expliciet te verbieden, anderen kozen er dan weer voor om de tussenkomst van een draagmoeder te verankeren in nationale wetgeving. Het gevolg hiervan is dat koppels en individuen zich over de grenzen heen gaan verplaatsen om hun kinderwens vervuld te zien. In het geannoteerde arrest werd de Grote Kamer van het EHRM geconfronteerd met de vraag of de beslissing van Italië om (1) de Russische geboorteakte opgemaakt na grensoverschrijdend draagmoederschap niet te erkennen en (2) het kind te scheiden van zijn wensouders een schending uitmaakte van artikel 8 EVRM. De Grote Kamer werd gevraagd uitspraak te doen in deze zaak nadat een Kamer van het EHRM eerder had geoordeeld dat de eerste vordering onontvankelijk was en de beslissing van Italië om het kind te plaatsen in een opvangtehuis en later in een pleeggezin met het oog op adoptie een schending uitmaakte van artikel 8 EVRM.

---

[87] Ibid., § 118.
[88] EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson/Frankrijk*, §§ 40-42.
[89] Ibid., § 80.
[90] EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 195.

52. De Grote Kamer onderzocht in eerste instantie of de feiten van de zaak onder de notie "familieleven" in de zin van artikel 8 EVRM konden worden gebracht. In tegenstelling tot de Kamer, besloot de Grote Kamer dat er *in casu* geen sprake was van een familieleven en dat verzoekers zich enkel konden beroepen op het recht op eerbiediging van hun privéleven. Aangezien de belangen van de samenleving *in casu* zwaar doorwogen en het recht op eerbiediging van het privéleven minder bescherming biedt dan het recht op eerbiediging van het privéleven, kwam de Grote Kamer tot het besluit dat de beslissing van Italië om het kind te scheiden van verzoekers geen schending uitmaakte van artikel 8 EVRM.

53. Hoewel de vordering met betrekking tot de niet-erkenning van de Russische geboorteakte onontvankelijk werd verklaard, geeft het geannoteerde arrest ons toch een aantal belangrijke inzichten. Vooreest aanvaardt de Grote Kamer de toepassing van de conflictenrechtelijke controle in het IPR. Het kind in deze zaak werd immers maar beschikbaar gesteld voor adoptie eenmaal duidelijk was dat het geen ouders had op basis van de Italiaanse wetgeving inzake afstamming. Daarnaast blijkt duidelijk uit het geannoteerde arrest dat het EHRM Verdragsstaten (nog) niet verplicht om draagmoederschap te legaliseren en/of reguleren, noch om de in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsband tussen het kind en de wensouders te erkennen wanneer er geen biologische band is met minstens één van de wensouders én de betrokken Verdragsstaat maatregelen heeft genomen om de totstandkoming van nauwe persoonlijke banden te verhinderen. Concreet betekent dit dus dat onderdanen van een Verdragsstaat waar draagmoederschap niet toegelaten is of niet gereguleerd is, zich kunnen beroepen op een draagmoeder in het buitenland maar dat zij de erkenning van de in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsband(en) enkel kunnen afdwingen wanneer zij kunnen aantonen dat het kind met minstens één van de wensouders biologisch verwant is én er sprake is van een *de facto* gezinsleven. Het is echter maar de vraag of de discussie rond (grensoverschrijdend) draagmoederschap hiermee definitief beslecht is. Aangezien het EHRM steeds rekening houdt met de evoluerende opvattingen in de samenleving, sociale veranderingen, de vooruitgang in de medische wereld en de omstandigheden eigen aan iedere zaak, is de kans groot dat het laatste woord hierover nog niet gezegd is.

Guillaume, Mathieu (student notariaat Universiteit Gent) – Een of dé gemeenschappelijke nationaliteit als primaire aanknopingsfactor voor het bepalen van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht?

Commentaar bij Hof van Cassatie 9 september 2016[1]

I. De feiten

1. Op 7 juni 1997 wordt een huwelijk gesloten tussen een man en een vrouw. Het huwelijk loopt echter op de klippen en de vraag rijst op basis van welk recht de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogensstelsel zal moeten gebeuren. De man had bij de voltrekking van het huwelijk de Griekse nationaliteit. De vrouw werd geboren in Griekenland uit twee Grieken en had bij haar geboorte bijgevolg de Griekse nationaliteit. Het gezin verhuisde enkele jaren later naar Nederland. Na een periode van tien jaar vroegen de ouders van de verweerster de Nederlandse nationaliteit aan. De ouders van de vrouw werden genaturaliseerd tot Nederlander en ook de verweerster verkreeg de Nederlandse nationaliteit. Wanneer bij echtscheiding de zaak aanhangig wordt gemaakt, blijkt de nationaliteit van de vrouw, en bijgevolg de gemeenschappelijke nationaliteit als aanknopingspunt voor het toepasselijk recht, toch niet zo eenvoudig te bepalen als men op het eerste gezicht zou denken. Deze bijdrage gaat specifiek in op het nationaliteitsvraagstuk vóór de inwerkingtreding van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (hierna WIPR).

II. De toepasselijke conflictenregels en nationaliteitswetgeving

2. Gezien het huwelijk in het geannoteerde arrest dateert van vóór de inwerkingtreding van het WIPR (1 oktober 2004), wordt dit geschil beheerst door de oude verwijzingsregels.[2] Het belang van het geannoteerde arrest voor de toekomst mag echter niet worden onderschat. Door de werking van de overgangsbepalingen van het WIPR zal de rechtspraak nog tal van toekomstige vereffeningen-verdelingen moeten beslechten aan de hand van de oude verwijzingsregels.

Het toepasselijk recht inzake huwelijksvermogensrecht wordt op heden aangewezen door artikel 51 WIPR. De eerste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats doet dienst als primaire aanknopingsfactor. De reden hiervoor kan men terugvinden in de voorbereidende werken. De wetgever heeft de voorkeur gegeven aan de gewone verblijfplaats. “De draagwijdte van het beginsel van staatsburgerschap wordt immers gerelativeerd en het belang van het beginsel van de nauwste binding wordt erkend”.[3] De wetgever acht de gewone verblijfplaats geschikter dan de nationaliteit om een nauwe band tussen het toepasselijk recht en de rechtsonderhorige te verzekeren. De gemeenschappelijke nationaliteit werd als secundaire aanknopingsfactor in artikel 51 WIPR opgenomen.

Een nauwe band tussen het toepasselijk recht en de rechtsonderhorige zal, overeenkomstig het (hernieuwde) verlangen van de wetgever, een cruciale rol spelen bij de verdere bespreking van het voorliggend arrest.

3. Het vertrekpunt van deze beschouwing zijn dus de oude verwijzingsregels, m.n. het oude artikel 3, lid 3 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek. Dit artikel bepaalt het toepasselijk recht in geschillen met betrekking tot de staat en bekwaamheid van personen. De Belgische wet is van toepassing op alle

[1] Reeds opgenomen in: *Tijdschrift@ipr.be* 2016, nr. 4, 36-39.
[2] MvT bij het WIPR, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 142.
[3] MvT bij het WIPR, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 5.

personen met de Belgische nationaliteit, ongeacht waar zij zich bevinden. Die regel werd gemultilateraliseerd door de rechtspraak: ook voor personen met een andere nationaliteit wijst die nationaliteit het toepasselijke recht inzake staat en bekwaamheid aan.[4]

4. Eerdere Cassatierechtspraak had reeds duidelijk gemaakt dat het wettelijk huwelijksvermogensstelsel, dat van toepassing is op gehuwde echtgenoten zonder contract, dermate nauw verbonden is met de instelling van het huwelijk dat men ervan moet uitgaan dat het de staat en bekwaamheid betreft. De toepasselijke conflictenregel is artikel 3, lid 3 van het Burgerlijk Wetboek, met de nationaliteit als aanknopingsfactor.[5]

Indien de echtgenoten op de dag van hun huwelijk dezelfde nationaliteit hebben, zal hun huwelijksvermogensstelsel bijgevolg worden beheerst door de wetgeving van het land waarvan zij de nationaliteit delen.[6]

Als de echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit hebben, zal het stelsel worden geregeld door de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats.[7]

5. De nationaliteit van de partijen is aldus het primaire aanknopingspunt om het toepasselijk recht te achterhalen.

De Griekse nationaliteit van de eiser was *in casu* onbetwist. De partijen hielden er echter een verschillende mening op na wat betreft de nationaliteit van de verweerster. Om deze controverse te verklaren, moet de Nederlandse en Griekse nationaliteitswetgeving voor ogen worden gehouden.

De Griekse nationaliteitswetgeving stelt dat de Griekse nationaliteit maar verloren gaat, na machtiging van de Griekse minister van Binnenlandse Zaken.[8] Om de Nederlandse nationaliteit te verwerven, voorziet de Nederlandse nationaliteitswetgeving dat kan worden gevorderd dat de te naturaliseren persoon voorafgaand zijn vorige nationaliteit verliest.[9]

6. Wat was nu precies het probleem in de voorliggende zaak? De verweerster slaagde er niet in te bewijzen dat een machtiging van de Griekse minister van Binnenlandse Zaken daadwerkelijk werd bekomen. Uit het gebrek aan bewijs ontkiemden zich verschillende zienswijzen met betrekking tot de nationaliteit van de vrouw. Verloor zij de Griekse nationaliteit nu er geen bewijs van machtiging voorhanden is? Indien men van mening is dat de voorgaande vraag negatief moet worden beantwoord, kon de verweerster dan wel de Nederlandse nationaliteit verwerven? Wat hierna volgt is een juridische queeste naar de nationaliteit(en) van de persoon in kwestie en de aanknopingspunten voor het bepalen van het toepasselijk recht.

---

[4] Cass. 10 april 1980, R.W. 1980-81, 918, noot J. ERAUW; Antwerpen 11 januari 1988, T. Not. 1991, 141, noot E. VAN HOVE; *Pas.* 1988, II, 91; *Rec. gen. enr. not.* 1990, 381; Brussel 27 maart 1997, *A.J.T.* 1997, 62, noot K. LAMBEIN.
[5] Cass. 10 april 1980, A.C., 986, *R.W.* 1980-81, 918, noot J. ERAUW.
[6] Cass. 10 april 1980, A.C., 986, *R.W.* 1980-81, 918, noot J. ERAUW.
[7] Cass. 25 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 905.
[8] Artikel 14 van het decreet nr. 3370 van 22/23 september 1955 houdende de Griekse nationaliteitswet bepaalt, in zijn lid 1, (a), dat de Griekse nationaliteit na daartoe verleende machtiging wordt verloren door degene die vrijwillig een vreemde nationaliteit heeft verkregen en, in zijn lid 3, dat de in lid 1 bedoelde machtiging tot stand komt bij besluit van de minister van Binnenlandse Zaken op advies van de nationaliteitscommissie.
[9] Artikel 5, a), van de wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap van 1892 bepaalt dat van een ingevolge artikel 3 of artikel 5 te naturaliseren persoon die tot een ander land behoort, overlegging kan worden gevorderd hetzij van het bewijs dat hij de nationaliteit van dat land had verloren of verliest te rekenen vanaf de dag waarop het Nederlanderschap werd verkregen, hetzij van een verklaring dat hij na naturalisatie het nodige zal doen om de nationaliteit van dat land te verliezen.

III. Het hof van beroep te Brussel spreekt

7. Het Brusselse hof van beroep baseerde zich uitsluitend op de Nederlandse Nationaliteitswet om te besluiten dat de vrouw de Griekse nationaliteit niet meer had. Het hof redeneerde dat men niet de Nederlandse nationaliteit kan verwerven wanneer men zijn oorspronkelijke nationaliteit blijft behouden. De verklaring tot vrijwillige afstand van de Griekse nationaliteit door de ouders van de verweerster en de naturalisatie bij wet door de Nederlandse wetgever, hebben volgens het hof van beroep tot gevolg dat de verweerster enkel de Nederlandse nationaliteit bezit.

Het verweer dat geen machtiging door de bevoegde Griekse minister werd bewezen, noopte volgens het hof van beroep tot een toetsing van de Nederlandse wet terwijl de Belgische rechter daarvoor niet bevoegd is.

IV. Het Hof van Cassatie vernietigt

8. In het geannoteerde arrest stelde het Hof van Cassatie vast dat het hof van beroep zich beperkte tot een beoordeling, exclusief gebaseerd op de Nederlandse nationaliteitswetgeving.

De rechters in Cassatie wezen vervolgens de weg voor het vervolg van onze queeste door aan te geven wat het hof van beroep over het hoofd had gezien.

a) Geen vaststelling dat de verweerster met haar ouders werd gemachtigd om de Griekse nationaliteit op te geven.

b) Geen vaststelling, conform artikel 5 van het Verdrag van Den Haag van 12 april 1930, dat de verweerster moet worden behandeld alsof zij enkel de Nederlandse nationaliteit zou hebben.

Het bestreden arrest werd vernietigd en de zaak verwezen naar het hof van beroep te Gent.

9. Hierna zal verder worden ingegaan op de twee tekortkomingen die aanleiding gaven tot vernietiging van het bestreden arrest.

a) Nationaliteit(en) van de vrouw: Nederlands, Grieks of beide?

10. Het Hof van Cassatie herhaalde dat niet was vastgesteld dat de verweerster met haar ouders gemachtigd werd door de Griekse minister van Binnenlandse Zaken om de Griekse nationaliteit op te geven. Door hierop te wijzen laat het Hof uitschijnen dat de verweerster mogelijkerwijze wél over de Griekse nationaliteit beschikt. Het verschil tussen de redenering van het Hof van Cassatie en het hof van beroep is de beoordelingsbasis voor de vraag of de Griekse nationaliteit al dan niet verloren ging.

Op welke wijze moet men beoordelen of een persoon een bepaalde nationaliteit heeft? Artikel 2 van het Verdrag van Den Haag van 12 april 1930 betreffende de wetconflicten inzake nationaliteit (vanaf hier Haags Nationaliteitsverdrag) bepaalt dat "Iedere vraag of een persoon de nationaliteit van een Staat bezit, moet worden beantwoord overeenkomstig de wetgeving van deze Staat."[10] Wil men te weten komen of een persoon een bepaalde nationaliteit verloren heeft, moet men de desbetreffende nationale wetgeving toepassen.

In deze zaak diende het hof van beroep derhalve het Griekse recht toe te passen om na te gaan of de vrouw (nog) Griekse was. Het kon daar niet over oordelen door enkel het Nederlandse nationaliteitsrecht toe te passen.

[10] Deze bepaling werd overgenomen in artikel 3, §1 van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht.

Gezien de Griekse nationaliteitswetgeving vereist dat een machtiging wordt verleend door de Griekse minister van Binnenlandse Zaken, maar dat niet werd bewezen, moet worden aangenomen dat de verweerster haar Griekse nationaliteit nooit heeft verloren.

11. Als vaststaat dat de vrouw de Griekse nationaliteit behield, rijst vervolgens de vraag of zij de Nederlandse nationaliteit heeft verworven. Ook deze vraag moet positief beantwoord worden. Het verliezen van de oorspronkelijke nationaliteit is volgens het toepasselijke Nederlandse nationaliteitsrecht immers geen noodzakelijk vereiste opdat de Nederlandse nationaliteit kan worden verworven. Het bewijs daarvan is slechts een optionele voorwaarde, met name als het gevorderd wordt.[11] Dat hierop retroactief zou kunnen worden teruggekomen, lijkt onwaarschijnlijk gezien de bepaling betrekking heeft op 'te naturaliseren personen' en de verweerster reeds bij wet genaturaliseerd is.

Er kan worden geconcludeerd dat de verweerster op het moment van de huwelijkssluiting zowel de Nederlandse als de Griekse nationaliteit bezat.

b) Dé nationaliteit in hoofde van de vrouw: Nederlands of Grieks?

12. Aangezien de vrouw een dubbele nationaliteit heeft, rijst de vraag welke van beide in aanmerking moet worden genomen.

Het Haags Nationaliteitsverdrag bevat twee bepalingen inzake nationaliteitsconflicten: de artikelen 3 en 5. Artikel 5 is van toepassing indien geen van de nationaliteiten, de nationaliteit van het forum betreft. Nationaliteitsconflicten tussen de nationaliteit van het forum en de nationaliteit van een derde staat, worden geregeld door artikel 3.[12]

13. De eerste zin van artikel 5 luidt als volgt: "In een derde staat zal een persoon die twee of meer nationaliteiten bezit, moeten worden behandeld alsof hij er slechts één had". De nationaliteit die in rekening moet worden gebracht, wordt bepaald aan de hand van een effectiviteitstoets. Het vervolg van de bepaling stelt namelijk dat "Onverminderd de rechtsregelen, die in de derde Staat ter zake van het personeel statuut worden toegepast, en onder voorbehoud van de geldende verdragen, zal deze Staat op zijn grondgebied van de nationaliteiten, die een zodanige persoon bezit, uitsluitend erkennen hetzij de nationaliteit van het land, waarin de persoon zijn gewone en voornaamste verblijfplaats heeft, hetzij de nationaliteit van het land, waaraan deze persoon in de gegeven omstandigheden feitelijk het nauwst verbonden schijnt te zijn."

Gezien in het voorliggend arrest geen van de nationaliteiten, de nationaliteit van het forum betreft, zal het toepasselijk recht worden bepaald aan de hand van de effectiviteitstoets in artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag. Het feit dat de vrouw slechts enkele jaren in Griekenland verbleef terwijl ze meer dan tien jaar in Nederland heeft gewoond, doet vermoeden dat de rechter de Nederlandse nationaliteit als haar enige nationaliteit zal beschouwen. Op basis daarvan moet dan worden geconcludeerd dat er geen gemeenschappelijke nationaliteit was op het moment van het huwelijk, gezien de vrouw de Nederlandse nationaliteit had en de man de Griekse. Het toepasselijk recht zou bijgevolg moeten worden bepaald aan de hand van de eerste echtelijke verblijfplaats.

[11] "(…) overlegging *kan* worden gevorderd hetzij van het bewijs dat hij de nationaliteit van het land had verloren of verliest te rekenen vanaf de dag waarop het Nederlandschap werd verkregen, hetzij van een verklaring dat hij na naturalisatie het nodige zal doen om de nationaliteit van het land te verliezen." (Eigen cursivering).

[12] M. CLAEYS, K. ROOX, J. VERHELLEN, J. ERAUW en K. LAMBEIN, "Overzicht van rechtspraak internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998", *TPR* 1998, (1369) 1387, nr. 21-22.

V. Het begrip 'gemeenschappelijke nationaliteit'

14. In de beschreven redenering, fungeert artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag als een soort filter voorafgaand aan de vraag omtrent enige gemeenschappelijke nationaliteit in het licht van artikel 3, lid 3 van het Burgerlijk Wetboek. Deze filter onderscheidt de effectiefste van de andere nationaliteiten die de persoon zou bezitten. Het beslechten van het nationaliteitsconflict voorafgaand aan de vaststelling van de aan- of afwezigheid van de gemeenschappelijke nationaliteit, noem ik hierna de 'klassieke route'.

Die redeneerwijze ondervond in een recent verleden echter enige turbulentie. De aanleiding hiervoor was een arrest van het Hof van Cassatie van 4 december 2009.[13] De feiten waren de volgende: een Marokkaanse vrouw en een Marokkaans-Belgische man scheidden uit de echt. Bij de vereffening-verdeling ontstond er discussie over het toepasselijke recht. Moet het Belgische of het Marokkaanse recht worden toegepast? De zaak kwam tot voor Cassatie en het Hof nam de volgende woorden in de mond: "De voorwaarde van de gemeenschappelijke nationaliteit is vervuld van zodra de echtgenoten op de dag van hun huwelijk dezelfde nationaliteit hebben, zonder dat daarbij de eventuele andere nationaliteiten van één van de echtgenoten in aanmerking moet worden genomen." Het Hof ging hierbij voorbij aan het nationaliteitsconflict in hoofde van de man. Of toch min of meer nu het stelde dat uit niets kon worden afgeleid dat de man over de Belgische nationaliteit beschikte.

Met het ophefmakende arrest leek het Hof van Cassatie te zinspelen op een alternatieve wijze om met het begrip 'gemeenschappelijke nationaliteit' om te gaan. Voor iedere persoon wordt niet één enkele nationaliteit in aanmerking genomen, maar al diens nationaliteiten. Het nationaliteitsconflict wordt gepasseerd en de nationaliteiten staan zij aan zij om na te gaan of er een gemeenschappelijke nationaliteit is. Een standpunt waarvoor VERHELLEN maar weinig begrip kon opbrengen. Het Hof van Cassatie gaf hiermee blijk van een abstracte en afstandelijke benadering van de gemeenschappelijke nationaliteit.[14]

De negatieve beoordeling van de zienswijze van het Hof kwam voort uit een vergelijking met de klassieke route. Wanneer men de klassieke route volgt, lost men het nationaliteitsconflict op, conform artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag, aan de hand van een effectiviteitstoets. Nu Cassatie het filteren van een enkele nationaliteit langs de kant schuift, is elke garantie op een nauwe band met het toepasselijk recht teloorgegaan. Was de intentie van de wetgever niet om via de nationaliteitsaanknoping rekening te houden met de concrete verbondenheid met de cultuur van hun vaderland?[15]

VI. Een T-splitsing

15. Het belang van het geannoteerde arrest moet binnen de discussie rond het begrip 'gemeenschappelijke nationaliteit' worden gekaderd. Zoals gezegd, kan op basis van de gekende gegevens aangenomen worden dat de man en de vrouw op het ogenblik van het huwelijk de Griekse nationaliteit gemeen hadden.

Bij het formuleren van zijn arrest was het Hof van Cassatie er zich ongetwijfeld van bewust dat er een gemeenschappelijke nationaliteit was ten tijde van het huwelijk. Als men de redenering uit het arrest van 4 december 2009 zou doortrekken, zou men moeten concluderen dat de vereffening-verdeling moet gebeuren aan de hand van de Griekse wetgeving. Toch liet het Hof na om zijn bewoording uit

[13] Cass. (1e k.) AR C.08.0214.F, 4 december 2009 (N.F. / H.M.) *Arr.Cass*. 2009, afl. 12, 2897.

[14] J. VERHELLEN, "De gemeenschappelijke nationaliteit van (ex-)echtgenoten in gevallen van dubbele nationaliteit [bij vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap]", *T.Fam.* 2011, afl. 1, 8, nr. 8.

[15] J. VERHELLEN, "De gemeenschappelijke nationaliteit van (ex-)echtgenoten in gevallen van dubbele nationaliteit [bij vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap]", *T.Fam.* 2011, afl. 1, 8, nr. 8.

het ophefmakende arrest opnieuw aan te halen. Daarentegen verwees het Hof van Cassatie naar artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag. Toepassing maken van artikel 5 heeft enkel zin als er een positief nationaliteitsconflict bestaat. Maar hoe kan men verklaren dat het Hof van Cassatie voorbij het nationaliteitsconflict fietste in zijn arrest van 4 december 2009, terwijl het in het geannoteerde arrest expliciet verwijst naar artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag?

16. Het contrast kan mijns inziens worden verklaard door de afwezigheid van de Belgische nationaliteit in het geannoteerde arrest. Het verschil in beoordeling vindt zijn oorsprong in de verschillende aard van de bepalingen.

Het uitgangspunt bij de beoordeling van het arrest van het Hof van Cassatie van 4 december 2009 was, mijns inziens, verkeerd. Men dacht namelijk dat het Hof van Cassatie in het ophefmakende arrest een beginsel instelde voor zowel artikel 3 als artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag. Met het geannoteerde arrest toont het Hof van Cassatie evenwel aan dat bij toepassing van artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag de klassieke route moet worden gevolgd. Indien men aanvaardt dat het essentiële verschil tussen het ophefmakende arrest van 2009 (feitenconstellatie die onder artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag valt) en het geannoteerde arrest, ligt in de aan- of afwezigheid van de Belgische nationaliteit, wijzigt het uitgangspunt. Volgens mij is er sprake van een aftakking, een T-splitsing. Twee verschillende werkwijzen voor artikel 3 en artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag.

17. De eerste route – artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag – is de klassieke route. Indien geen van de partijen de Belgische nationaliteit bezit op het ogenblik van het huwelijk, moet het nationaliteitsconflict worden beslecht alvorens zich af te vragen of de nationaliteit gemeenschappelijk is.

Deze werkwijze is de route die gevolgd wordt in het geannoteerde arrest. Artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag lost het nationaliteitsconflict op door een effectiviteitstoets. Er moet bepaald worden met welke nationaliteit de persoon de nauwste band heeft. Indien geen van de partijen de Belgische nationaliteit bezit op het ogenblik van het huwelijk, volstaat het loutere feit dat er een gemeenschappelijke nationaliteit is, niet. Een gemeenschappelijke nationaliteit laten primeren zonder de overige nationaliteiten in aanmerking te nemen, zou artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag schenden.

18. De andere vertakking – artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag – is de alternatieve route. Deze route moet worden gevolgd indien één van de nationaliteiten de Belgische is. Als de Belgische nationaliteit in het spel is, volstaat een gemeenschappelijk nationaliteit ten tijde van het huwelijk, zelfs al is die voor (één van) de betrokken personen niet de meest effectieve.

In geschillen waarbij de Belgische nationaliteit betrokken is, *kan* er toepassing worden gemaakt van artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag, gezien het een facultatieve bepaling betreft.[16] De rechter heeft de mogelijkheid om de Belgische nationaliteit te laten primeren.

Het Hof van Cassatie verwees noch in zijn arrest van 4 december 2009, noch in gelijkaardige arresten, naar artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag.[17] De voorrang voor de Belgische nationaliteit is een afweging die behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter ten gronde. Indien het onwenselijk zou zijn om dezelfde nationaliteit op het ogenblik van het huwelijk te aanvaarden als de

[16] Dit kan worden afgeleid uit de tekst van het verdrag "als zijn onderdaan zal *kunnen* worden beschouwd" (eigen cursivering).; Bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie: HvJ 2 oktober 2003, nr. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, 'Garcia Avello', punt 28.

[17] Cass. 10 april 1980, A.C., 986, *R.W.* 1980-81, 918, noot J. ERAUW; Cass. (1e k.) AR C.08.0214.F, 4 december 2009 (N.F. / H.M.) *Arr.Cass*. 2009, afl. 12, 2897; Cass. (1e k.) AR C.13.0021.F, 21 maart 2014 (N.N. / O.M., F.N., G.H.), *Arr.Cass*. 2014, afl. 3, 840.

gemeenschappelijke nationaliteit, heeft de rechter ten gronde de mogelijkheid om de Belgische nationaliteit te laten primeren. Onwenselijk in die zin dat de band met de gemeenschappelijke nationaliteit eerder beperkt is.[18]

Het Hof wijst er op, in zijn arrest van 4 december 2009, dat aan de voorwaarde van de gemeenschappelijke nationaliteit is voldaan wanneer de echtgenoten dezelfde nationaliteit hebben "*zonder* dat daarbij de eventuele andere nationaliteit van een van de echtgenoten in aanmerking *moet* worden genomen." (Eigen cursivering). Het gebruik van de woorden 'zonder' en 'moet' leidt tot de conclusie dat er wel rekening kan worden gehouden met eventuele andere nationaliteiten. Deze mogelijkheid sluit perfect aan bij de facultatieve aard van artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag.

Maar wat is nu de verhouding tussen artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag en het principe dat aan de voorwaarde van de gemeenschappelijke nationaliteit is voldaan wanneer de echtgenoten dezelfde nationaliteit hebben bij huwelijkssluiting? Naar mijn mening moet uitgegaan worden van een hiërarchie in het voordeel van dezelfde nationaliteit op het ogenblik van het huwelijk. Het Hof van Cassatie stelt een basisprincipe in. Een beginsel waarvan kan worden afgeweken op basis van artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag.

Het bewandelen van de alternatieve route geeft een heel ander beeld van het begrip 'gemeenschappelijke nationaliteit' dan wanneer men zich op de klassieke route bevindt. De meeste effectieve nationaliteit wordt niet gefilterd wanneer de Belgische nationaliteit één van de betrokken nationaliteiten is. Men neemt alle nationaliteiten in rekening bij het stellen van de vraag naar de gemeenschappelijke nationaliteit. Wel gaat men uit van het beginsel dat de voorwaarde van de gemeenschappelijke nationaliteit is vervuld wanneer beide echtgenoten over dezelfde nationaliteit beschikken ten tijde van het huwelijk. Vervolgens kan de rechter ten gronde beslissen om voorrang te verlenen aan de Belgische nationaliteit op grond van artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag. Hét essentiële verschil met de klassieke route is dat als er meerdere nationaliteiten in hoofde van een persoon bestaan, men geen nationaliteit naar voor schuift.

19. Hierna worden twee arresten van het Hof van Cassatie aangehaald. Het is namelijk niet uitgesloten dat een dergelijk principe reeds geruime tijd is vervat in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Het eerste arrest betreft een uitspraak van het Hof van Cassatie van 1980.[19] Een Belgische man huwt een Duitse vrouw. De vrouw verwerft de Belgische nationaliteit ten gevolge van het huwelijk. Het Hof stelde "wanneer de echtgenoten zoals ten deze door het huwelijk een gemeenschappelijke nationaliteit hebben verkregen, men ervan moet uitgaan dat dit (…) in beginsel aan de wet van de Staat van de gemeenschappelijke nationaliteit is onderworpen". Misschien destijds niet in deze zin begrepen gezien de gemeenschappelijke nationaliteit hier toevallig de Belgische betrof, maar ook hier kan een voorrang voor dezelfde nationaliteit ten tijde van het huwelijk worden ingelezen. Het Hof rept met geen woord over enige prioriteit voor de nationaliteit van het forum. Ook interessant is dat het Hof van Cassatie het heeft over 'in beginsel'. Opnieuw een aanwijzing dat dit het uitgangspunt is, maar dat hiervan kan worden afgeweken.

Een tweede arrest is een arrest van Hof van Cassatie van 21 maart 2014.[20] Een Belgische vrouw en een Italiaanse man stappen in het huwelijksbootje. De vrouw verwerft de Italiaanse nationaliteit ten gevolge van het huwelijk. Het Hof formuleert zijn oordeel als volgt: "De voorwaarde van de

[18] Voor een bespreking van de criteria waarop de rechter ten gronde zich zal baseren voor de effectiviteitstoets, zie randnummer 20.
[19] Cass. 10 april 1980, A.C., 986, *R.W.* 1980-81, 918, noot J. ERAUW.
[20] Cass. (1e k.) AR C.13.0021.F, 21 maart 2014 (N.N. / O.M., F.N., G.H.), *Arr.Cass*. 2014, afl. 3, 840.

gemeenschappelijke nationaliteit is vervuld zodra de echtgenoten op de dag van hun huwelijk dezelfde nationaliteit hebben, ook al heeft een van hen die nationaliteit verkregen ten gevolge van het huwelijk." Het Hof neemt hier quasi-identiek de bewoording uit het ophefmakende arrest over. Gezien de tijdspanne tussen beide arresten is het Hof het klaarblijkelijk niet eens met de mening zoals deze door VERHELLEN werd geventileerd.[21] Men kan moeilijk concluderen dat het Hof met het geannoteerde arrest terugkomt op zijn stappen. Een genuanceerde visie is meer op zijn plaats.

20. Mijns inziens werden de intenties van het Hof van Cassatie in de arresten van 9 december 2009 en 21 maart 2014 verkeerd begrepen. Om de alternatieve route te beoordelen, moet de situatie vóór het arrest van 4 december 2009 voor ogen worden gehouden. Bij het beslechten van een nationaliteitsconflict, waarvan één van de nationaliteiten de Belgische was, had de rechter ten gronde enkel de mogelijkheid om al dan niet de Belgische nationaliteit te laten primeren op grond van artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag. Voorziet artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag in een effectiviteitstoets? Het antwoord op deze vraag is klaar en duidelijk 'neen'. Enkel en alleen op basis van artikel 3 zal het nationaliteitsconflict niet op een effectieve wijze beslecht worden. In het beste geval is de Belgische nationaliteit toevallig ook de meest effectieve nationaliteit. Maar wat indien de Belgische nationaliteit niet de meest effectieve nationaliteit is?

Bij bipatride personen leidt dit niet tot problemen. Er zijn namelijk twee mogelijkheden. Ofwel laat men, op grond van artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag, de Belgische nationaliteit primeren. Ofwel is de rechter van oordeel dat er beter geen beroep wordt gedaan op artikel 3 en dan zal logischerwijze de andere nationaliteit dienst doen als dé nationaliteit. In elke situatie zal de rechter de mogelijkheid hebben om de meest effectieve nationaliteit in aanmerking te nemen. Indien er echter meerdere nationaliteiten bestaan naast de Belgische nationaliteit, is er niets om op terug te vallen. Geen voorrang verlenen aan de Belgische nationaliteit wil nog niet zeggen dat één van de andere nationaliteiten moet worden beschouwd als dé nationaliteit. Hier komt nu (gedeeltelijk) verandering in.

Wanneer het Hof van Cassatie in zijn arrest van 4 december 2009 stelt dat de voorwaarde van de gemeenschappelijke nationaliteit is vervuld wanneer de partijen dezelfde nationaliteit hebben ten tijde van het huwelijk, betekent dit geen abstracte benadering van de gemeenschappelijke nationaliteit, maar net een effectieve benadering. Het Hof neemt als basisprincipe de 'gemeenschappelijke nationaliteit van het huishouden'.[22] Mogelijkerwijze vanuit de veronderstelling dat als er een gemeenschappelijke nationaliteit is, dit de meest effectieve nationaliteit is. De mogelijkheid om hiervan af te wijken kan gezien worden als een effectiviteitstoets. Deze effectiviteitstoets is niet, zoals artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag, vervat in een wettelijke bepaling. Daarentegen vindt deze effectiviteitstoets zijn oorsprong in het handig gebruikmaken van het vermoeden dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke nationaliteit en artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag. De rechter ten gronde oordeelt voor elk van de echtgenoten afzonderlijk of het in de gegeven omstandigheden wenselijk is om de gemeenschappelijke nationaliteit te aanvaarden, dan wel de Belgische nationaliteit te laten primeren. De rechter zal de band met de gemeenschappelijke nationaliteit beoordelen op het ogenblik van het huwelijk, aan de hand van de beschikbare feitelijke gegevens. Relevante feitelijke gegevens zijn bijvoorbeeld: de verblijfsgegevens van de echtgenoten, de verblijfsgegevens van de familie[23], de jaarlijkse vakantie van het echtpaar, het uitoefenen van een eventueel stemrecht,… Deze bewijsvoering is niet eenvoudig indien het huwelijk dateert van vele jaren voordien. Mijns inziens zal de rechter enkel toepassing maken van artikel 3 van

[21] J. VERHELLEN, "De gemeenschappelijke nationaliteit van (ex-)echtgenoten in gevallen van dubbele nationaliteit [bij vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap]", *T.Fam*. 2011, afl. 1, 8, nr. 8.
[22] J. VERHELLEN, "De gemeenschappelijke nationaliteit van (ex-)echtgenoten in gevallen van dubbele nationaliteit [bij vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap]", *T.Fam.* 2011, afl. 1, 8, nr. 4.
[23] Op voorwaarde dat er nog regelmatig contact is tussen de echtgenoot in kwestie en zijn of haar familie.

het Haags Nationaliteitsverdrag indien er geen of slechts een marginale band is met de gemeenschappelijke nationaliteit.

21. Het Hof van Cassatie roeit met de riemen die hij van de wetgever gekregen heeft. Artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag zal op zichzelf nooit aanleiding geven tot een effectiviteitstoets. Cassatie heeft zich echter van zijn meest creatieve kant laten zien. Wanneer er een gemeenschappelijke nationaliteit bestaat, is de situatie geëvolueerd van geen effectiviteitstoets naar een *de facto* effectiviteitstoets. Een T-splitsing was nog nooit zo mooi.

VII. Een wegenkaart

22. De combinatie van de verschillende routes kan ervoor zorgen dat de lezer wel eens het noorden verliest. Daarom wordt hieronder in een wegenkaart voorzien.

Zowel echtgenoot A als echtgenoot B bevinden zich op de klassieke route. De oplossing is in dit geval heel eenvoudig. Beide echtgenoten beschikken over slechts één nationaliteit die in aanmerking zal worden genomen. Is deze nationaliteit gemeenschappelijk, dan is de voorwaarde voor de gemeenschappelijke nationaliteit vervuld. Is deze niet gemeenschappelijk, dan zal men moeten terugvallen op de eerste echtelijke verblijfplaats.

23. Wat in geval echtgenoot A zich op de klassieke route bevindt terwijl echtgenoot B de alternatieve route neemt? Voor echtgenoot A zal maar één nationaliteit in rekening worden gebracht, met name de meest effectieve nationaliteit. Voor echtgenoot B zullen alle nationaliteiten naast de nationaliteit van echtgenoot A worden gehouden om te kijken of één van de nationaliteiten gemeenschappelijk is aan de nationaliteit van echtgenoot A. Is dit het geval, dan is de voorwaarde voor de gemeenschappelijke nationaliteit vervuld. De rechter bekijkt vervolgens de nationaliteit die in hoofde van echtgenoot B zal worden gehanteerd en gaat over tot een effectiviteitstoets. Indien de rechter kiest om de Belgische nationaliteit alsnog te laten primeren, zal men moeten terugvallen op de eerste echtelijke verblijfplaats.

24. En hoe zal de gemeenschappelijke nationaliteit bepaald worden indien beide echtgenoten de alternatieve route bewandelen? Beide echtgenoten beschikken over de Belgische nationaliteit naast één of meerdere vreemde nationaliteit(en). In beginsel worden alle nationaliteiten, zowel voor echtgenoot A als echtgenoot B, in aanmerking genomen.

Wanneer slechts één nationaliteit gemeenschappelijk is ten tijde van het huwelijk, is de situatie eenvoudig. De voorwaarde voor de gemeenschappelijke nationaliteit is vervuld. Als de rechter van oordeel zou zijn dat deze nationaliteit voor één van de echtgenoten of voor beide echtgenoten niet kan worden beschouwd als de meest effectieve nationaliteit, zal hij op basis van artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag de Belgische nationaliteit laten primeren.

Vervolgens denkt men aan de situatie waarbij meer dan één nationaliteit gemeenschappelijk is ten tijde van het huwelijk. Voor deze situatie blijft de wegenkaart helaas in gebreke. Men zou kunnen beargumenteren dat de rechter mogelijks niet vrij is in zijn keuze. Graag verwijs ik terug naar de uitspraak van het Hof van Cassatie van 4 december 2009. Het Hof stelde dat “De voorwaarde van de gemeenschappelijk nationaliteit is vervuld van zodra de echtgenoten op de dag van hun huwelijk *dezelfde* nationaliteit hebben, zonder dat daarbij de eventuele andere nationaliteiten van een van de echtgenoten in aanmerking moet worden genomen.” (Eigen cursivering) Logischerwijze kan slechts één gemeenschappelijke nationaliteit dienst doen om het toepasselijk recht aan te wijzen, anders blijft het nationaliteitsconflict bestaan. Hoe moet worden bepaald wat dé gemeenschappelijke nationaliteit is, indien meerdere nationaliteiten gemeenschappelijk zijn, is nog koffiedik kijken. Het Hof van Cassatie zal in de toekomst duidelijkheid moeten scheppen over deze kwestie.

VIII. Conclusie

25. De Van Dale omschrijft een queeste als een speurtocht naar wijsheid. Zoals het een queeste betaamt, zal de verworven kennis hier kort worden samengevat.

Het achterhalen van de 'gemeenschappelijke nationaliteit' is aan verschillende werkwijzen onderworpen, naargelang er al dan niet een Belgische nationaliteit in het spel is. Zo ja, dan speelt artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag, zo neen, dan geldt artikel 5 van het Haags Nationaliteitsverdrag. Artikel 5 volgt de klassieke route. Op basis van een effectiviteitstoets wordt dé nationaliteit van de echtgenoot bepaald. Vervolgens zal deze nationaliteit worden vergeleken met dé nationaliteit of alle nationaliteiten van de andere echtgenoot, om te concluderen tot dezelfde of verschillende nationaliteiten. Voor artikel 3 lijkt het Hof van Cassatie een alternatieve route te hebben uitgestippeld. Men neemt alle nationaliteiten van de echtgenoten bij het huwelijk in aanmerking en vraagt zich af of men een gemeenschappelijke nationaliteit bezit. Is dit het geval, dan zal de voorwaarde voor de gemeenschappelijke nationaliteit in beginsel worden beschouwd als vervuld. Daarna beslist de rechter ten gronde of voorrang wordt verleend aan de Belgische nationaliteit.

Lost men het nationaliteitsconflict via de alternatieve route definitief op? Eigenlijk niet. Als er een gemeenschappelijke nationaliteit is ten tijde van het huwelijk betekent de alternatieve route wel een grote vooruitgang. De rechter heeft de mogelijkheid om te kiezen tussen twee nationaliteiten namelijk de gemeenschappelijke nationaliteit en de Belgische nationaliteit.

Zijn er echter meerdere nationaliteiten gemeenschappelijk, blijven er nog vragen open.

De wegen van het Hof van Cassatie zijn bijwijlen ondoorgrondelijk. Ook nu blijkt het niet eenvoudig om het verlichtend pad van ons hoogste rechtscollege te volgen. In deze noot werd een wegenkaart voorzien voor de praktizijn die inmiddels het pad bijster zou zijn. Vergeet echter niet regelmatig na te gaan of deze kaart u op het ogenblik van consultatie, daadwerkelijk op de gewenste bestemming zal brengen. Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie, mag er binnen het domein van de gemeenschappelijke nationaliteit de volgende jaren namelijk nog wat beweging worden verwacht.[24]

Wordt vervolgd.[25]

[24] HvJ, 16 juli 2009, C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474, Hadadi/Mesko.
De conclusie van het arrest Hadadi was dubbel. Enerzijds werd het nationaliteitsconflict beslecht zonder enige effectiviteitstoets. Het Hof redeneerde "niets in de tekst van artikel 3, lid 1, sub b duidt erop dat enkel de effectieve nationaliteit in aanmerking kan worden genomen". Het Hof van Justitie geeft aldus niet de voorkeur aan een afstandelijke en abstracte beoordeling van het nationaliteitsconflict maar stelt enkel vast dat er geen wettelijke basis voor handen is; om enkel de effectieve nationaliteit in aanmerking te nemen. Anderzijds werd met het nationaliteitsconflict omgegaan zonder voorkeur voor de nationaliteit van het forum. In dezelfde zin gaat het toepassen van artikel 3 van het Haags Nationaliteitsverdrag in mijn beschouwing steeds gepaard met effectiviteitsoverwegingen.

[25] Daarnaast kan ook worden gewezen op het toekomstige EU-recht. Voor echtgenoten die na 29 januari 2019 in het huwelijk treden moet rekening worden gehouden met Verordening (EU) 2016/1103.

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation

1. Nieuwe Verordening Geringe Vorderingen

Verordening (EU) 2015/2421 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 861/2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen en Verordening (EG) nr. 1896/2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure.

Deze verordening is op 14 juli 2017 in werking getreden.

Nouveau Règlement Petits Litiges

Règlement (UE) 2015/2421 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) no 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) no 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

Ce règlement est entré en vigueur le 14 juillet 2017.

2. Potpourri V en de wijzigigen aan het WIPR

Wet van 6 juli 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijke recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie.

Deze wet is op 24 juli 2017 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

La réforme Potpourri V et les modifications au CODIP

Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice.

Cette loi a été publiée le 24 juillet 2017 au Moniteur belge.

3. Afschaffing visumplicht voor houders diplomatieke paspoorten tussen Beneux-landen en Kazachstan

Wet van 6 juli 2016 houdende instemming met de Overeenkomst tussen de Regeringen van de Benelux-Staten en de Regering van de Republiek Kazachstan inzake de afschaffing van de visumplicht voor houders van diplomatieke paspoorten, gedaan te Brussel op 2 maart 2015 (1)(2).

Deze wet is op 20 juli 2017 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Exemption de l'obligation de visa pour les titulaires de passeports diplomatiques entre les Etats du Benelux et Kazakhstan

Loi du 6 juillet 2016 portant assentiment à l'Accord entre les Gouvernement des Etats du Benelux et le Gouvernement de la République du Kazakhstan relatif à l'exemption de l'obligation de visa pour les titulaires de passeports diplomatiques, fait à Bruxelles le 2 mars 2015 (1)(2).

Cette loi a été publiée le 20 juillet 2017 au Moniteur belge.

4. Afgifte paspoorten

Ministerieel besluit van 15 september 2017 tot wijziging van het ministerieel besluit van 19 april 2014 aangaande de afgifte van paspoorten.

Dit ministerieel besluit is op 25 september 2017 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad

Délivrance de passeports

Arrêté ministériel du 15 septembre 2017 modifiant l'arrêté ministériel du 19 avril 2014 concernant la délivrance de passeports.

Cet arrêté ministériel a été publié le 25 septembre 2017 au Moniteur belge.