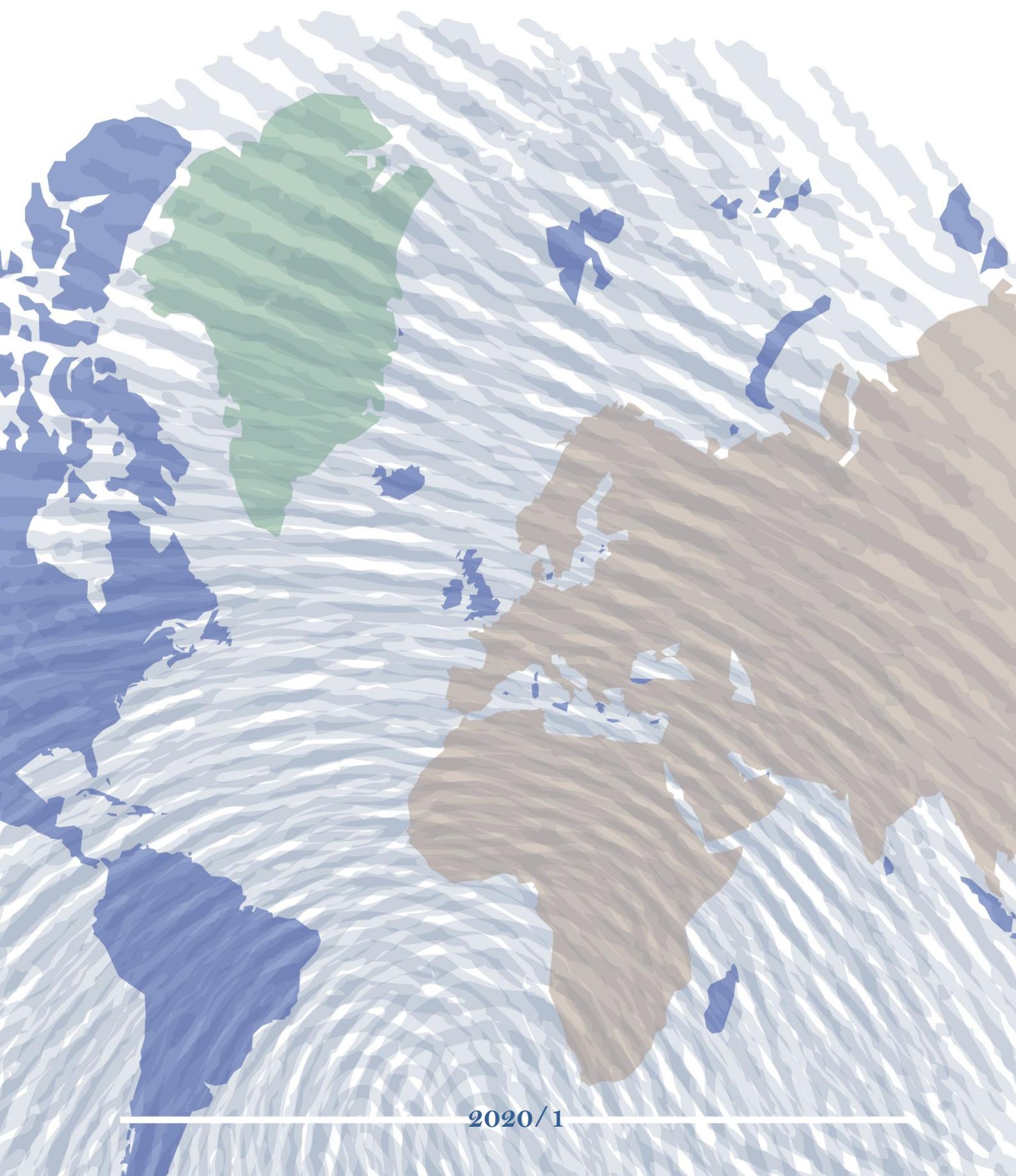


Revue@dipr.be

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Tijdschrift@ipr.be

TIJDSCHRIFT VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT



2020/1

INHOUD/CONTENU

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Rinau tegen Litouwen, arrest van 14 januari 2020

Hof van Justitie, zaak C-215/18, Libuše Králová tegen Primera Air Scandinavia A/S, arrest van 26 maart 2020

Hof van Justitie, zaak C-25/19, Corporis sp. z o.o. tegen Gefion Insurance A/S, arrest van 27 februari 2020

Hof van Justitie, zaak C-803/18, AAS "Balta" tegen UAB "Grifs AG", arrest van 27 februari 2020

Hof van Justitie, zaak C-606/19, Flightright GmbH tegen Iberia LAE SA Operadora Unipersonal, arrest van 13 februari 2020

Cour de cassation, arrêt du 20 janvier 2020

Cour de cassation, arrêt du 16 décembre 2019

Hof van Cassatie, arrest van 3 oktober 2019

Cour de cassation, arrêt du 23 mai 2019

Hof van Cassatie, arrest van 8 maart 2019

Hof van beroep Gent, arrest van 14 november 2019

Cour d'appel Mons, arrêt du 3 juin 2019

Rechtbank van eerste aanleg Brussel (Ned.), vonnis van 9 maart 2020

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 18 november 2019

RECHTSLEER/DOCTRINE

Sarah Den Haese and Hester Kroeze (Ghent University) – The 'Right' of a Child Placed under *Kafala* Care to Reside within the EU with his Guardian(s): The Emergence of a European Family Law? Case note to *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section (C-129/18)*

Michiel Poesen (KU Leuven) – De actio pauliana, de onhandelbaar telg van de Brussel *Ibis* Verordening: HvJ 10 juli 2019, nr. C-722/17, Reitbauer e.a./Casamassima

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE	5
Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Rinau tegen Litouwen, arrest van 14 januari 2020.....	5
Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Ongeoorloofd achterhouden van een kind in Litouwen – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Verordening 2201/2003 (Brussel <i>Ibis</i>) – Tenuitvoerlegging beslissing tot terugkeer – Schending van artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven	5
Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Non-retour illicite d'un Enfant en Lituanie – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Règlement 2201/2003 (Bruxelles <i>Ibis</i>) – Exécution d'une décision de retour – Violation de l'article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale	5
Hof van Justitie, zaak C-215/18, Libuše Králová tegen Primera Air Scandinavia A/S, arrest van 26 maart 2020....	6
Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 5, punt 1 – Bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst – Artikelen 15 tot en met 17 – Bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten – Verordening 261/2004 – Artikelen 6 en 7 – Recht op compensatie in geval van langdurige vertraging van een vlucht – Overeenkomst tussen de passagier en een reisbureau waarin zowel vervoer als verblijf wordt aangeboden – Vordering tot compensatie tegen een luchtvaartmaatschappij die geen partij is bij die overeenkomst – Richtlijn 90/314/EEG – Pakketreis.....	6
Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 5, point 1 – Compétence en matière contractuelle – Articles 15 à 17 – Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs – Règlement 261/2004 – Articles 6 et 7 – Droit à indemnisation en cas de retard important d'un vol – Contrat de transport combinant voyage et hébergement conclu entre le passager et une agence de voyages – Recours en indemnisation dirigé contre le transporteur aérien non partie à ce contrat – Directive 90/314/CEE – Voyage à forfait.....	6
Hof van Justitie, zaak C-25/19, Corporis sp. z o.o. tegen Gefion Insurance A/S, arrest van 27 februari 2020	7
Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2009/138/EG – Vertegenwoordiging van een schadeverzekeringsonderneming – Vertegenwoordiger die woonachtig is op het nationale grondgebied – Betequing en kennisgeving van stukken – Inontvangstneming van het stuk dat het geding inleidt – Verordening 1393/2007 (Betequing) – Niet-toepasselijkheid	7
Renvoi préjudiciel – Directive 2009/138/CE – Représentation d'une entreprise d'assurance non-vie – Représentant domicilié sur le territoire national – Signification ou notification des actes – Réception de l'acte introductif d'instance – Règlement 1393/2007 (Signification) – Non-applicabilité.....	7
Hof van Justitie, zaak C-803/18, AAS "Balta" tegen UAB "Grifs AG", arrest van 27 februari 2020	8
Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 1215/2012 (Brussel <i>Ibis</i>) – Artikel 15, punt 5, en artikel 16, punt 5 – Verzekering voor "grote risico's" – Tussen verzekeringnemer en verzekeraar overeengekomen forumkeuzebeding – Tegenwerpbaarheid van dat beding aan de verzekerde.....	8
Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 1215/2012 (Bruxelles <i>Ibis</i>) – Article 15, point 5, et article 16, point 5 – Assurance de "grands risques" – Clause attributive de juridiction conclue entre le preneur d'assurance et l'assureur – Opposabilité de cette clause à la personne assurée .	8
Hof van Justitie, zaak C-606/19, Flighthright GmbH tegen Iberia LAE SA Operadora Unipersonal, arrest van 13 februari 2020.....	9
Prejudiciële verwijzing – Artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening 1215/2012 (Brussel <i>Ibis</i>) – Artikel 7, punt 1, onder b), tweede streepje – Bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst – Begrip "plaats van uitvoering" – Dienstverleningsovereenkomst – Luchtvervoer – Verordening 261/2004 – Recht op	

compensatie van luchtreizigers bij annulering of langdurige vertraging van vluchten – Eén enkele bevestigde boeking voor een vlucht die werd uitgevoerd in meerdere vluchtsegmenten door twee verschillende luchtvaartmaatschappijen – Annulering van het laatste vluchtsegment – Vordering tot compensatie die tegen de voor het laatste vluchtsegment verantwoordelijke luchtvaartmaatschappij is ingesteld bij de rechter in wiens rechtsgebied de plaats van vertrek van het eerste vluchtsegment gelegen is	9
Renvoi préjudiciel – Article 99 du règlement de procédure de la Cour – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Règlement 1215/2012 (Bruxelles <i>Ibis</i>) – Article 7, point 1, sous b), second tiret – Compétence spéciale en matière contractuelle – Notion de “lieu d’exécution” – Contrat de fourniture de services – Transport aérien – Règlement 261/2004 – Droit à indemnisation des passagers aériens en cas d’annulation ou de retard important d’un vol – Vol à réservation unique confirmée et effectué en plusieurs segments par deux transporteurs aériens distincts – Annulation du dernier segment de vol – Recours en indemnisation dirigé contre le transporteur aérien chargé du dernier segment de vol devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le point de départ du premier segment de vol	9
Cour de cassation, arrêt du 20 janvier 2020.....	10
Compétence internationale – Régime matrimonial – Litispendance internationale – Article 14 CODIP – Article 42 CODIP – Nationalité commune belge des époux – Droit applicable – Article 48 CODIP – Résidence habituelle – Interprétation du droit étranger – Interprétation selon l'Etat d'origine – Article 427 du Code civil québécois	10
Internationale bevoegdheid – Huwelijksvermogen – Internationale aanhangigheid – Artikel 14 WIPR – Artikel 42 WIPR – Gemeenschappelijke Belgische nationaliteit van de echtgenoten – Toepasselijk recht – Artikel 48 WIPR – Gewone verblijfplaats – Interpretatie buitenlands recht – Uitlegging land van oorsprong – Artikel 427 van het Burgerlijk Wetboek van Quebec	10
Cour de cassation, arrêt du 16 décembre 2019.....	14
Reconnaissance – Divorce – Répudiation marocain – Pension de retraite – Convention générale sur la sécurité sociale entre la Belgique et le Maroc – Article 57 CODIP – Article 570 (ancienne version) C. Jud. – Respect des droits de la défense – Ordre public	14
Erkenning – Echtscheiding – Marokkaanse verstotting – Rustpensioen – Belgisch-Marokkaans Algemeen Verdrag betreffende de sociale zekerheid – Artikel 57 WIPR – Oud artikel 570 Ger.W. – Respect voor de rechten van verdediging – Openbare orde	14
Hof van Cassatie, arrest van 3 oktober 2019.....	34
Toepasselijk recht – Kredietovereenkomst – Verordening 593/2008 (Rome I) – Artikel 6, lid 1 – Recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft – Rechtskeuze.....	34
Droit applicable – Contrat de crédit – Règlement 593/2008 (Rome I) – Article 6, al. 1 – Loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle – Choix de la loi	34
Cour de cassation, arrêt du 23 mai 2019	36
Responsabilité parentale – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d’enfant) – Article 21 – Article 35 – Demande de garde ou de visite – Champ d’application temporel – Convention de La Haye de 1996 (Protection des enfants) – Article 3 – Article 50 – Article 53.....	36
Ouderlijke verantwoordelijkheid – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Artikel 21 – Artikel 35 – Verzoek tot regeling van het omgangsrecht – Temporeel toepassingsgebied – Verdrag van Den Haag van 1996 (Kinderbescherming) – Artikel 3 – Artikel 50 – Artikel 53	36
Hof van Cassatie, arrest van 8 maart 2019.....	40
Betekenis – Verordening 1993/2007 (Betekenis) — Artikel 14 – Artikel 1079 Ger.W. – Betekenis cassatieberoep – Gebrek aan vertaling – Ontvankelijkheid cassatieberoep	40
Signification – Règlement 1993/2007 (Signification) – Article 14 – Article 1079 C. Jud. – Signification du pourvoi en cassation – Manque de traduction – Recevabilité du pourvoi en cassation	40
Hof van beroep Gent, arrest van 14 november 2019	44

Erkenning en uitvoerbaarheid – Marokkaanse rechterlijke beslissing – Kafala – Verdrag van Den Haag van 1996 (Kinderbescherming) – Artikel 126 WIPR – Artikel 22 WIPR – Weigeringsgronden artikel 25 WIPR – Adoptie – Belgisch recht – Geen toestemming ouders.....	44
Reconnaissance et exécution – Décision judiciaire marocaine – Kefala – Convention de La Haye de 1996 (Protection des enfants) – Article 126 CODIP – Article 22 CODIP – Motifs de refus de l'article 25 CODIP – Adoption – Droit belge – Absence de consentement des parents	44
Cour d'appel Mons, arrêt du 3 juin 2019	57
Reconnaissance – Répudiation – Acte authentique marocain – Article 57 CODIP – Article 114 du Code de la famille marocain – Principe d'égalité entre homme et femme – Respect pour les droits de la défense – Déclaration de cohabitation légale.....	57
Erkenning – Verstoting – Marokkaanse authentieke akte – Artikel 57 WIPR – Artikel 114 van het Marokkaans Familiwetboek – Principe van gelijkheid tussen man en vrouw – Respect voor de rechten van verdediging – Verklaring van wettelijke samenwoning	57
Rechtbank van eerste aanleg Brussel (Ned.), vonnis van 9 maart 2020	63
Arbitrage – Internationale bevoegdheid – Overeenkomst – Plaats van arbitrage – Artikel 1676, § 7 Ger.W. – Impact van de rechtskeuze.....	63
Arbitrage – Compétence internationale – Contrat – Lieu de l'arbitrage – Article 1676, § 7 C. Jud. – Effet du choix de la loi.....	63
Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 18 november 2019.....	67
Erkenning – Huwelijk – Pakistaans religieus huwelijk – Ahmadi-huwelijk – Artikel 27 WIPR – Vormvoorwaarden – Artikel 47 WIPR – Artikel 21 WIPR – Niet-erkenning huwelijksakte.....	67
Reconnaissance – Mariage – Mariage religieux pakistanais – Mariage Ahmadi– Article 27 CODIP – Conditions de forme du mariage – Article 47 CODIP – Article 21 CODIP – Pas de reconnaissance de l'acte de mariage	67
RECHTSLEER/DOCTRINE.....	74
Sarah Den Haese and Hester Kroeze (Ghent University) – The ‘Right’ of a Child Placed under <i>Kafala</i> Care to Reside within the EU with his Guardian(s): The Emergence of a European Family Law? Case note to <i>SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section (C-129/18)</i>	74
Michiel Poesen (KU Leuven) – De actio pauliana, de onhandelbaar telg van de Brussel <i>Ibis</i> Verordening: HvJ 10 juli 2019, nr. C-722/17, Reitbauer e.a./Casamassima.....	88
ACTUALITEIT/ACTUALITÉ.....	94

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Rinau tegen Litouwen, arrest van 14 januari 2020

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Ongeoorloofd achterhouden van een kind in Litouwen – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Tenuitvoerlegging beslissing tot terugkeer – Schending van artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven

Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Non-retour illicite d'un Enfant en Lituanie – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Exécution d'une décision de retour – Violation de l'article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale

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

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

Hof van Justitie, zaak C-215/18, Libuše Králová tegen Primera Air Scandinavia A/S, arrest van 26 maart 2020

Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 5, punt 1 – Bevoegdheid inzake verbintenis uit overeenkomst – Artikelen 15 tot en met 17 – Bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten – Verordening 261/2004 – Artikelen 6 en 7 – Recht op compensatie in geval van langdurige vertraging van een vlucht – Overeenkomst tussen de passagier en een reisbureau waarin zowel vervoer als verblijf wordt aangeboden – Vordering tot compensatie tegen een luchtvaartmaatschappij die geen partij is bij die overeenkomst – Richtlijn 90/314/EEG – Pakketreis

Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 5, point 1 – Compétence en matière contractuelle – Articles 15 à 17 – Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs – Règlement 261/2004 – Articles 6 et 7 – Droit à indemnisation en cas de retard important d'un vol – Contrat de transport combinant voyage et hébergement conclu entre le passager et une agence de voyages – Recours en indemnisation dirigé contre le transporteur aérien non partie à ce contrat – Directive 90/314/CEE – Voyage à forfait

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

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

**Hof van Justitie, zaak C-25/19, Corporis sp. z o.o. tegen Gefion Insurance A/S,
arrest van 27 februari 2020**

Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2009/138/EG – Vertegenwoordiging van een schadeverzekeringsonderneming – Vertegenwoordiger die woonachtig is op het nationale grondgebied – Betekening en kennisgeving van stukken – Inontvangstneming van het stuk dat het geding inleidt – Verordening 1393/2007 (Betekenis) – Niet-toepasselijkheid

Renvoi préjudiciel – Directive 2009/138/CE – Représentation d'une entreprise d'assurance non-vie – Représentant domicilié sur le territoire national – Signification ou notification des actes – Réception de l'acte introductif d'instance – Règlement 1393/2007 (Signification) – Non-applicabilité

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

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

Hof van Justitie, zaak C-803/18, AAS “Balta” tegen UAB “Grifs AG”, arrest van 27 februari 2020

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis) – Artikel 15, punt 5, en artikel 16, punt 5 – Verzekering voor “grote risico’s” – Tussen verzekeringnemer en verzekeraar overeengekomen forumkeuzebeding – Tegenwerpbaarheid van dat beding aan de verzekerde

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis) – Article 15, point 5, et article 16, point 5 – Assurance de “grands risques” – Clause attributive de juridiction conclue entre le preneur d’assurance et l’assureur – Opposabilité de cette clause à la personne assurée

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

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

Hof van Justitie, zaak C-606/19, Flightright GmbH tegen Iberia LAE SA Operadora Unipersonal, arrest van 13 februari 2020

Prejudiciële verwijzing – Artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis) – Artikel 7, punt 1, onder b), tweede streepje – Bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst – Begrip “plaats van uitvoering” – Dienstverleningsovereenkomst – Luchtvervoer – Verordening 261/2004 – Recht op compensatie van luchtreizigers bij annulering of langdurige vertraging van vluchten – Eén enkele bevestigde boeking voor een vlucht die werd uitgevoerd in meerdere vluchtsegmenten door twee verschillende luchtvaartmaatschappijen – Annulering van het laatste vluchtsegment – Vordering tot compensatie die tegen de voor het laatste vluchtsegment verantwoordelijke luchtvaartmaatschappij is ingesteld bij de rechter in wiens rechtsgebied de plaats van vertrek van het eerste vluchtsegment gelegen is

Renvoi préjudiciel – Article 99 du règlement de procédure de la Cour – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis) – Article 7, point 1, sous b), second tiret – Compétence spéciale en matière contractuelle – Notion de “lieu d’exécution” – Contrat de fourniture de services – Transport aérien – Règlement 261/2004 – Droit à indemnisation des passagers aériens en cas d’annulation ou de retard important d’un vol – Vol à réservation unique confirmée et effectué en plusieurs segments par deux transporteurs aériens distincts – Annulation du dernier segment de vol – Recours en indemnisation dirigé contre le transporteur aérien chargé du dernier segment de vol devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le point de départ du premier segment de vol

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

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

Cour de cassation, arrêt du 20 janvier 2020

Compétence internationale – Régime matrimonial – Litispendance internationale – Article 14 CODIP – Article 42 CODIP – Nationalité commune belge des époux – Droit applicable – Article 48 CODIP – Résidence habituelle – Interprétation du droit étranger – Interprétation selon l'Etat d'origine – Article 427 du Code civil québécois

Internationale bevoegdheid – Huwelijksvermogen – Internationale aanhangigheid – Artikel 14 WIPR – Artikel 42 WIPR – Gemeenschappelijke Belgische nationaliteit van de echtgenoten – Toepasselijk recht – Artikel 48 WIPR – Gewone verblijfplaats – Interpretatie buitenlands recht – Uitlegging land van oorsprong – Artikel 427 van het Burgerlijk Wetboek van Quebec

R. S.,

demanderesse en cassation,

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

contre

P. R.,

défendeur en cassation,

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

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 20 septembre 2018 par la cour d'appel de Bruxelles.

Par ordonnance du 6 janvier 2020, le premier président a renvoyé la cause devant la troisième chambre.

Le président de section Mireille Delange a fait rapport.

L'avocat général Jean Marie Genicot a conclu.

II. Les moyens de cassation

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

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen:

Quant à la seconde branche:

L’obligation de motiver les jugements et arrêts est une règle de forme.

Le moyen, qui, en cette branche, se borne à critiquer le défaut pour la cour d’appel d’examiner *in concreto* les différences procédurales décrites par la demanderesse et leur influence sur la bonne administration de la justice, est étranger à l’article 149 de la Constitution, partant, irrecevable.

Quant à la première branche:

Par les considérations que « *[la demanderesse n'a] pas été privée de liberté dès l'instant où elle a obstinément refusé de quitter la résidence secondaire de [...] comme le lui demandait le juge de paix (il lui était possible de loger à l'hôtel comme elle l'a fait notamment au Canada et de demander la levée des scellés et l'inventaire à très bref délai)* » et que, dès lors, « *les différences procédurales entre les deux pays n'[obèrent] pas le critère d'antériorité* », l’arrêt examine l’effet sur l’égalité des armes entre les parties de la seule différence procédurale invoquée par la demanderesse, soit que le droit canadien exigerait, pour l’introduction d’une demande en divorce, l’accomplissement de formalités qui ne pouvaient être accomplies à distance.

À défaut de conclusions l’y invitant, l’arrêt n’était pas tenu d’examiner, au regard des exigences d’une bonne administration de la justice au sens de l’article 14 du Code de droit international privé, l’existence d’autres différences procédurales entre la Belgique et le Canada et leur incidence sur l’égalité des armes entre les parties.

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

Sur le deuxième moyen:

Quant à la première branche:

Dans ses conclusions, le défendeur faisait valoir qu’en application de l’article 42, 4°, du Code de droit international privé, les juridictions belges sont compétentes concernant la liquidation du régime matrimonial des parties, lorsque les époux sont belges lors de l’introduction de la demande, et soutenait que cette compétence était particulièrement légitime et naturelle en l’espèce.

Dans ses conclusions, la demanderesse énonçait que la cour d’appel « *est également saisie d'une demande de liquidation du régime matrimonial existant entre les époux. [Le défendeur] soutient que les tribunaux belges sont compétents pour se prononcer sur cette demande en vertu de l'article 42 du Code de droit international privé compte tenu de la nationalité belge des deux époux. L'invocation de cette compétence internationale est sujette aux mêmes critiques que celles formulées à l'encontre de la compétence en matière de divorce, dans la mesure où le critère de la nationalité belge des deux époux présente une faiblesse manifeste* ».

L’arrêt considère que « *les parties semblent certes avoir choisi ensemble leurs lieux de résidence successifs, en fonction du régime fiscal le plus favorable, mais l'on soulignera cependant qu'elles ont choisi de vivre effectivement en Belgique pendant neuf ans, de se marier en Belgique, de conclure un contrat de mariage de droit belge alors qu'au moment du mariage, elles avaient les nationalités française et marocaine, d'acheter non moins de dix biens immobiliers en Belgique et d'y créer plusieurs*

sociétés; [que], même si le processus d'installation au Québec était en cours en 2012, elles n'ont pas renoncé à leur demande d'acquisition de la nationalité belge qui est leur nationalité commune. Après leur installation au Québec, les époux ont conservé leur seconde résidence en Belgique, dans laquelle ils sont revenus durant les congés des enfants, ce qui démontre à tout le moins leur attachement certain à la Belgique qui a été leur pays d'accueil pendant près de neuf ans; [qu']on relèvera encore que les enfants nés de la première union [du défendeur] sont également établis en Belgique; [que] le critère de la nationalité commune n'est donc pas une coquille vide que [le défendeur] aurait saisie par pure opportunité, mais le reflet de liens réels avec la Belgique ».

Il s'ensuit que l'arrêt fonde la compétence internationale des juridictions belges sur la nationalité belge des époux, en application de l'article 42 du Code de droit international privé.

Le moyen, qui, en cette branche, repose sur le soutènement que l'arrêt fonderait cette décision sur le seul article 3 du règlement de Bruxelles IIbis combine avec l'article 9 du Code de droit international privé, manque en fait.

Quant à la seconde branche:

L'arrêt relève que « *la litispendance imparfaite a été créée par [la demanderesse] elle-même qui aurait pu greffer ses demandes sur la demande introduite en premier en Belgique* » et il considère que « *la fragmentation des procédures doit être évitée, vu les liens étroits qui existent entre les demandes en divorce et liquidation et partage portées en premier lieu devant le juge belge et les demandes de révocation des donations, protection du patrimoine familial, prestation compensatoire portées devant le juge québécois* » dès lors que ces dernières demandes sont « *destinées à compenser l'apport d'un conjoint à l'enrichissement du patrimoine de l'autre* » en sorte qu' « *il y a lieu de les instruire et les juger devant les mêmes tribunaux* » et que « *la connexité justifie la compétence des tribunaux belges pour toutes ces demandes* ».

Contrairement à ce que suppose le moyen, en cette branche, l'arrêt examine ainsi si, au regard des exigences d'une bonne administration de la justice, le juge québécois constitue le for le plus approprié pour connaître des demandes relatives à la révocation des donations, à la prestation compensatoire et à la protection du patrimoine familial.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Sur le troisième moyen:

Après avoir déclaré le droit belge applicable à la liquidation du régime matrimonial en vertu de l'article 51 du Code du droit international privé, sous réserve du mode de composition et d'attribution des lots qui sera régi par le droit de l'État sur le territoire duquel les biens sont situés au moment du partage conformément à l'article 53, § 2, du même code, l'arrêt recherche le droit applicable à la demande de la demanderesse relative à une prestation compensatoire en raison de son apport dans l'enrichissement du défendeur.

Il constate que cette institution est régie par l'article 427 du Code civil québécois, en vertu duquel, au moment où il prononce la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage.

Il rapporte que la demanderesse soutient qu'il s'agit d'un effet du mariage soumis au droit québécois en vertu de l'article 48 du Code de droit international privé, alors que le défendeur rattache la prestation compensatoire au régime matrimonial soumis au droit belge.

Il considère qu' « *elle est un correctif au régime de la séparation des biens* », qu'elle « *n'est pas de nature alimentaire* », qu'elle est « *intimement liée à la liquidation du régime matrimonial* », que, dans leur contrat de mariage, les parties « *se sont volontairement [référées] aux dispositions du Code civil belge relatives au régime de la séparation des biens* » et que le « *droit belge [permet] d'appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause* », et il conclut que le droit belge est applicable à la prestation compensatoire.

Lorsque, faisant application des dispositions du Code de droit international privé en vue de déterminer le droit applicable à une institution prévue par la loi étrangère, le juge du fond recherche le contenu de cette loi, il doit en déterminer la portée en tenant compte de l'interprétation qu'elle reçoit dans le pays dont elle émane.

La Cour vérifie la conformité de la décision du juge du fond à cette interprétation.

En décidant que la prestation compensatoire de droit québécois ne se rattache pas aux effets du mariage visés par l'article 48 du Code de droit international privé, l'arrêt ne donne pas de l'article 427 du Code civil québécois une interprétation qui, compte tenu des interprétations divergentes qu'elle y reçoit, ne pourrait manifestement pas être tenue pour conforme à l'interprétation que cette disposition reçoit au Québec, et il ne viole pas l'article 48 du Code de droit international privé.

Le moyen ne peut être accueilli.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Rejette le pourvoi;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de mille deux cent dix-huit euros nonante-sept centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Mireille Delange, les conseillers Michel Lemal, Marie-Claire Ernotte, Ariane Jacquemin et Maxime Marchandise, et prononcé en audience publique du vingt janvier deux mille vingt par le président de section Mireille Delange, en présence de l'avocat général Jean Marie Genicot, avec l'assistance du greffier Lutgarde Body.

Cour de cassation, arrêt du 16 décembre 2019

Reconnaissance – Divorce – Répudiation marocain – Pension de retraite – Convention générale sur la sécurité sociale entre la Belgique et le Maroc – Article 57 CODIP – Article 570 (ancienne version) C. Jud. – Respect des droits de la défense – Ordre public

Erkenning – Echtscheiding – Marokkaanse verstoting – Rustpensioen – Belgisch-Marokkaans Algemeen Verdrag betreffende de sociale zekerheid – Artikel 57 WIPR – Oud artikel 570 Ger.W. – Respect voor de rechten van verdediging – Openbare orde

Service fédéral des pensions, établissement public, dont le siège est établi à Saint-Gilles, Tour du Midi, Esplanade de l'Europe, 1,

demandeur en cassation,

représenté par Maître Huguette Geinger, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue des Quatre Bras, 6, où il est fait élection de domicile,

contre

M. B.,

défendeur en cassation,

représenté par Maître François T'Kint, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 65, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 28 février 2018 par la cour du travail de Bruxelles.

Le 27 novembre 2019, l'avocat général Jean Marie Genicot a déposé des conclusions au greffe.

Le président de section Christian Storck a fait rapport et l'avocat général Jean Marie Genicot a été entendu en ses conclusions.

II. Le moyen de cassation

Le demandeur présente un moyen libellé dans les termes suivants:

Dispositions légales violées

- articles 23, 149 et 159 de la Constitution;
- article 570 du Code judiciaire, avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004;
- articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955;

- article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952 et approuvé par la loi du 13 mai 1955.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt déclare l'appel du défendeur fondé et, réformant le jugement entrepris, condamne le demandeur à lui payer, à partir du 1^{er} juin 2015, la pension de retraite de salarié au montant mensuel antérieur à la décision [administrative] du 29 mai 2015, soit 1.478,48 euros, par les motifs suivants:

« Faits et antécédents

1. [Le défendeur] est né en 1939 à [...] (Maroc). Il est arrivé en Belgique le 25 juillet 1966, venant du Maroc, pour y travailler comme manœuvre;

Il s'est marié à Oujda (Maroc) le 7 septembre 1971 avec madame H. (alors dénommée B.);

Les époux étaient alors tous deux de nationalité marocaine;

Le couple n'a pas eu d'enfant;

Il ne semble pas que madame L. (nouveau nom de l'épouse, selon l'attestation de concordance du 3 décembre 2014) aurait légalement rejoint son époux en Belgique;

2. Le mariage a été dissous, au Maroc, le 25 août 1974, par un acte de 'divorce première déclaration' consigné dans les registres de l'état civil marocain le 29 août 1974 à la suite de son homologation par la section notariale du tribunal de première instance d'Oujda;

Le divorce a été inscrit au registre de la population belge le 27 août 1974;

3. [Le défendeur] s'est remarié le 11 septembre 1974, au Maroc, avec madame F. R. (née en 1945), de nationalité marocaine et vivant alors au Maroc;

Ce mariage a également été inscrit, à la même date, au registre de la population belge;

De leur union sont nés six enfants (selon l'extrait du registre national);

[Le défendeur] est belge depuis le 8 juin 1978;

Actuellement, il est toujours marié et réside à Forest avec son épouse, madame R.;

Il a été relevé par le tribunal [du travail] que madame R. a également acquis la nationalité belge, sans précision de date;

[Le défendeur] a été reconnu en incapacité de travail de plus de soixante-six p.c. du 29 septembre 1997 au 31 juillet 2004, date à laquelle il a été admis à la pension, à soixante-cinq ans;

4. Il n'est pas contesté que le [demandeur] a octroyé [au défendeur] une pension de retraite de salarié au taux de ménage;

[Le défendeur], actuellement âgé de septante-neuf ans, souffre de plusieurs pathologies, comme en atteste le dossier médical qu'il produit;

5. Par une lettre du 29 mai 2015, le [demandeur] a informé [le défendeur] que ses droits en matière de pension ont été recalculés et lui a communiqué le nouveau montant attribué à partir de juin 2015. Ce montant correspond à la moitié de celui qui était accordé précédemment;

La lettre du [demandeur] ne contient aucune motivation;

[Le défendeur] apprendra par la suite que cette révision d'office résulte de ce que le [demandeur] ne reconnaît pas le divorce intervenu au Maroc le 27 août 1974, en sorte que [le défendeur] reste séparé (et non divorcé) de sa première épouse, qui a droit à la moitié de la pension au taux de ménage;

Madame L., première épouse, a en effet introduit, le 25 février 2015, une demande de pension et a produit un certificat de non-remariage;

Il résulte des documents produits par le [demandeur] qu'à l'origine, madame L. entendait introduire une demande de pension de conjoint divorcé, ce qu'elle a fait par l'intermédiaire de la caisse nationale de sécurité sociale marocaine;

6. Par une décision du 19 novembre 2015, le [demandeur] a informé madame L. que, selon son service juridique, elle n'a jamais été divorcée [du défendeur] au regard de la loi belge, raison pour laquelle le [demandeur] la considère comme le conjoint séparé [du défendeur] et lui octroie la moitié de la pension de retraite de ce dernier au taux de ménage;

7. Le [demandeur] a examiné les droits [du défendeur] et de sa seconde épouse à une garantie de revenus aux personnes âgées;

L'intervention du service de médiation des pensions a permis, à la suite de la plainte [du défendeur] du 22 octobre 2015 au sujet de la longueur de l'instruction par le [demandeur] des droits à la garantie de revenus aux personnes âgées, de débloquer la situation;

Par une décision du 15 décembre 2015, le [demandeur] a octroyé à partir du 1^{er} juin 2015 un revenu garanti aux personnes âgées de 9,14 euros par mois [au défendeur] et de 674,46 euros par mois (montant barémique) à madame R.;

Il s'agit du montant de base pour des personnes qui cohabitent (taux barémique de 8.093,56 euros par an au 1^{er} juin 2015);

Dans le calcul du revenu garanti aux personnes âgées, le [demandeur] a tenu compte de la pension de retraite réduite perçue par [le défendeur], déduction faite de l'abattement de dix p.c.;

Les avances consenties par le centre public d'action sociale de Forest (soit 1.484,33 euros en faveur de madame R. jusqu'en décembre 2015) ont été déduites des arriérés dus depuis juin 2015;

Le montant cumulé de la pension réduite et des deux revenus garantis aux personnes âgées est légèrement inférieur au montant de la pension au taux de ménage en vigueur avant le 1^{er} juin 2015;

8. [Le défendeur] a introduit la procédure par une requête envoyée au greffe dans le délai légal par une lettre recommandée à la poste le 28 août 2015;

Il entendait contester la décision du 29 mai 2015;

Il demandait au tribunal d'annuler cette décision et de condamner le [demandeur] à lui payer à partir du 1^{er} juin 2015 la pension de retraite de salarié au montant mensuel antérieur à la décision du 29 mai 2015, soit 1.478,48 euros;

9. Par jugement du 14 juin 2016, le tribunal du travail a déclaré le recours recevable mais non fondé;

[Le défendeur] a fait appel du jugement par une requête déposée le 22 juillet 2016;

Objet de l'appel

10. [Le défendeur] demande à la cour du travail de mettre le jugement entrepris à néant et de condamner le [demandeur] à lui payer à partir du 1^{er} juin 2015 la pension de retraite de salarié au montant mensuel antérieur à la décision du 29 mai 2015, soit 1.478,48 euros;

Discussion

Objet de la discussion et cadre juridique

11. Le litige concerne, tout d'abord, la reconnaissance en Belgique de l'acte de dissolution du premier mariage [du défendeur];

L'acte litigieux est intervenu en 1974. Cet acte a été revêtu de la signature de deux notaires et porte la mention de l'homologation du juge-notaire d'Oujda, avec le sceau du tribunal de première instance de cette ville. Il correspond à une 'déclaration unique première, conforme à la loi et à l'usage, faite en l'absence de l'épouse divorcée';

Le litige concerne, ensuite, la détermination des droits en matière de pension en fonction de la reconnaissance ou non de l'acte de dissolution;

Si cet acte n'est pas reconnu, [le défendeur] doit être considéré comme étant seulement séparé de sa première épouse, avec qui il devrait alors partager sa pension de retraite. Si l'acte de dissolution est reconnu, il aurait droit à sa pension complète au taux de ménage, sa première épouse pouvant alors prétendre à une pension de conjoint divorcé;

12. En ce qui concerne la reconnaissance en droit belge, l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire, en vigueur jusqu'au 1^{er} octobre 2004, disposait que

« À moins qu'il n'y ait lieu à l'application d'un traité entre la Belgique et le pays où la décision a été rendue, le juge vérifie, outre le fond du litige:

- 1° si la décision ne contient rien de contraire aux principes d'ordre public ni aux règles du droit public belge;
- 2° si les droits de la défense ont été respectés;
- 3° si le juge étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur;
- 4° si, d'après la loi du pays où la décision a été rendue, elle est passée en force de chose jugée;
- 5° si, d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité »;

Selon le tribunal, la répudiation intervenue en 1974 était contraire à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire. Il a estimé que les droits de la défense n'ont pas été respectés et que cela suffisait à faire

obstacle à la reconnaissance. Le tribunal n'a pris en compte que cet élément et s'est abstenu d'examiner les effets in concreto qu'aurait la reconnaissance ou le refus de reconnaissance;

13. La reconnaissance est aussi susceptible d'intervenir sur la base de l'article 57 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2004. Cette disposition prévoit:

« § 1^{er}. Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique.

§ 2. Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes:

- 1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'État où il a été établi;
- 2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
- 3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
- 4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage;
- 5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance »;

Les articles concernant l'efficacité des décisions judiciaires étrangères et des actes authentiques étrangers s'appliquent aux décisions rendues et aux actes établis après l'entrée en vigueur de la loi (article 126, § 2, alinéa 1^{er}, du Code droit international privé);

Toutefois, une décision rendue ou un acte établi avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 2004 peut également recevoir effet en Belgique s'il satisfait aux conditions de la loi (article 126, § 2, alinéa 2, du même code) [...];

Décision de la cour du travail

15. Il n'est pas contesté que la dissolution du premier mariage est intervenue en conformité du droit marocain tel qu'il était en vigueur à l'époque;

[Le défendeur] admet qu'une condition prévue par l'article 57 du Code de droit international privé n'est pas remplie, à savoir qu'il avait sa résidence dans un État (la Belgique) qui ne connaît pas la répudiation;

Il se prévaut, dès lors, de l'article 570 ancien du Code judiciaire, applicable en l'espèce dès lors que la dissolution est antérieure au 1^{er} octobre 2004;

Il estime que le premier juge aurait dû vérifier les effets in concreto en ne s'arrêtant pas à la question des droits de la défense, comme il l'a fait;

La nécessité d'une appréciation in concreto

16. Selon la doctrine et la jurisprudence belges, 'une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international que si, par les dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique et économique établi en Belgique et qui, pour ce motif, doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente d'un droit étranger (conclusions du procureur général baron Velu, alors avocat général, précédent Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, 835, se référant à Cass., 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, 624, et 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, 262);

Selon la Cour de cassation, ‘le juge ne doit vérifier la compatibilité avec l’ordre public international que des seuls effets juridiques susceptibles d’être produits par la règle du droit étranger déclarée applicable’ (Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, 835);

On admet, en effet, que ‘l’objet de l’exception d’ordre public n’est pas le droit étranger comme tel mais les effets que ce droit devrait produire dans le pays où il est en principe déclaré applicable et qui sont jugés incompatibles avec l’ordre public de ce pays’ (voy. Liège, 23 avril 1970 et G. van Hecke, ‘Le mariage polygamique devant les tribunaux belges’, *R.C.J.B.*, 1971, 7; Fr. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Précis de la faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, 3e éd., 2005, 307; Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 2003, n° 327/1, 28);

Les alinéas 2 et 3 de l’article 21 du Code de droit international privé confirment la conception atténuée et le critère de proximité, qui prévalaient déjà avant son entrée en vigueur:

- l’ordre public est appelé à recevoir un effet atténué lorsqu’il s’agit d’apprécier les effets d’une situation valablement créée à l’étranger: ‘Dans ce cas, les autorités belges n’étant pas sollicitées pour participer à la création d’une situation incompatible avec l’ordre public belge mais simplement [pour] se prononcer sur les effets en Belgique d’une situation valablement constituée à l’étranger, l’ordre public appelle une appréciation plus souple’ (M. Fallon, S. Francq et J. Mary, ‘La reconnaissance des mariages-carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation’, *R.C.J.B.*, 2017, 282);
- par ailleurs, ‘l’évitement du droit étranger normalement compétent ne dépend pas seulement de la nature et de l’étendue des effets réclamés; il faut aussi mesurer l’intensité du rattachement au droit du for’ (Fr. Rigaux et M. Fallon, op. cit., 323-324);

17. En ce qui concerne l’appréciation devant être faite par le juge du fond en vue de la reconnaissance, sur la base de l’article 570 ancien du Code judiciaire, des répudiations valablement intervenues au Maroc, trois arrêts de la Cour de cassation méritent l’attention;

Dans un arrêt du 11 décembre 1995, la Cour a décidé que, dès lors que le juge du fond avait constaté ‘que l’épouse répudiée n’a été ni convoquée ni entendue lors de la procédure de répudiation’, il ne pouvait donner d’effets à cette répudiation sans violer l’article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire (Cass., 11 décembre 1995, *Pas.*, I, n° 538). Cet arrêt a été largement commenté (voyez M.-C. Foblets, ‘La répudiation répudiée par la Cour de cassation. Un examen sans mansuétude des conditions de régularité internationale d’un acte de répudiation’, *Rev. dr. étr.*, 1996, 185; J. Erauw, ‘Verstotting echtscheiding is moeilijk erkenbaar’, *R.W.*, 1995-1996, 1330, et J.-Y. Carlier, ‘La reconnaissance des répudiations’, *R.T.D.F.*, 1996, 131);

Le 29 avril 2002 (*Pas.*, n° 259), la Cour de cassation a décidé:

« Que, si l’arrêt admet que, dans la loi marocaine en conformité de laquelle le lien conjugal a été rompu, « une discrimination subsiste à l’égard de l’épouse marocaine », il considère qu’il « convient de vérifier si la décision de répudiation n’est pas contraire à l’ordre public belge in concreto et non in abstracto », qu’en l’espèce, « il est [...] acquis que la première épouse [du défendeur] a accepté la répudiation » et qu’« on ne peut affirmer que la procédure de répudiation s’est déroulée en fraude de la loi belge » dès lors que « les époux se sont mariés au Maroc » où la première épouse du défendeur « réside [...] depuis plus de vingt ans »; que, par ces considérations, l’arrêt justifie légalement sa décision que le défendeur doit, en vertu de la répudiation litigieuse, être considéré en Belgique comme divorcé de sa première épouse ».

Dans ses conclusions précédant cet arrêt, le premier avocat général Leclercq a indiqué de manière très précise les motifs pour lesquels, malgré le non-respect du principe de l’égalité de traitement, la dissolution intervenue au Maroc en conformité de la loi marocaine pouvait être reconnue en Belgique:

« La décision prise en l'espèce à l'étranger, conformément au statut personnel des parties, me paraît pouvoir être considérée comme rencontrant la condition, prévue par l'article 570 du Code judiciaire, liée au respect des droits de la défense de l'épouse (voir Cass., 11 décembre 1995, *Pas.*, I, n° 538). Le demandeur soutient cependant que la répudiation unilatérale, en tant que mode de rupture du lien conjugal, est, selon le droit marocain, réservée au mari et à lui seul, et ne respecte dès lors pas le principe de l'égalité entre l'homme et la femme dans la mesure où une discrimination subsiste à l'encontre de l'épouse marocaine. Ce principe de l'égalité entre l'homme et la femme est certes aujourd'hui une règle d'ordre public international belge. [...] Il y a cependant lieu, en tout état de cause et suivant en cela la doctrine de l'arrêt de la Cour du 2 avril 1981, de ne vérifier la compatibilité avec l'ordre public international belge que des seuls effets juridiques susceptibles d'être produits par la règle du droit étranger déclarée applicable, et non d'évaluer dans son ensemble une institution prohibée, comme telle, par le droit belge parce que contraire au principe d'égalité précité (Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, 835; sur la notion d'ordre public international belge, voir Cass., 17 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 207; C. civ., articles 3 et 6; C. jud., article 570, alinéa 2, 1°). Dans le cas d'espèce, c'est-à-dire dans le cas des seules relations entre le demandeur et le défendeur, les seuls effets susceptibles d'être produits en Belgique par la décision étrangère et la règle du droit étranger que cette décision a appliquée ne portent que sur l'étendue des droits à la pension et à l'allocation de chauffage du défendeur. Ce dernier poursuit la reconnaissance du bénéfice entier de ses droits et non amputé de moitié comme voudrait l'y réduire le demandeur; ainsi précisé, l'objet d'une telle demande, même fondée sur les suites d'une décision de répudiation, ne porte pas atteinte à l'ordre public international belge. Je répète: la solution ne vaut qu'entre le demandeur et le défendeur'. Dans ces conclusions, le ministère public ne suggère pas d'envisager différemment l'atteinte portée aux droits de la défense et l'atteinte portée au principe de l'égalité de traitement. Il suggère de s'en tenir à la conception atténuée et de proximité de l'ordre public international belge;

Enfin, le 29 septembre 2003 (*Pas.*, n° 460), la Cour de cassation a décidé:

« Qu'il ressort de l'arrêt que, pour prétendre au bénéfice du revenu garanti aux personnes âgées en qualité de femme divorcée d'un travailleur salarié, la défenderesse se prévaut d'« un acte de répudiation intervenu le 27 décembre 1994, dûment entériné par les autorités marocaines »; que la cour du travail a considéré que, pour apprécier si cette répudiation peut sortir ses effets en Belgique, il lui appartenait de vérifier si les conditions de l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire étaient réunies; que les jugements régulièrement rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état des personnes, produisent, en règle, leurs effets en Belgique, indépendamment de toute déclaration d'exequatur; qu'ils ne sont toutefois tenus, en Belgique, pour régulièrement rendus que s'ils satisfont aux conditions énoncées dans l'article 570 du Code judiciaire; que le respect des droits de la défense figure parmi ces conditions; que, si l'arrêt constate que la défenderesse « a été dûment convoquée le 11 octobre 1994 pour comparaître le 10 novembre 1994 devant le tribunal de première instance de Chefchaouen » et qu'elle a déclaré n'avoir « pu se rendre sur place pour des raisons personnelles et matérielles », il considère « que les droits de la défense de la [défenderesse] n'ont guère été respectés au cours de la procédure de répudiation »; qu'en se fondant sur la circonstance que la défenderesse a « ultérieurement accept[é] la [...] répudiation et [...] revendiqu[é] ses droits d'épouse divorcée » et en déduisant qu'elle a « indiscutablement acquiesc[é] à la répudiation et, ce faisant, reconn[u] que ses droits n'ont pas été lésés », l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que la répudiation litigieuse satisfait à la condition énoncée à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire »;

18. Il n'y a pas lieu de considérer que, par son arrêt du 29 septembre 2003, la Cour de cassation aurait remis en cause l'exigence d'une appréciation in concreto;

Ainsi, selon H. Englert, 'il résulte de ces différentes décisions que les exigences fixées par la jurisprudence pour permettre en Belgique la reconnaissance d'un acte de répudiation établi avant le 1^{er} octobre 2004 doivent s'apprécier in concreto et tiennent à l'acceptation de la répudiation

unilatérale par l'épouse et au degré de proximité de la situation avec l'ordre juridique belge' (H. Englert, 'La pluralité familiale en droit interne à l'épreuve de la diversité des institutions familiales étrangères', dissertation en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques, Université de Liège, 2016-2017, 226);

La cour d'appel de Bruxelles a statué dans le même sens après l'arrêt du 29 septembre 2003:

« Bien que cette pratique heurte le principe de l'égalité de l'homme et de la femme reconnu en Belgique en vertu notamment de l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence récentes que l'éventuelle contrariété à l'ordre public de pareille répudiation, même unilatérale, doit être appréciée *in concreto*, en tenant compte notamment d'un éventuel acquiescement de l'épouse répudiée et de l'intensité du rattachement de la situation particulière à l'ordre juridique étranger' (Bruxelles, 13 janvier 2005, *R.T.D.F.*, 2005, 1132, note M. Fallon) »;

Dans ses conclusions précédant un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2007 (*Pas.*, n° 332), monsieur l'avocat général Werquin a aussi rappelé que

« Le juge ne doit vérifier la compatibilité avec l'ordre public international que des seuls effets juridiques susceptibles d'être produits par la règle de droit étranger déclarée applicable. Ce n'est pas parce qu'un droit étranger connaît une disposition contraire à notre ordre public qu'il y a lieu toujours de l'écartier d'office. Encore faut-il que le caractère choquant de cette disposition trouve en l'espèce son application. L'ordre public en droit international privé constitue une exception aux effets concrets de l'application de la disposition étrangère postulée. Il ne suffit pas de proclamer, par exemple, que l'attribution d'aliments entre ex-époux intéresse à ce point l'ordre public que toute loi étrangère qui s'écarte substantiellement des conditions prévues par la loi belge doit être écartée. Une institution étrangère ne peut être condamnée de manière générale, *in abstracto*, mais, au contraire, doit être analysée en tenant compte des circonstances du cas d'espèce afin de déterminer si, *in specie*, celle-ci viole réellement notre ordre public international. Ainsi, en ce qui concerne les effets de la dissolution, il ne s'agit pas de les considérer d'office comme contraires à notre ordre public international. Il convient d'apprécier *in concreto* le respect de nos valeurs essentielles »;

19. Ainsi la juridiction de fond doit-elle procéder à une appréciation *in concreto* qui doit tenir compte, notamment, de la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge;

C'est ce qu'a rappelé le tribunal du travail de Tournai, dans les termes suivants:

« Deux principes peuvent modaliser le recours à l'ordre public pour discrimination et permettre, dans certaines circonstances, la reconnaissance d'une répudiation. Ce sont le principe de proximité et l'autonomie de la volonté. Le principe de proximité tient compte de la nationalité et de la résidence habituelle des parties pour voir si elles sont proches ou éloignées de l'ordre juridique marocain [...]. Le deuxième principe est l'autonomie de la volonté. La répudiation pourrait être reconnue si l'épouse y consent, soit au moment de la répudiation, soit ultérieurement, par exemple parce qu'elle voudrait elle-même se remarier. [...] Dans le cas d'espèce, les parties prouvent le critère de rattachement avec le Maroc et madame B. a confirmé qu'elle est la femme répudiée de monsieur M » (trib. trav. Tournai, 25 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2006, 1237);

Par conséquent, le tribunal a considéré que la première épouse a accepté la répudiation et qu'on ne peut affirmer que la procédure de répudiation s'est déroulée en fraude de la loi belge dès lors que les époux, de nationalité marocaine, se sont mariés au Maroc où la première épouse résidait depuis plus

de vingt ans. Il a donc octroyé à l'épouse répudiée une pension de conjoint divorcé et non une pension de conjoint séparé (voy., à propos de ce jugement, H. Englert, op. cit., 226-227);

Dans son arrêt du 27 mai 2010, la cour du travail, autrement composée, a également décidé, dans le même sens, que:

« Le principe [d'égalité], fondamental dans l'ordre public belge, qui réprouve la répudiation, doit toutefois être conjugué avec la constatation que le statut personnel des époux est régi par leur loi nationale. En droit international privé, cette conjugaison est indispensable pour tenir compte de la nécessité d'assurer le respect des droits valablement acquis à l'étranger par le statut personnel des intéressés ou, encore, pour tenir compte de la souveraineté d'un autre État à définir le statut personnel de ses ressortissants et pour assurer la continuité de ce statut au travers de leurs déplacements dans différents États. La fonction de l'ordre public international a ainsi pour conséquence qu'il faut parfois composer (au sens de transiger) avec l'ordre public interne. Dans cet objectif s'inscrit, par exemple, l'article 24, paragraphe 2, de la Convention belgo-marocaine dont l'Office national des pensions invoque l'application en l'espèce. Cette disposition permet, à certaines conditions, la répartition de la pension de survie en cas de polygamie de l'époux marocain; or, la polygamie est proscrite par l'article 147 du Code civil belge. Ainsi, dans le cas présent, suivre la thèse de l'Office national des pensions a pour effet de constater en Belgique la polygamie de monsieur E. et d'y donner effet en Belgique, par application de la convention précitée, alors que la polygamie est prohibée par l'ordre public belge, qu'en l'espèce la polygamie ne résulte pas des actes valablement accomplis au Maroc selon le statut personnel des intéressés, et que monsieur E. n'a manifestement pas voulu une situation polygamique de son vivant »;

Cet arrêt pose en définitive la question si l'ordre public est mieux préservé en ne reconnaissant pas la dissolution du premier mariage et en faisant de l'époux un polygame (contre sa volonté) qu'en admettant, pour la seule question des droits à la pension de retraite, les effets d'une dissolution intervenue il y a de nombreuses années au mépris de certains principes consacrés par l'ordre public international belge. La cour du travail a répondu négativement à cette question. Elle aurait également pu tenir compte de l'impact du refus de reconnaissance sur la vie privée des personnes concernées par ce refus, comme le suggère le ministère public dans son avis écrit;

L'appréciation in concreto des effets de la dissolution du premier mariage

20. L'appréciation in concreto de la reconnaissance de la répudiation implique d'avoir égard au niveau de proximité de l'acte litigieux avec l'ordre juridique belge et d'une volonté éventuelle de fraude;

Il n'est pas contestable qu'en 1974, au moment de la dissolution, les parties entretenaient peu de liens avec la Belgique. Le seul lien avec la Belgique était la résidence habituelle [du défendeur]. Pour le reste, au moment de la dissolution, ni la nationalité des époux ni la résidence habituelle de l'épouse ne les rattachaient à la Belgique.

Par ailleurs, il ne peut être fait grief [au défendeur] d'avoir voulu détourner la compétence normale des juridictions belges pour la dissolution du lien conjugal alors qu'il n'y avait en Belgique aucune résidence conjugale, que le couple était sans enfant et que l'épouse résidait, depuis le mariage, au Maroc;

21. Dans le cadre de l'appréciation in concreto, il y a également lieu d'avoir égard au consentement tacite de la première épouse, tel qu'il résulte des circonstances suivantes:

- pendant quarante ans, la première épouse s'est comportée comme une épouse divorcée et n'a jamais prétendu être encore mariée avec [le défendeur];

- la première épouse s'est adressée par courriel à l'Office national des pensions le 10 novembre 2014 pour obtenir le numéro de mutuelle [du défendeur], qu'elle a présenté comme son ex-époux; elle entendait introduire une demande de pension de conjoint divorcé: on ne peut imaginer reconnaissance plus explicite de la part de l'ex-épouse de ce qu'elle se considérait comme divorcée;
- une demande de pension avec la mention « conjoint divorcé » a été introduite le 25 février 2015, via la caisse nationale de sécurité sociale marocaine; sur le formulaire, la première épouse était renseignée comme divorcée;
- la remise en cause du statut de divorcée n'émane pas de la première épouse mais du [demandeur] qui, saisi d'une demande de pension de conjoint divorcé, a d'initiative modifié celle-ci en demande de pension de conjoint séparé à partir de juin 2015, ce qui, sous réserve de la garantie de revenus aux personnes âgées, permettait de réduire (très légèrement) la charge de pension supportée par l'Office; en effet, la pension de conjoint divorcé (forcément peu élevée puisque son mariage avec [le défendeur] a été court) aurait été accordée à la première épouse en sus de la pension de retraite [du défendeur] et sans diminution de celle-ci;

Au vu de ces circonstances, il découle de manière certaine que la première épouse a consenti à la dissolution et y a donné son consentement, à tout le moins de manière tacite;

22. Complémentairement, il n'est pas inutile de rappeler que, si on excepte le [demandeur], les autorités belges ont toujours reconnu sans équivoque la dissolution du premier mariage et la conclusion du second;

Il n'est pas contesté que la dissolution du mariage intervenue en 1974 de même que le second mariage [du défendeur] ont été inscrits dans les registres de la population belges et que, depuis leur mariage, [le défendeur] et sa seconde épouse sont fiscalement considérés comme des conjoints;

Selon l'article 31, § 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit international privé, qui, sur ce point, codifie une pratique antérieure, la mention ou la transcription d'une décision judiciaire étrangère ne peut avoir lieu qu'après vérification des conditions visées aux articles 24 et 25 et, selon les cas, aux articles 39, 57 et 72. L'inscription dans les registres ne peut être considérée comme anodine;

Même si on devait considérer que les actes administratifs ne lient pas la cour [du travail], il y aurait lieu en l'espèce d'avoir égard au fait que la reconnaissance administrative tant de la dissolution du premier que du second mariage ne procède pas d'actes isolés mais d'une attitude constante des autorités belges pendant de nombreuses années;

Le refus de reconnaissance du [demandeur] est intervenu de manière totalement inattendue;

Il perturbe la situation personnelle et familiale [du défendeur] et de son épouse d'une manière qui, comme l'a développé à bon droit le ministère public, porte gravement atteinte à leur droit à la vie privée et familiale. Il contrevient, à cet égard, aux attentes légitimes [du défendeur] et de sa seconde épouse et, partant, viole l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette convention (voy. C.E.D.H. (gr. ch.), 8 décembre 2009, Munoz Dias c/ Espagne; Fr. Rigaux, 'Les effets d'une union conjugale n'ayant pas satisfait aux conditions de forme de la loi étatique. Cour européenne des droits de l'homme, Munoz Dias c/ Espagne, 8 décembre 2009, et Serife Yigit c/ Turquie, 2 novembre 2010', R.T.D.H., 2011, 317; S. Pfeiff, 'Existe-t-il un droit fondamental à la permanence transfrontière des éléments du statut personnel et familial', in *Liber Amicorum N. Watté*, Bruxelles, Larcier, 2017, 461);

23. Il apparaît en outre qu'en 1978, [le défendeur] est devenu belge et qu'à l'occasion de cette acquisition de la nationalité, sa supposée polygamie ne lui a pas été reprochée. Or, en l'absence de

reconnaissance de la dissolution du premier mariage, sa situation n'aurait pu être analysée que comme une situation de polygamie;

Souhaitant rencontrer l'argument selon lequel, par son refus de reconnaissance, il est à l'origine d'une situation de polygamie non voulue par [le défendeur], le [demandeur] affirme pour la première fois dans ses conclusions d'appel 'qu'il refuse, du vivant [du défendeur], de donner effet à son mariage avec madame R.';

En confirmant qu'il étend le refus de reconnaissance au second mariage - ce qui, dans sa thèse, paraît logique -, le [demandeur] agrave encore les effets perturbateurs de sa décision;

Le refus de reconnaissance du second mariage pourrait, en effet, avoir un impact négatif au-delà du décès [du défendeur]. En effet, en cas de prédécès de ce dernier, l'entièreté de la pension de survie devrait, dans la thèse du [demandeur], être attribuée à la première épouse tandis que madame R., qui, dans cette thèse, n'aurait jamais eu le statut d'épouse, en serait exclue;

Sur le plan social, cette situation serait totalement injustifiée;

En effet, madame R. serait privée de tout droit en matière de pension de survie et ce, bien qu'elle ait, avec un statut d'épouse à l'époque non contesté, vécu aux côtés [du défendeur], se consacrant aux besoins du ménage et à l'éducation des six enfants du couple, pendant l'essentiel de la carrière au cours de laquelle le droit à la pension a été constitué. Le refus de reconnaissance perturberait la situation personnelle et patrimoniale de madame R. d'une manière d'autant plus inacceptable que cette dernière est étrangère à l'acte litigieux;

24. L'octroi de la garantie de revenus aux personnes âgées ne compense que partiellement les conséquences sociales du refus de reconnaissance;

En effet, la garantie de revenus aux personnes âgées n'est pas exportable et emporte des restrictions très importantes en termes de liberté de circulation. La durée de séjour autorisée à l'étranger pour ses bénéficiaires est particulièrement limitée. Elle a d'ailleurs été ramenée à vingt-neuf jours consécutifs ou non par année civile par l'article 25 de l'arrêté royal du 7 février 2014 modifiant l'arrêté royal du 23 mai 2001 portant règlement général en matière de garantie de revenus aux personnes âgées. Les mesures de contrôle sont draconiennes et ont été récemment renforcées. En effet, la période dans laquelle un bénéficiaire est tenu de se présenter pour un contrôle du respect de la condition de séjour est passée de trente-cinq à vingt et un jours en vertu de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 5 juillet 2015 modifiant l'article 42 de l'arrêté royal du 23 mai 2001 portant règlement général en matière de garantie de revenus aux personnes âgées: le ministre des pensions a, d'ailleurs, récemment annoncé dans la presse que cette mesure a fait passer les sanctions liées aux absences à l'étranger de 877 à 4.862 en 2016;

Enfin, sur le plan symbolique, il faut admettre qu'en contraignant [le défendeur], par une décision inattendue, à solliciter une prestation d'assistance alors qu'il a cotisé pour sa pension pendant près de quarante ans comme travailleur salarié, il est porté atteinte à la dignité que l'article 23 de la Constitution entend reconnaître à ceux qui, par leur travail, contribuent au financement de la sécurité sociale;

25. Les conséquences pratiques du refus de reconnaissance, y compris au regard du droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du droit à la sécurité sociale garanti par l'article 23 de la Constitution, apparaissent comme sans commune mesure avec le désagrément très théorique que la

reconnaissance d'une répudiation intervenue de manière unilatérale il y a plus de quarante ans au Maroc pourrait avoir sur l'ordre public international belge;

Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, le souci de préserver l'ordre public international belge ne peut justifier que, en ce qui concerne l'octroi des droits en matière de pension, la dissolution du premier mariage [du défendeur] ne soit pas reconnue par [le demandeur];

Il y a lieu de rétablir [le défendeur] dans les droits qui étaient les siens avant la décision litigieuse ».

Griefs

1.1. L'article 57, § 1^{er}, du Code de droit international privé dispose qu'un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique.

Aux termes de l'article 57, § 2, de ce code, un tel acte peut toutefois être reconnu en Belgique après vérification des conditions suivantes:

- 1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'État où il a été établi;
- 2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
- 3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
- 4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage;
- 5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance.

1.2. En vertu de l'article 126, § 2, du Code de droit international privé, les articles de ce code concernant l'efficacité des décisions judiciaires étrangères et des actes authentiques étrangers s'appliquent aux décisions rendues et aux actes établis après l'entrée en vigueur de ce code, soit le 1^{er} octobre 2004. Toutefois, une décision rendue ou un acte établi avant cette date peut également recevoir des effets en Belgique s'il satisfait aux conditions du Code de droit international privé.

1.3. L'article 570 du Code judiciaire, en vigueur avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, dispose que le tribunal de première instance statue, quelle que soit la valeur du litige, sur la demande d'exequatur des décisions rendues par les juges étrangers en matière civile et que, à moins qu'il n'y ait lieu à l'application d'un traité entre la Belgique et le pays où la décision a été rendue, le juge vérifie, outre le fond du litige:

- 1° si la décision ne contient rien de contraire aux principes d'ordre public ni aux règles du droit public belge;
- 2° si les droits de la défense ont été respectés;
- 3° si le juge étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur;
- 4° si, d'après la loi du pays où la décision a été rendue, elle est passée en force de chose jugée;
- 5° si, d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité.

2. L'arrêt constate que

- le litige concerne, tout d'abord, la reconnaissance en Belgique de l'acte de dissolution du premier mariage du défendeur;
- l'acte litigieux est intervenu en 1974; il est revêtu de la signature de deux notaires et porte mention de l'homologation du juge-notaire d'Oudja, avec le sceau du tribunal de première instance de

cette ville; il correspond à une « déclaration unique première, conforme à la loi et à l'usage, faite en l'absence de l'épouse divorcée »;

- le litige concerne, ensuite, la détermination des droits en matière de pension en fonction de la reconnaissance ou non de l'acte de dissolution: si cet acte n'est pas reconnu, le défendeur doit être considéré comme étant seulement séparé de sa première épouse, avec qui il devrait alors partager sa pension de retraite; si l'acte de dissolution est reconnu, il aurait droit à une pension complète (au taux de ménage), sa première épouse pouvant alors prétendre à une pension de conjoint divorcé.

Conformément à l'article 126, § 2, alinéa 2 du Code de droit international privé, [...] la décision de dissolution du mariage par répudiation datant d'avant l'entrée en vigueur de ce code, [sa reconnaissance] pourrait intervenir sur la base de l'article 57 de ce code. L'arrêt décide cependant que le défendeur admet qu'une condition prévue par cet article n'est pas remplie, à savoir qu'il avait sa résidence habituelle dans un État (la Belgique) qui ne connaît pas la répudiation. L'arrêt décide ainsi que l'article 57 de Code de droit international privé ne permet pas de reconnaître la décision de dissolution du premier mariage du défendeur.

Contrairement au jugement entrepris, l'arrêt décide que l'article 570 du Code judiciaire, en vigueur avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, n'impose pas de refuser la reconnaissance de la dissolution du premier mariage du défendeur.

1.1. Les jugements rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état des personnes, ne sont tenus, en Belgique, pour régulièrement rendus que s'ils satisfont aux conditions énoncées à l'article 570 du Code judiciaire.

Parmi ces conditions figurent la non-contrariété de la décision aux principes d'ordre public et aux règles du droit public belge (article 570, alinéa 2, 1°) et le respect des droits de la défense (article 570, alinéa 2, 2°).

1.2. Conformément à l'article 570, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire, la répudiation par le défendeur de sa première épouse ne peut produire d'effets en Belgique qu'à la condition que la décision ne contienne rien de contraire aux principes d'ordre public ni aux règles du droit public belge.

L'ordre public s'entend, au sens de cette disposition, de l'ordre public international belge. Une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international belge que si, par les dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi en Belgique.

La répudiation au Maroc par le défendeur de sa première épouse ne peut produire d'effets en Belgique que si la décision de répudiation n'est pas contraire à l'ordre public international belge. La conformité à l'ordre public international belge est évaluée *in concreto* et non *in abstracto*.

1.3. Conformément à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, la répudiation par le défendeur de sa première épouse ne peut produire d'effets en Belgique qu'à la condition d'être intervenue dans le cadre d'une procédure respectant les droits de la défense.

Le juge ne pourra reconnaître la décision marocaine de répudiation que s'il constate que, au cours de la procédure en dissolution du mariage au Maroc, les droits de la défense de l'épouse répudiée ont, *in concreto*, été respectés.

La circonstance que l'épouse répudiée a, après la procédure de répudiation, accepté la dissolution du mariage, est à ce sujet sans importance.

Le juge ne décide partant pas légalement que la répudiation intervenue au Maroc satisfait à la condition du respect des droits de la défense énoncée à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, s'il constate que l'épouse répudiée a, après la procédure de répudiation, accepté la répudiation et revendiqué ses droits d'épouse divorcée et en déduit que, bien que le droit de défense de ladite épouse n'aient guère été respectés au cours de la procédure de répudiation, celle-ci a acquiescé à la répudiation et, ce faisant, reconnu que ses droits n'avaient pas été lésés.

1.4. En vertu de l'article 570, alinéa 2, 1° et 2°, du Code judiciaire, en vigueur avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, la décision de dissolution du mariage par répudiation rendue au Maroc n'est tenue, en Belgique, pour régulièrement rendue que si cette décision ne contient rien de contraire aux principes d'ordre public ni aux règles du droit public belge et si les droits de la défense ont été respectés. Il s'agit de conditions cumulatives.

La constatation que l'ordre public international belge ne s'oppose pas à la reconnaissance de la décision marocaine n'exonère pas le juge de vérifier si, lors de la procédure au Maroc, les droits de la défense ont in concreto été respectés.

La constatation que l'ordre public international belge ne peut s'opposer à la reconnaissance de la répudiation ne permet partant pas de reconnaître la décision de répudiation si, lors de la procédure de répudiation, les droits de défense de l'épouse répudiée n'ont pas été respectés.

4. Le demandeur a allégué devant la cour du travail que l'acte de divorce marocain n'est pas conforme à l'article 570 du Code judiciaire puisqu'il comporte une violation des droits de la défense: l'acte de divorce indique en effet clairement que l'épouse n'était pas présente et elle n'a donc pas été entendue.

Le demandeur a également allégué, en reprenant le raisonnement développé par le premier juge, que

- l' « acte de divorce première déclaration » concerne une répudiation unilatérale appelée « talak »;
- cette institution de droit marocain ne laisse place à aucune contestation et, partant, à aucun débat;
- le défendeur ne peut se fonder sur un éventuel consentement ultérieur de madame L. à la répudiation intervenue en 1974 pour que la répudiation produise ses effets;
- la répudiation intervenue en 1974 étant contraire à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, il est inutile de vérifier si elle ne contient rien de contraire au principe d'ordre public, même en tenant compte de l'ordre public international de proximité.

5. Après avoir constaté que l'acte de dissolution du premier mariage du défendeur « est intervenu en 1974; que cet acte a été revêtu de la signature de deux notaires et porte mention de l'homologation du juge-notaire d'Oudja, avec le sceau du tribunal de première instance de cette ville, [et] correspond à une 'déclaration unique première', conforme à la loi et à l'usage, faite en l'absence de l'épouse divorcée' », l'arrêt décide que

- le premier juge aurait dû vérifier les effets in concreto en ne s'arrêtant pas à la question des droits de la défense, comme il l'a fait;
- l'appréciation in concreto de la reconnaissance de la répudiation implique d'avoir égard au niveau de proximité de l'acte litigieux avec l'ordre juridique belge et d'une volonté éventuelle de fraude;
- en 1974, au moment de la dissolution, les parties entretenaient peu de liens avec la Belgique; le seul lien était la résidence habituelle du défendeur; pour le reste, ni la nationalité des époux ni la résidence habituelle de l'épouse ne les rattachaient à la Belgique;
- il ne peut être fait grief au défendeur d'avoir voulu détourner la compétence normale des juridictions belges pour la dissolution du lien conjugal;

- la première épouse a, à tout le moins tacitement, consenti à la dissolution et y a donné son consentement, ce qui résulte des circonstances suivantes:
 - pendant quarante ans, elle s'est comportée comme une épouse divorcée et n'a jamais prétendu être encore mariée avec le défendeur;
 - elle s'est adressée en 2014 à l'Office national des pensions afin d'introduire une demande de pension de conjoint divorcé, présentant le défendeur comme son ex-époux;
 - une demande de pension avec la mention « conjoint divorcé » a été introduite en 2015 via la caisse nationale de sécurité sociale marocaine;
 - la remise en cause du statut de divorcée n'émane pas de la première épouse mais du demandeur, qui a d'initiative modifié la demande de pension de conjoint divorcé en demande de pension de conjoint séparé.

L'arrêt conclut que le souci de préserver l'ordre public international belge ne peut justifier que, en ce qui concerne l'octroi des droits en matière de pension, la dissolution du premier mariage du défendeur ne soit pas reconnue.

1.1. Aux termes de l'article 149 de la Constitution, tout jugement est motivé. Le juge doit partant répondre aux moyens précis et pertinents que les parties développent en conclusions à l'appui de leur demande ou de leur défense.

L'arrêt, qui décide que le respect de l'ordre public international belge ne peut s'opposer à la reconnaissance de la répudiation de la première épouse du défendeur, ne répond pas au moyen précis et pertinent, formulé par le demandeur en ses conclusions, selon lequel le droit de défense de l'épouse répudiée n'a pas été respecté lors de la procédure de répudiation au Maroc en 1974, de sorte que, conformément à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, la décision marocaine de dissolution du mariage par répudiation ne peut être reconnue en Belgique en ce qui concerne l'appréciation des droits du défendeur en matière de pension.

L'arrêt n'est partant pas régulièrement motivé et viole l'article 149 de la Constitution.

1.2. L'arrêt constate que la dissolution du premier mariage du défendeur est intervenue en 1974 au Maroc par une « déclaration unique première » faite en l'absence de l'épouse divorcée.

L'arrêt constate ainsi que le droit de défense de la première épouse du défendeur n'a, lors de la procédure de répudiation en 1974, pas été respecté.

Les constatations que les parties entretenaient peu de liens avec la Belgique en 1974, qu'il n'existe pas de volonté de fraude dans le chef du défendeur et que sa première épouse a, ultérieurement, consenti à la dissolution du mariage sont sans importance pour l'appréciation du respect des droits de la défense au sens de l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire et ne peuvent justifier la décision.

L'arrêt, qui reconnaît la dissolution du premier mariage du défendeur viole partant l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, en vigueur avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004.

1.3. À tout le moins, l'arrêt, qui constate que l'acte de dissolution du mariage correspond à une « déclaration unique première, conforme à la loi et à l'usage, faite en l'absence de l'épouse divorcée », n'examine pas si, in concreto, le droit de défense de la première épouse du défendeur a été respecté lors de la procédure de dissolution du mariage.

L'arrêt viole, partant, l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, en vigueur avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, et, dans la mesure où les motifs de l'arrêt ne permettent pas à la Cour de contrôler sa légalité, l'article 149 de la Constitution.

7.1. L'arrêt décide

- d'une part, que, si on excepte le demandeur, les autorités belges ont toujours reconnu sans équivoque la dissolution du premier mariage et la conclusion du second, qu'il n'est pas contesté que la dissolution du mariage intervenue en 1974 et le second mariage ont été inscrits dans les registres de la population belges et que, depuis leur mariage, le défendeur et sa seconde épouse sont fiscalement considérés comme des conjoints, que, selon l'article 31, § 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit international privé, qui, sur ce point, codifie une pratique antérieure, la mention ou la transcription d'une décision judiciaire étrangère ne peut avoir lieu qu'après vérification des conditions visées aux articles 24 et 25 et, selon les cas, 39, 57 et 72, et que l'inscription dans les registres ne peut être considérée comme anodine,
- d'autre part, que, même si on devait considérer que les actes administratifs ne lient pas la cour [du travail], il y aurait lieu d'avoir égard au fait que la reconnaissance administrative tant de la dissolution du premier mariage que du second mariage ne procède pas d'actes isolés mais d'une attitude constante des autorités belges pendant de nombreuses années et que le refus de reconnaissance du demandeur est intervenu de manière totalement inattendue.

7.2. Le défendeur n'a droit à sa pension complète au taux de ménage que s'il est divorcé de sa première épouse, c'est-à-dire si la décision de dissolution de son premier mariage par répudiation au Maroc en 1974 peut produire des effets en Belgique.

Comme il a été dit, la dissolution du premier mariage ne peut produire d'effets en Belgique que si elle satisfait aux conditions prescrites par l'article 57 du Code de droit international privé, ce qui, aux termes de l'arrêt, n'est pas le cas, ou si elle satisfait aux conditions prescrites par l'article 570 du Code judiciaire, en vigueur avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004.

L'arrêt n'a pu légalement reconnaître la dissolution du premier mariage du défendeur par répudiation qu'en constatant que les conditions prescrites par ledit article 570 sont remplies, ce qui implique, entre autres, qu'il constate que le droit de défense de l'épouse répudiée a été respecté.

Les constatations que des autorités belges, autres que le demandeur, ont toujours reconnu la dissolution du premier mariage et la conclusion du second mariage, que la dissolution du premier mariage et le second mariage ont été inscrits dans les registres de la population, et que le défendeur et sa seconde épouse sont fiscalement considérés comme conjoints sont à ce sujet sans importance. Ces constatations ne dispensaient pas la cour du travail de vérifier si les conditions prescrites par l'article 570 du Code judiciaire étaient remplies et ne l'obligeaient nullement à reconnaître la décision de dissolution du premier mariage par répudiation si celle-ci ne satisfait pas à la condition prévue à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire.

La circonstance qu'il peut être tenu compte en Belgique de l'existence d'une répudiation prononcée au Maroc (ce qui résulte de l'article 29 du Code de droit international privé) n'implique pas que le juge belge puisse, sans vérifier la réunion des conditions auxquelles elle peut être reconnue en Belgique, donner quelque effet à cette répudiation dans l'ordonnancement juridique belge.

Les juridictions du travail qui, lorsqu'elles statuent sur les contestations relatives aux droits des travailleurs salariés résultant de la législation en matière de pensions de retraite et de survie, doivent statuer sur la reconnaissance d'une décision étrangère de dissolution par répudiation d'un mariage ne sont pas liées par une décision prise par une autorité administrative (telles les autorités communales ou fiscales) à l'égard de l'existence ou de la reconnaissance de la répudiation.

La décision selon laquelle la dissolution du premier mariage du défendeur doit être reconnue par le demandeur n'est partant pas légalement justifiée au motif que cette dissolution, ainsi que la conclusion du second mariage, ont toujours été reconnues par les autorités belges (Violation des articles 570 du Code judiciaire, en vigueur avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, et 159 de la Constitution).

8.1. L'arrêt décide que

- le refus de reconnaissance de la dissolution par répudiation du premier mariage du défendeur perturbe la situation personnelle et familiale du défendeur et de sa seconde épouse d'une manière qui porte gravement atteinte à leur droit à la vie privée et familiale, contrevient à leurs attentes légitimes et viole l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette convention;
- le refus de reconnaissance du second mariage - polygamique du fait de la non-reconnaissance de la répudiation de la première épouse - « pourrait » avoir un impact négatif au-delà du décès du défendeur:
 - en cas de prédécès du défendeur, l'entièreté de la pension de survie devrait être attribuée à sa première épouse tandis que madame R., sa seconde épouse, en serait exclue;
 - sur le plan social, cette situation est injustifiée;
 - madame R. serait privée de tout droit en matière de pensions de survie et ce, bien qu'elle ait, avec un statut d'épouse à l'époque non contesté, vécu aux côtés du défendeur pendant l'essentiel de la carrière au cours de laquelle le droit à la pension a été constitué;
 - le refus de reconnaissance perturberait la situation personnelle et patrimoniale de madame R. d'une manière d'autant plus inacceptable que cette dernière est étrangère à l'acte litigieux;
 - en contrignant le défendeur, par une décision inattendue, à solliciter une prestation d'assistance alors qu'il a cotisé pour sa pension pendant près de quarante ans comme travailleur salarié, il est porté atteinte à la dignité que l'article 23 de la Constitution entend reconnaître à ceux qui par leur travail, contribuent au financement de la sécurité sociale.

L'arrêt en conclut que

- les conséquences pratiques du refus de reconnaissance, y compris au regard du droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du droit à la sécurité sociale garanti par l'article 23 de la Constitution, apparaissent comme sans commune mesure avec le désagrément très théorique que la reconnaissance d'une répudiation intervenue de manière unilatérale il y a plus de quarante ans au Maroc pourrait avoir sur l'ordre public international belge;
- le souci de préserver l'ordre public international belge ne peut justifier que, en ce qui concerne l'octroi des droits en matière de pension, la dissolution du premier mariage du défendeur ne soit pas reconnue par le demandeur.

8.2. Le droit au respect de la vie privée, prévu à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'est pas un droit absolu. Cette disposition ne fait pas obstacle à l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit lorsque cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (entre autres) à la protection des droits et libertés d'autrui.

L'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses

biens et que nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Ces dispositions ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

L'article 23 de la Constitution garantit le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. À cette fin, la loi garantit, en tenant compte des obligations correspondantes, le droit à la sécurité sociale, et détermine les conditions de son exercice.

Aux termes de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le droit à un procès équitable implique le respect des droits de la défense.

Les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, combiné avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette convention, et 23 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que, pour la reconnaissance en Belgique d'une décision marocaine de dissolution du mariage par répudiation en vue de l'octroi de droits en matière de pension, la loi prescrive que cette reconnaissance ne peut être admise que si les droits de la défense, dont le respect est garanti par l'article 6 de ladite convention, ont été respectés.

8.3. L'arrêt décide que, eu égard à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, combiné avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette convention, et à l'article 23 de la Constitution, le souci de préserver l'ordre public international belge - en d'autres termes, le fait que la règle de l'article 570, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire, applicable avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, s'oppose à la reconnaissance de la dissolution par répudiation du premier mariage du défendeur - ne peut justifier que, en matière de droit à la pension, la dissolution du premier mariage ne soit pas reconnue.

L'arrêt, qui, comme il a été dit, n'examine pas si l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, applicable avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, s'oppose à la reconnaissance de la dissolution du premier mariage du défendeur, ou constate que la condition prescrite par cet article 570, alinéa 2, 2° (le respect des droits de la défense de l'épouse répudiée), n'est pas remplie, ou ne décide pas légalement que les droits de la défense ont été respectés, ne constate pas que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, combiné avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette convention, et l'article 23 de la Constitution s'opposent à ce que la reconnaissance de la répudiation soit exclue par application dudit article 570, alinéa 2, 2°, c'est-à-dire parce que les droits de la défense de l'épouse répudiée n'ont pas été respectés.

L'arrêt viole ainsi les articles 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, applicable avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, 149 de la Constitution, 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955, 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette convention, signé à Paris le 20 mars 1952 et approuvé par la loi du 13 mai 1955, et 23 de la Constitution.

Dans la mesure où il décide que le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, combiné avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette convention, et le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine impliquant le droit à la sécurité sociale de l'époux garanti par l'article 23 de la

Constitution s'opposent à ce que la reconnaissance de la répudiation soit refusée par application de l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, applicable avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, c'est-à-dire s'opposent à ce que la reconnaissance de la répudiation soit exclue lorsque les droits de la défense de l'épouse répudiée n'ont pas été respectés, l'arrêt viole les articles 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire, applicable avant sa modification par la loi du 16 juillet 2004, 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955, 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette convention, signé à Paris le 20 mars 1952 et approuvé par la loi du 13 mai 1955, et 23 de la Constitution.

III. La décision de la Cour

L'arrêt constate que, pour contester la décision du demandeur du 29 mai 2015 partageant par moitié sa pension de retraite entre lui et sa première épouse, le défendeur fait valoir que « le mariage a été dissous au Maroc le 25 août 1974 par un acte de 'divorce-première déclaration' consigné dans les registres de l'état civil marocain le 29 août 1974 à la suite de son homologation par la section notariale du tribunal de première instance d'Oujda ».

Il considère que, dès lors que ne sont pas réunies toutes les conditions auxquelles l'article 57, § 2, du Code de droit international privé permet la reconnaissance en Belgique d'un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal, la possibilité de reconnaître l'acte litigieux doit, comme l'admet le défendeur, être appréciée au regard de l'article 570 du Code judiciaire tel qu'il était en vigueur jusqu'au 1^{er} octobre 2004.

Les jugements régulièrement rendus par un tribunal étranger relativement à l'état des personnes produisent, en règle, leurs effets en Belgique indépendamment de toute déclaration d'exequatur.

Sous le régime antérieur au Code de droit international privé, ils ne sont toutefois tenus, en Belgique, pour régulièrement rendus que s'ils satisfont aux conditions énoncées à l'article 570 du Code judiciaire, qui, en son alinéa 2, prescrit au juge de vérifier 1° si la décision ne contient rien de contraire aux principes d'ordre public, ni aux règles du droit public belge, et 2° si les droits de la défense ont été respectés.

Ces deux conditions distinctes sont cumulatives.

En énonçant que « l'acte litigieux [...] correspond à une 'déclaration unique première, conforme à la loi et à l'usage, faite en l'absence de l'épouse divorcée' », l'arrêt considère que la procédure suivie ne respectait pas en soi les droits de la défense.

Ni le comportement ultérieur de la première épouse du défendeur, dont l'arrêt déduit son « consentement tacite » à la répudiation, ni la reconnaissance des effets de celle-ci par « les autorités belges », « si l'on excepte le [demandeur] », n'excluent cette atteinte aux droits de la défense.

Les autres considérations de l'arrêt, qui concernent la conformité de la situation litigieuse à l'ordre public international belge, dont l'article 570, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire impose la vérification, ne sauraient, dès lors, suffire à justifier légalement sa décision de reconnaître la répudiation litigieuse.

En donnant effet à celle-ci dans l'ordonnancement juridique belge, l'arrêt viole l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire.

Le moyen est fondé.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il reçoit l'appel;

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

Vu l'article 1017, alinéa 2, du Code judiciaire, condamne le demandeur aux dépens;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour du travail de Liège.

Les dépens taxés à la somme de cent quarante-quatre euros treize centimes envers la partie demanderesse et à la somme de vingt euros au profit du fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, président, les présidents de section Koen Mestdagh et Mireille Delange, les conseillers Antoine Lievens et Eric de Formanoir, et prononcé en audience publique du seize décembre deux mille dix-neuf par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Jean Marie Genicot, avec l'assistance du greffier Lutgarde Body.

Hof van Cassatie, arrest van 3 oktober 2019

Toepasselijk recht – Kredietovereenkomst – Verordening 593/2008 (Rome I) – Artikel 6, lid 1 – Recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft – Rechtskeuze

Droit applicable – Contrat de crédit – Règlement 593/2008 (Rome I) – Article 6, al. 1 – Loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle – Choix de la loi

I.R., wonende te [...] (Groot-Hertogdom-Luxemburg), [...],

eiseres,

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

tegen

S.A., vennootschap naar Duits publiekrecht, met zetel te [...] (Duitsland), [...], met keuze van woonplaats bij gerechtsdeurwaarder Marc Schmitz, met kantoor te 4780 Sankt Vith, Rodterstrasse 43B,

verweerster.

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik van 27 april 2017.

Sectievoorzitter Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Ria Mortier heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddel

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

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

2. De eiseres heeft in haar syntheseberoepsconclusie aangevoerd dat, krachtens artikel 3 Verordening nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna Rome I-Verordening), het in de algemene voorwaarden van de verweerster gekozen Duitse recht van toepassing is op de betwiste kredietovereenkomst gesloten tussen partijen op 21 mei 2003.

3. De verweerster heeft in haar syntheseberoepsconclusie daarentegen aangevoerd dat niet het in de algemene voorwaarden gekozen Duitse recht van toepassing is op de betwiste

kredietovereenkomst maar wel, krachtens artikel 6, lid 1, Rome I-Verordening, het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, namelijk het Belgisch recht.

4. Anders dan het onderdeel aanvoert, bestaat er tussen partijen wel een betwisting over de vraag of het in de algemene voorwaarden van de verweerster gekozen Duitse recht van toepassing is op de kredietovereenkomst gesloten tussen partijen op 21 mei 2003.

In zoverre het onderdeel de miskenning aanvoert van het beschikkingsbeginsel en het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, berust het op een verkeerde lezing van de syntheseberoepsconclusie en mist het mitsdien feitelijke grondslag.

5. De appelrechter oordeelt dat de door de eiseres voorgelegde algemene voorwaarden, waarin voor de toepassing van het Duitse recht wordt gekozen, niet in aanmerking kunnen worden genomen, aangezien zij vanaf oktober 2015 van toepassing zijn, terwijl de kredietovereenkomst in 2003 werd ondertekend.

Deze zelfstandige, in het onderdeel niet-bekritiseerde reden geving schraagt de beslissing dat, krachtens artikel 6, lid 1, Rome I-Verordening, het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, namelijk het Belgisch recht, van toepassing is op de betwiste kredietovereenkomst.

6. Het onderdeel komt op tegen de ten overvloede gegeven reden dat, krachtens artikel 6, lid 3, Rome I-Verordening, artikel 3 van die verordening, op grond waarvan een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen, uitsluitend van toepassing is indien de voorwaarden van artikel 6, lid 1, niet vervuld zijn.

In zoverre het onderdeel opkomt tegen een overtollige reden is het, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk.

Tweede onderdeel

7. Het onderdeel is geheel afgeleid uit het in het eerste onderdeel tevergeefs gevoerde verweer dat het Duitse recht van toepassing is op de betwiste kredietovereenkomst van 21 mei 2003.

Het onderdeel is niet ontvankelijk.

DICTUM

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 1.324,39 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit eerste voorzitter Beatrijs Deconinck, als voorzitter, de sectievoorzitters Eric Dirix en Alain Smeyns, en de raadheren Geert Jocqué en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 3 oktober 2019 uitgesproken door eerste voorzitter Beatrijs Deconinck, in aanwezigheid van eerste advocaat-generaal Ria Mortier, met bijstand van griffier Vanessa Van de Sijpe.

Cour de cassation, arrêt du 23 mai 2019

Responsabilité parentale – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Article 21 – Article 35 – Demande de garde ou de visite – Champ d'application temporel – Convention de La Haye de 1996 (Protection des enfants) – Article 3 – Article 50 – Article 53

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Artikel 21 – Artikel 35 – Verzoek tot regeling van het omgangsrecht – Temporeel toepassingsgebied – Verdrag van Den Haag van 1996 (Kinderbescherming) – Artikel 3 – Artikel 50 – Artikel 53

R. P., agissant en nom personnel et en qualité de représentant légal de son fils N.P.,

demandeur en cassation,

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

contre

État belge, représenté par le ministre de la Justice, dont le cabinet est établi à Bruxelles, boulevard de Waterloo, 115, et par le ministre des Affaires étrangères et européennes, chargé de Beliris et des Institutions culturelles fédérales, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue des Petits Carmes, 15,

défendeur en cassation,

représenté par Maître Huguette Geinger, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue des Quatre Bras, 6, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 22 décembre 2016 par la cour d'appel de Liège.

Le 7 mai 2019, l'avocat général Philippe de Koster a déposé des conclusions au greffe.

Le président de section Martine Regout a fait rapport et l'avocat général Philippe de Koster a été entendu en ses conclusions.

II. Les moyens de cassation

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

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen:

Quant à la première branche:

Selon l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, cette convention a pour objet non seulement d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant, mais aussi de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant.

Aux termes de l'article 21 de cette convention, une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'autorité centrale d'un État contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant. Les autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l'article 7 pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s'y opposer. Les autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent entamer ou favoriser une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.

Aux termes de l'article 35, alinéa 1^{er}, la convention ne s'applique entre les États contractants qu'aux enlèvements ou aux non-retours illicites qui se sont produits après son entrée en vigueur dans ces États.

Ainsi que cela ressort du rapport explicatif sur cette convention, cet article ne concerne que les dispositions conventionnelles visant le retour de l'enfant. En effet, la réglementation conventionnelle du droit de visite ne peut être invoquée, par la nature même des choses, qu'à propos du refus de son exercice s'étant produit ou continuant à se produire après l'entrée en vigueur de la convention.

Il s'ensuit que les dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relatives au droit de visite sont applicables même si l'enlèvement ou le non-retour illicite de l'enfant s'est produit avant son entrée en vigueur.

L'arrêt constate que le demandeur sollicite de la cour d'appel qu'elle enjigne au défendeur d'engager avec l'autorité compétente russe des négociations concernant N. sur le droit de visite du demandeur et qu'elle dise que cette intervention se fera notamment en exécution de toute disposition utile issue de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

En rejetant cette demande au motif que l'acceptation de l'adhésion de la Fédération de Russie à cette convention n'est intervenue que le 3 mars 2016, soit postérieurement à l'enlèvement illicite de N., l'arrêt viole l'article 35, alinéa 1^{er}, de cette convention.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Quant à la seconde branche:

Suivant l'article 1^{er} de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, cette convention a notamment pour objet a) de déterminer l'État dont les autorités ont compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des

biens de l'enfant et e) d'établir entre les autorités des États contractants la coopération nécessaire à la réalisation des objectifs de la convention.

En vertu de l'article 3, b), les mesures prévues à l'article 1^{er} peuvent porter notamment sur le droit de visite, comprenant le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

L'article 50 de cette convention énonce que rien n'empêche que des dispositions de la Convention du 19 octobre 1996 soient invoquées pour organiser le droit de visite.

Aux termes de son article 53, la Convention du 19 octobre 1996 ne s'applique qu'aux mesures prises dans un État après l'entrée en vigueur de la convention pour cet État et la convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des mesures prises après son entrée en vigueur dans les rapports entre l'État où les mesures ont été prises et l'État requis.

Il s'ensuit que la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 est applicable à l'organisation d'un droit de visite ainsi qu'à la coopération nécessaire entre États contractants devant intervenir postérieurement à l'entrée en vigueur de cette convention, même si ce droit de visite est rendu nécessaire par un enlèvement d'enfant survenu avant son entrée en vigueur.

L'arrêt constate que le demandeur sollicite de la cour d'appel qu'elle enjoigne au défendeur d'engager avec l'autorité compétente russe des négociations concernant N. sur le droit de visite du demandeur et qu'elle dise que cette intervention se fera notamment en exécution de toute disposition utile issue de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996.

En rejetant cette demande au motif que « *cette convention bien que ratifiée par la Belgique et la Fédération de Russie n'est entrée en vigueur entre ces deux pays que le 1^{er} septembre 2014, soit postérieurement à l'enlèvement commis par J.G. le 1^{er} octobre 2007* », l'arrêt viole l'article 53 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996.

Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, est fondé.

Sur le deuxième moyen:

En vertu de l'article 1080 du Code judiciaire, la requête contient, à peine de nullité, l'exposé des moyens de la partie demanderesse, ses conclusions et l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée.

Lorsqu'un moyen ou une branche d'un moyen comporte plusieurs griefs distincts, il incombe à la partie demanderesse, pour satisfaire à cette prescription, de mentionner pour chacun de ces griefs les dispositions légales dont elle invoque la violation.

Le moyen, qui, en cette branche, formule divers griefs à l'encontre de l'arrêt déclarant irrecevable sa demande de renouvellement des papiers d'identité de J. G., sans indiquer séparément les dispositions légales dont il invoque la violation à l'appui de chacun de ces griefs, est imprécis, partant, irrecevable.

Étendue de la cassation:

La cassation de l'arrêt sur la mise en œuvre de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 entraîne la cassation de la décision sur la responsabilité du défendeur qui repose sur la considération que « *dès lors que la Convention de La Haye n'est pas applicable au présent litige, aucune faute ne peut être*

reprochée [au défendeur] en lien avec des mesures qu'il aurait dû prendre en application de cette convention ».

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur les mises en œuvre des conventions de La Haye du 25 octobre 1980 et du 19 octobre 1996, sur la responsabilité du défendeur et sur les dépens;

Rejette le pourvoi pour le surplus;

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

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

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

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Martine Regout, les conseillers Mireille Delange, Marie-Claire Ernotte, Ariane Jacquemin et Maxime Marchandise, et prononcé en audience publique du vingt-trois mai deux mille dix-neuf par le président de section Martine Regout, en présence de l'avocat général Philippe de Koster, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

Hof van Cassatie, arrest van 8 maart 2019

*Betekening – Verordening 1993/2007 (Betekening) — Artikel 14 – Artikel 1079
Ger.W. – Betekening cassatieberoep – Gebrek aan vertaling – Ontvankelijkheid
cassatieberoep*

*Signification – Règlement 1993/2007 (Signification) – Article 14 – Article 1079 C.
Jud. – Signification du pourvoi en cassation – Manque de traduction –
Recevabilité du pourvoi en cassation*

1. **I.B. nv**, met zetel te [...],
2. **Z.I.**, vennootschap naar buitenlands recht, met zetel te [...] (Ierland), [...]

eiseressen,

vertegenwoordigd door mr. Johan Verbist, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187/302, waar de eiseressen woonplaats kiezen,

tegen

3. **B.L.**, vennootschap naar buitenlands recht, met zetel te [...] (Verenigd Koninkrijk), [...]
4. **C.I.**, vennootschap naar buitenlands recht, met zetel te [...] (Verenigd Koninkrijk), [...]

verweersters,

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

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 13 maart 2018.

Raadsheer Geert Jocqué heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Christian Vandewal heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddel

De eiseressen voeren in hun verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1. De verweersters werpen een middel van niet-ontvankelijkheid op: bij de betekening van het verzoekschrift door rechtstreekse toezending van een afschrift per post, in uitvoering van artikel 14 van de Verordening (EG) nr. 1993/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de Lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad, hierna Beteekeningsverordening genoemd, werd geen vertaling in het Engels gevoegd, noch van het exploot, noch van de voorziening, en de verweersters werden evenmin verwittigd van het feit dat zij de toezending konden weigeren, zodat het verzoekschrift tot cassatie niet regelmatig voorafgaand aan de neerlegging aan de verweersters werd betekend zoals artikel 1079 Gerechtelijk Wetboek voorschrijft.
2. Het Hof van Justitie oordeelde in zijn arrest van 2 maart 2017 (*HvJ EU 2 maart 2017, Henderson, C-354/15*) dat Verordening nr. 1993/2007 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke, in het geval waarin een gerechtelijk stuk dat is betekend aan de verweerde die verblijft op het grondgebied van een andere lidstaat, niet is gesteld in of niet vergezeld gaat van een vertaling in hetzelfde taal die deze verweerde begrijpt, hetzelfde de officiële taal van de aangezochte staat, het ontbreken van het in bijlage II bij deze verordening opgenomen modelformulier leidt tot nietigheid van deze betekening of kennisgeving.

Hieruit volgt kennelijk dat de betekening van het cassatieberoep aan de verweersters die op 26 juli 2018 is verricht, niet nietig of onrechtsgeldig kan worden verklaard omdat van het door de verweersters aangeklaagde verzuim.

Het middel van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen.

3. Gelet op het feit dat:
 - de eerste verweerster erkent een vertaling van de te betekenen stukken te hebben ontvangen op 20 november 2018;
 - de verweersters in hun tijdelijk neergelegde memorie van antwoord ook ten gronde hebben geantwoord op de middelen van de eiseressen;
 - de verweersters in hun anticipatieve pleitnota van 6 februari 2019 aanvoeren dat wanneer de betekening toch als regelmatig wordt aangezien, zij op grond van de artikelen 8.3 en 9.2 van de Beteekeningsverordening nog tot 25 februari 2019 beschikken om een memorie van antwoord neer te leggen, in welk geval zij hun memorie van antwoord van 12 november 2018 uitdrukkelijk en integraal hervatten,

stelt het Hof vast dat de onregelmatigheid in de betekening intussen is hersteld en de rechten van de verweersters, in het bijzonder het recht van verdediging, gevrijwaard zijn.

Er is bijgevolg ook geen reden meer om nog de regularisatie van de betekening van het verzoekschrift tot cassatie te bevelen.

Eerste onderdeel

Ontvankelijkheid

4. De verweersters werpen een eerste grond van niet-ontvankelijkheid op: het onderdeel bestrijdt niet de eigenlijke beslissing waarop de appelrechters de afwijzing van hun rechtsmacht laten steunen aangezien de appelrechters oordelen dat de vorderingen van de eiseressen contractueel zijn en de verweten gedragingen een niet-nakoming aan de contractuele verbintenissen uitmaken.

5. Het onderdeel voert aan dat de eiseressen het bestaan van een misdrijf hebben aangevoerd, "*hetgeen aanleiding geeft tot buitencontractuele aansprakelijkheid ongeacht de vraag of andere schade werd veroorzaakt dan deze die te wijten zou zijn aan de slechte uitvoering van de overeenkomst*".

6. Het onderzoek van de grond van niet-ontvankelijkheid is niet te scheiden van het onderzoek van het onderdeel zelf.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

7. De verweersters werpen een tweede grond van niet-ontvankelijkheid op: de schending van de aangeduide nationale wetsbepalingen kunnen niet tot cassatie leiden omdat geen bepaling van Verordening nr. 1215/2012 ("Brussel Ibis") wordt ingeroepen.

8. Het onderdeel voert aan dat de appelrechters niet antwoorden op het specifieke middel van de eiseressen waarbij het bestaan werd aangevoerd van een strafrechtelijk misdrijf dat, in afwijking van de algemene principes inzake samenloop, steeds aanleiding geeft tot een mogelijke buitencontractuele aansprakelijkheid.

9. De schending van de aangeduide wetsbepalingen volstaat om, voor zover de grief gegrond is, tot cassatie te leiden.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

Gegrondheid

10. De eiseressen hebben bij appelconclusie aangevoerd dat de eerste verweerster een misdrijf heeft begaan, dit misdrijf een buitencontractuele fout uitmaakt in haren hoofde en een buitencontractuele vordering steeds mogelijk is wanneer de contractuele inbreuk tegelijk een strafrechtelijke inbreuk is.

11. De appelrechters die oordelen dat de aan de eerste verweerster verweten handeling een niet-nakoming van een contractuele verbintenis uitmaakt en een contractant slechts op buitencontractuele grondslag aansprakelijk kan worden gesteld, indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis maar ook aan de algemene zorgvuldigheidsplicht, en indien deze fout andere dan aan de slechte uitvoering te wijten schade veroorzaakt, beantwoorden het verweer van de eiseressen niet.

Het onderdeel is gegrond.

Omvang cassatie

12. De cassatie over de rechtsmacht ter zake van de vordering ten aanzien van de eerste verweerster strekt zich uit tot de beslissing over de rechtsmacht ter zake van de vordering ten aanzien van de tweede verweerster gelet op het nauwe verband tussen deze beslissingen.

DICTUM

HET HOF,

Vernietigt het bestreden arrest.

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

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

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, sectievoorzitter Alain Smeyns, en de raadheren Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Bart Willeman, en in openbare rechtszitting van 8 maart 2019 uitgesproken door sectievoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal Christian Vandewal, met bijstand van griffier Mike Van Beneden.

Hof van beroep Gent, arrest van 14 november 2019

Erkenning en uitvoerbaarheid – Marokkaanse rechterlijke beslissing – Kafala – Verdrag van Den Haag van 1996 (Kinderbescherming) – Artikel 126 WIPR – Artikel 22 WIPR – Weigeringsgronden artikel 25 WIPR – Adoptie – Belgisch recht – Geen toestemming ouders

Reconnaissance et exécution – Décision judiciaire marocaine – Kefala – Convention de La Haye de 1996 (Protection des enfants) – Article 126 CODIP – Article 22 CODIP – Motifs de refus de l'article 25 CODIP – Adoption – Droit belge – Absence de consentement des parents

Procureur-Generaal bij het hof van beroep te Gent met kantoor te 9000 Gent, Savaanstraat 11, bus 101

Appellant
verschenen in de persoon van substituut procureur-generaal Carine Roose
tegen

1. **M.C.**
geboren in Marokko te [...] op [...] 1968
van de Belgische nationaliteit
wonende te [...]

2. **K.C.**
geboren in Marokko te [...] op [...] 1970
van de Belgische nationaliteit
wonende te [...]

geïntimeerde
voor wie optreedt mr. Huysmans Ann, advocaat met kantoor te 2800 Mechelen, Berthoudersplein 7
aangaande het kind

S.K.
geboren in Marokko te [...] op [...] 2003
van de Marokkaanse nationaliteit
wonende te [...]

wijst het hof het volgende arrest.

I. Beroepen vonnis

Bij vonnis van 16 januari 2018 in de zaak met AR nummer [...] verklaart de 40ste kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, de vordering van M.C. en K.C. tot gewone adoptie van S.K., geboren te [...] (Marokko) op [...] 2003, ontvankelijk en gegrond.

Wans van het negatieve advies van het openbaar ministerie van 4 oktober 2017, spreekt de rechtbank de gewone adoptie uit van S.K. door M.C. en K.C. Verder zegt de rechtbank dat de geadopteerde haar naam en voornaam zal behouden.

De rechtbank legt de niet nader begrote gedingkosten ten laste van M.C. en K.C.

II. Hoger beroepen

1. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het hof op 8 februari 2018, stelt het openbaar ministerie hoger beroep in.

Met zijn hoger beroep beoogt het openbaar ministerie, met hervorming van het beroepen vonnis, de weigering van de gevraagde adoptie van S.K.

In ondergeschikte orde beoogt het openbaar ministerie de inwilliging van de vraag tot gerechtelijke erkenning van het Marokkaanse vonnis van 10 december 2003 houdende toekenning van de *kafala* over S.K. aan K.C.

2. M.C. en K.C. nemen conclusie in hoofdorde tot bevestiging van het beroepen vonnis en zodoende tot bevestiging van de uitspraak van de gewone adoptie van S.K. met verandering van naam van S.K. naar S.C.

In ondergeschikte orde beogen zij (eveneens/bij wijze van voorwaardelijk incidenteel hoger beroep) de gerechtelijke erkenning van het Marokkaanse vonnis van 10 december 2003 houdende toekenning van de *kafala* aan K.C. en de uitvoering van dit vonnis. Dienvolgens willen zij de gemeente [...] doen opleggen deze beslissing over te schrijven in de registers van de burgerlijke stand.

In meer ondergeschikte orde vorderen zij bij wijze van voorwaardelijk incidenteel hoger beroep dat hen de pleegvoogdij over S.K. zou worden toegekend.

Tenslotte beogen zij een regeling van de kosten 'als naar recht'.

3. Onderhavige procedure betreft in eerste aanleg een eenzijdige procedure, waarbij het openbaar ministerie niet als partij is betrokken.

De procedure in de zin van de artikelen 1231-3 Ger.W. en/of 1231-40/1231-41 Ger.W. staat in eerste aanleg gelijk met een procedure op eenzijdig verzoekschrift in de zin van de artikelen 1025 e.v. Ger.W.

Het verzoek tot (interlandelijke) adoptie wordt immers ingediend bij eenzijdig verzoekschrift ondertekend door hetzelfde adoptant(en) en hun advocaat, waarbij het openbaar ministerie advies verleent.

De procedure blijft unilateraal in hoger beroep, behalve indien, zoals *in casu*, het openbaar ministerie zelf hoger beroep instelt tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg.

Het openbaar ministerie fungeert *hic et nunc* als partij en meer precies als appellant.

4. Het hof heeft de partijen in hun middelen gehoord op de terechting van 16 mei 2019, waarna het hof de zaak in voortzetting heeft gesteld op de terechting van 17 oktober 2019 teneinde de partijen toe te laten nader standpunt in te nemen met betrekking tot een aantal (ambtshalve) door het hof gestelde vragen.

Op deze terechting heeft S.K. verklaard akkoord te gaan met haar adoptie door M.C. en K.C.

Het hof heeft aansluitend de partijen gehoord op de terechting van 17 oktober 2019.

M.C. en K.C. waren daarbij ook in persoon aanwezig.

Teneinde M.C. en K.C. toe te laten hun stukken neer te leggen, heeft het hof de zaak op de terechting van 17 oktober 2019 voor sluiting van het debat vastgesteld op de terechting van 24 oktober 2019.

Op die laatste terechting heeft het hof met toepassing van artikel 769 Ger.W. het debat gesloten en de zaak in beraad genomen.

Het hof heeft het dossier van de rechtspleging en de overgelegde stukken ingezien.

Het hof aanziet de conclusie van het openbaar ministerie van 14 juni 2019 en de conclusie van M.C. en K.C. van 16 juli 2019 als alomvattende syntheseconclusies in de zin van artikel 748bis Ger.W., om ze aldus (met alle bijhorende stukken), in het debat te houden.

III. Beoordeling

A. *Ontvankelijkheid*

1. Het hoger beroep van het openbaar ministerie is tijdig en regelmatig ingesteld.

Van het beroepen vonnis van 16 januari 2018 is op 19 januari 2018 bij gerechtsbrief kennisgegeven aan het openbaar ministerie.

Bij verzoekschrift van 8 februari 2018 en derhalve binnen een maand te rekenen vanaf de kennisgeving van het vonnis bij gerechtsbrief is hoger beroep ingesteld (art. 1231-54 Ger.W.).

Het hoger beroep is ontvankelijk.

2. Het bij conclusie regelmatig ingestelde voorwaardelijke incidenteel hoger beroep is eveneens ontvankelijk (art. 1054 Ger.W.).

3. Partijen voeren daarover overigens geen betwisting.

B. *Ten gronde*

a) *Verzoek tot adoptie*

1. S.K. is op [...] 2003 geboren te [...] (Marokko) als dochter van K.K. en B.C.

Ingevolge een op 17 juli 2003 door K.K. en B.C. bij het openbaar ministerie bij de rechtbank van eerste aanleg te [...] (Marokko) ingediend verzoekschrift tot verlatenverklaring van S.K. spreekt de rechtbank van eerste aanleg te [...] op 18 september 2003 de verlatenverklaring van S.K. uit (met toepassing van de artt. 1, 2, 4 en 6 van de Dahir Chérifien n° 1-02-173 van 13 juni 2002).

Ingevolge een op 25 november 2003 door K.C. bij de rechtbank van eerste aanleg te Tanger ingediend verzoekschrift beveelt deze rechtbank bij vonnis van 10 december 2003 de *kafala* van S.K. aan K.C.

2. Op 14 januari 2004 wordt een proces-verbaal tot uitvoering van de *kafala* opgemaakt. Blijkens dit proces-verbaal zijn voor de procureur des konings bij de rechbank van eerste aanleg te [...] verschenen: A.B. (een vertegenwoordiger van de lokale autoriteit), K.C. en B.C. in eigen naam en met volmacht van K.K.

3. Op 28 januari 2004 verleent de rechbank van eerste aanleg te [...] toelating aan K.C. om met S.K. het Marokkaanse grondgebied te verlaten met afgifte van een reispas op naam van S.K.

4. Op 22 september 2004 laat K.C. voor notaris [...] (met standplaats te Brussel) een adoptie-akte van S.K. opmaken.

5. S.K. komt op 13 december 2004 naar België met een nationaal (Marokkaans) paspoort dat geldig is van 18 maart 2004 tot en met 17 maart 2009 en is voorzien van een visum met het oog op adoptie geldig van 19 november 2004 tot en met 4 maart 2005.

6. Bij vonnis van 20 september 2005 verklaart de rechbank van eerste aanleg te Brussel het door K.C. op 9 mei 2005 neergelegd verzoekschrift tot homologatie van de adoptie-akte opgesteld door notaris [...] nietig na te hebben vastgesteld dat K.C. woont in [...]. De rechbank van eerste aanleg te Brussel overweegt (derhalve) niet territoriaal bevoegd te zijn.

7. Op 25 april 2006 dient K.C. ter griffie van de rechbank van eerste aanleg te Dendermonde een nieuw verzoekschrift in tot homologatie van de door notaris [...] opgestelde adoptie-akte van 22 september 2004. Deze zaak is aldaar gekend onder het rolnummer [...].

Blijkens het proces-verbaal van de terechting van 17 september 2013 gaat de rechbank evenwel over tot het 'klasseren' van de zaak. Een (eind)uitspraak in deze zaak komt (klaarblijkelijk) niet tussen.

8. Op 4 december 2015 leggen M.C. en K.C. met toepassing van artikel 1231-3 Ger.W. een verzoekschrift neer ter griffie van de rechbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde. Daarin verzoeken zij de gewone adoptie uit te spreken van S.K. Zij vragen in dit verzoekschrift tevens dat de naam van de geadopteerde zou worden gewijzigd.

9. Na een eerste schriftelijk negatief advies van het openbaar ministerie van 31 mei 2016 wordt de zaak op de zitting van 2 juni 2016 naar de bijzondere rol verzonden. Nadat de zaak opnieuw op zitting wordt gebracht brengt het openbaar ministerie op 4 oktober 2017 een (tweede) schriftelijk negatief advies uit waarna de rechbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, op 16 januari 2018 de gewone adoptie uitspreekt.

10. Voor het eerst in hoger beroep voert het openbaar ministerie aan dat het beroepen vonnis is uitgesproken door de 40^{ste} kamer van de rechbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, familie- en jeugdrechtbank, zitting houdende in jeugdzaken, en zodoende door een onbevoegde rechbank.

Volgens het openbaar ministerie schendt het vonnis de artikelen 572bis en 1231-41 Ger.W. vermits een adoptie alleen kan worden uitgesproken door de familierechtbank en het niet mogelijk is daarover uitspraak te doen in jeugdzaken.

11. Uit het bijzonder reglement van de rechbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen (BS 22 augustus 2014) blijkt dat de 40^{ste} kamer kennis neemt van familie- en jeugdzaken.

Het beroepen vonnis is uitgesproken door de 40ste kamer van de rechbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, familie- en jeugdrechtbank.

De (bijkomende) vermelding dat het gaat om de familie- en jeugdrechtbank, 'zitting houdende in jeugdzaken', doet geen afbreuk aan het feit dat het beroepen vonnis wel degelijk door een daartoe bevoegde familie- en jeugdrechter is uitgesproken.

Het hof merkt op dat het openbaar ministerie de onbevoegdheid van de eerste rechter en meer precies de 40^{ste} kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, in zijn advies niet heeft opgeworpen.

De grief kan niet worden aangenomen.

12. Het openbaar ministerie voert (aansluitend) terecht aan dat thans enkel het door M.C. en K.C. op 4 december 2015 ingediende verzoekschrift tot uitspraak van de adoptie dient te worden beoordeeld en dat dit verzoek niet meer wordt gesteund op de op 22 september 2004 door notaris [...] opgestelde adoptie-akte.

M.C. en K.C. erkennen dit laatste overigens ook uitdrukkelijk.

13. Daar waar het verzoek tot uitspraak van de adoptie voor de eerste rechter is ingediend op 4 december 2015, moet de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter worden beoordeeld op grond van artikel 66 WIPR. Deze wetsbepaling is, evenals de overige wetsbepalingen uit afdeling 2 van hoofdstuk V van dit wetboek, ingevolge artikel 140, tweede lid, WIPR in werking getreden op dezelfde datum als de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie (*BS* 16 mei 2003), hetzij op 1 september 2005.

De rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, dient zijn internationale bevoegdheid overigens ambtshalve te onderzoeken (art. 12 WIPR).

Krachtens artikel 66, eerste lid, WIPR zijn, in afwijking van de algemene bepalingen van deze wet, de Belgische rechters slechts bevoegd om een adoptie uit te spreken indien de adoptant, een van de adoptanten of de geadopteerde bij de instelling van de vordering Belg is of zijn gewone verblijfplaats in België heeft.

Gelet op de Belgische nationaliteit (en de gewone verblijfplaats in België) van M.C. en K.C. is de Belgische rechter ingevolge artikel 66 WIPR internationaal bevoegd om uitspraak te doen over het op 4 december 2015 ingediende verzoekschrift tot uitspraak van de adoptie uitgaande van zowel M.C. als van K.C.

Niemand blijkt dit overigens te betwisten.

a.1) Verzoek tot adoptie van K.C.

14. In zoverre het verzoek tot adoptie van 4 december 2015 uitgaat van K.C. is er sprake van een (verzoek tot) interlandelijke adoptie in de zin van artikel 360-2 BW. Van een adoptie die de interlandelijke overbrenging van een kind veronderstelt, is immers (onder meer) sprake wanneer het kind vanuit de Staat van herkomst naar België werd, wordt of moet worden overgebracht, hetzij na zijn adoptie in deze Staat door een persoon of door personen met gewone verblijfplaats in België, hetzij met het oog op een dergelijke adoptie in België of in deze Staat.

Daar waar S.K. op 13 december 2004 naar België komt met een nationaal (Marokkaans) paspoort dat geldig is van 18 maart 2004 tot en met 17 maart 2009 en is voorzien van een visum met het oog op adoptie geldig van 19 november 2004 tot en met 4 maart 2005, betreft het een adoptie van een kind

dat vanuit de staat van herkomst naar België werd overgebracht met het oog op een adoptie in België. Het gaat in zoverre om een interlandelijke adoptie.

De andersluidende verwijzing in het inleidende verzoekschrift naar artikel 1231-3 Ger.W. dat een binnenlandse adoptie betreft, staat daaraan niet in de weg. Het gegeven dat er meerdere jaren verstrijken vooraleer K.C. (opnieuw en ditmaal samen met M.C.) een verzoekschrift tot adoptie indient, doet daaraan evenmin af (vgl. Jeugdrb. Charleroi 5 november 2013, *Rev. trim. dr. fam. 2014*, 572).

15. Overeenkomstig artikel 67 WIPR wordt de totstandkoming van de adoptie beheerst door het recht van de Staat waarvan de adoptant of beide adoptanten op dat ogenblik de nationaliteit hebben. Toepassing van deze wetsbepaling leidt *in casu* tot het Belgische recht.

Artikel 68, eerste lid, WIPR bepaalt voorts dat, onverminderd de toepassing van artikel 358 van het Burgerlijk Wetboek, de toestemming van de geadopteerde en van zijn ouders of wettelijke vertegenwoordigers, evenals de wijze waarop zij wordt uitgedrukt, beheerst worden door het recht van de Staat op wiens grondgebied de geadopteerde zijn gewone verblijfplaats heeft onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie of, bij afwezigheid van zo een overbrenging, ten tijde van de adoptie.

Krachtens het tweede lid van artikel 68 WIPR - zoals van toepassing tot aan de inwerkingtreding op 3 augustus 2017 van de 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 (*BS* 24 juli 2017) - beheerst het Belgische recht evenwel de toestemming van de geadopteerde indien het recht dat krachtens het eerste lid van toepassing is, niet voorziet in de noodzaak van een dergelijke toestemming of de instelling van de adoptie niet kent. De Wet van 6 juli 2017 heeft deze wetsbepaling gewijzigd in die zin dat thans wordt gerefereerd aan de in het eerste lid (van art. 68 WIPR) bedoelde toestemming (zonder meer) zodat deze verwijzing niet meer beperkt is tot de toestemming van de geadopteerde alleen.

In zoverre conform artikel 68, eerste lid, WIPR, wat de toestemming betreft, toepassing zou moeten worden gemaakt van zowel het Marokkaanse recht als het recht van de Staat op wiens grondgebied de geadopteerde zijn/haar gewone verblijfplaats heeft onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging tot adoptie, is evenwel ingevolge het tweede lid van artikel 68 WIPR (hoe dan ook) het Belgische recht van toepassing op de toestemming nu het Marokkaanse recht de instelling van de adoptie niet kent.

16. Artikel 24sexies van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie zoals ingevoegd bij artikel 15 van de wet van 6 december 2005 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de adoptie (*BS* 16 december 2005) (met inwerkingtreding op 26 december 2005) bepaalt dat, ingeval het recht dat van toepassing is in de Staat van herkomst van het kind noch de adoptie kent noch de plaatsing met het oog op adoptie, de bepalingen van het vroegere recht inzake de toelaatbaarheid en de grondvooraarden van de adoptie van toepassing zijn indien het kind door de bevoegde autoriteit van de Staat van herkomst van het kind aan de adoptant of de adoptanten is toevertrouwd vóór 1 september 2005.

Dit laatste is *in casu* het geval nu niet wordt betwist dat (1) het Marokkaanse recht, met name het recht van de Staat van herkomst van het kind, de instelling van de adoptie niet kent, (2) het vonnis van de rechtkant van eerste aanleg te [...] van 10 december 2003 de *kafala* heeft bevolen van S.K. aan K.C., (3) deze *kafala* werd uitgevoerd bij proces-verbaal van 14 januari 2004 en (4) de rechtkant van eerste aanleg te Tanger (bovendien) op 28 januari 2004 aan K.C. toelating heeft verleend om met S.K. het Marokkaanse grondgebied te verlaten met afgifte van een reispas op naam van S.K.

Daarbij dient te worden onderstreept dat de voorwaarde dat het kind vóór 1 september 2005 is toevertrouwd aan de adoptant, enkel vervuld is aan de zijde van K.C. doch niet aan de zijde van M.C. aan wie S.K. niet in *kafala* werd toevertrouwd.

Nu het Marokkaanse recht de instelling van de adoptie niet kent en S.K. (ingevolge de tussengekomen *kafala*) vóór 1 september 2005 aan K.C. werd toevertrouwd, zijn derhalve, in lijn met artikel 24^{sexies} van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, de bepalingen van het vroegere recht inzake de toelaatbaarheid en de grondvooraarden van de adoptie van toepassing (althans in zoverre het de adoptie door K.C. betreft).

17. Krachtens het artikel 344, § 1 (oud) BW worden, wanneer de geadopteerde een kind is van minder dan vijftien jaar oud, de toelaatbaarheid en de inhoudelijke voorwaarden van de adoptieve afstamming tussen vreemdelingen of Belgen en vreemdelingen beheerst door het persoonlijk statuut van de adoptant (vgl. G. Van Hecke en K. Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, APR 1989, 251, nr. 536).

Dit is *in casu* het Belgische recht.

Tot de inhoudelijke voorwaarden behoren ook de toestemming van de adoptant, de geadopteerde en eventuele derden (vgl. G. Van Hecke en K. Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, APR 1989, 249, nr. 534; vgl. ook J. Erauw, *Beginselen van Internationaal Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 193).

Artikel 348, § 3 (oud) BW bepaalt dat, indien een minderjarige geadopteerde de leeftijd van 15 jaar heeft bereikt, ook zijn persoonlijke toestemming vereist is.

Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 22 februari 1979 (*Arr. Cass. 1978-79, 754*) volgt dat, wanneer een minderjarige geadopteerde de leeftijd van vijftien jaar niet heeft bereikt op het ogenblik van de sluiting van het debat, maar die leeftijd heeft bereikt op de dag van de uitspraak, zijn instemming is vereist en de afwezigheid van instemming wordt gesanctioneerd met de nietigheid van de adoptie.

Daar waar S.K. op het ogenblik van de uitspraak van het beroepen vonnis van 19 januari 2018 nog niet de leeftijd van vijftien jaar had bereikt, is voormelde wetsbepaling, in zoverre het vonnis de toestemming van S.K. met de adoptie door K.C. niet vaststelt, niet miskend. Ingevolge artikel 1399 Ger.W. schorsen evenwel verzet en hoger beroep de tenuitvoerlegging van de eindvonnissen inzake de staat van personen en kan de voorlopige tenuitvoerlegging van de vonnissen inzake de staat van personen niet worden toegestaan.

In zoverre S.K. na het instellen van het hoger beroep door het openbaar ministerie de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, kan de adoptie niet worden uitgesproken zonder dat vaststaat dat S.K. daarin heeft toegestemd.

Ter terechtzitting van 16 mei 2019 verklaarde S.K. in te stemmen met de adoptie door K.C. zodat aan deze (toestemmings)voorwaarde is voldaan.

18. Voorts moeten, krachtens artikel 348, § 1, eerste lid (oud) BW, wanneer de afstamming van een minderjarig kind of van een onbekwaamverklaarde ten aanzien van zijn vader en van zijn moeder vaststaat, beiden in de adoptie toestemmen. Indien echter een van hen overleden is, zich in de onmogelijkheid bevindt zijn wil te kennen te geven, afwezig verklaard is of geen bekend verblijf heeft, is de toestemming van de andere ouder voldoende.

Uit geen enkel stuk blijkt dat de vader en moeder van S.K. - met name K.K. en B.C. - hebben toegestemd in de adoptie. Het gegeven dat zij toestemming gaven tot verlatenverklaring van S.K., waartoe de

rechbank van eerste aanleg te [...] op 18 september 2003 heeft besloten, behalve geen toestemming in de adoptie. Daaraan verandert niet het gegeven dat de Marokkaanse autoriteiten een paspoort hebben afgegeven voorzien van een visum met het oog op adoptie.

Een dergelijke toestemming is immers niet te zien als een toestemming in de adoptie (vgl. Gent 13 maart 2013, *NjW* 2014, 225, noot S. Berté).

19. Hetgeen voorafgaat brengt met zich mee dat de voorwaarden voor de totstandkoming van de adoptie aan de zijde van K.C. niet zijn vervuld nu niet blijkt dat de vader en moeder van S.K. - met name K.K. en B.C. - hebben toegestemd in de adoptie. De (gewone) adoptie van S.K. door K.C. kan niet worden uitgesproken.

Het hof voegt daaraan toe dat, in de mate waarin de Marokkaanse beslissing van 10 december 2003 om S.K. in *kafala* toe te vertrouwen aan K.C. voor erkenning in aanmerking kan komen, geen schending van artikel 8 EVRM voorligt door niet in de omzetting van de *kafala* in een adoptie te voorzien (vgl. EHRM 16 december 2014, nr. 5226E/10, Chbihi Loudoudi e.a. t België, *RW* 2015-16, 1434 (weergave T. Kruger); zie en vgl. ook EHRM 4 oktober 2012, nr. 43631/09, Harroudj t Frankrijk, www.echr.coe.int; Brussel 16 februari 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2011, 147; Brussel 19 mei 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 384; Y. El Kaddouri en J. Verhellen, "De *kafala* in de Belgische rechtsorde. Open het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven?" (noot onder Cass. 14 september 2015), *TJK* 2016, 343 e.v.). De omzetting van een *kafala* in een adoptie zou overigens ook leiden tot zogenaamde hinkende rechtsverhoudingen nu de adoptie (met alle gevolgen van dien, zo onder meer op het vlak van de afstamming) geen rechtsgevolgen (als adoptie) zou kunnen sorteren in Marokko vermits het Marokkaanse recht de instelling van de adoptie niet kent (vgl. Y. El Kaddouri en J. Verhellen, "De *kafala* in de Belgische rechtsorde. Open het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven?" (noot onder Cass. 14 september 2015), *TJK* 2016, 347).

a.2) Verzoek tot adoptie van M.C.

20. Daar waar het verzoek tot adoptie uitgaat van M.C., betreft het geen adoptie die de interlandelijke overbrenging van een kind veronderstelt doch gaat het om een verzoek tot binnenlandse adoptie, met name van een minderjarige die (op het ogenblik van het verzoek tot adoptie door M.C.) reeds in België verblijft/verblijft. Op het ogenblik waarop S.K. naar België werd overgebracht met het oog op adoptie, was M.C. immers niet in beeld. De overbrenging van S.K. naar België gebeurde immers niet met het oog op een adoptie door M.C.

Partijen betwisten dit overigens niet.

Dit brengt met zich mee dat de grondvoorraad, leeftijdsvoorraad, geschiktheidsvoorraad en toestemmingsvoorraad overeenkomstig de actuele (Belgische) adoptiewetgeving moeten zijn vervuld. Het verzoek tot adoptie uitgaande van M.C. (en door hem pas voor het eerst geformuleerd bij verzoekschrift van 4 december 2015), dient derhalve (enkel) te worden beoordeeld op grond van de actuele adoptiewetgeving met uitsluiting van de overgangsbepalingen van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie zo ook met uitsluiting van artikel 24sexies van deze wet.

21. Artikel 357 BW bepaalt dat, ongeacht het recht dat van toepassing is, de voorwaarden voor de adoptie gesteld in artikel 344-1 BW steeds vervuld moeten zijn en de adoptant of de adoptanten bekwaam en geschikt moeten zijn om te adopteren.

Overeenkomstig artikel 344-1 BW moeten adopties steeds gegrond zijn op wettige redenen en in geval zij betrekking hebben op een kind kunnen zij slechts plaatsvinden in het hoger belang van dat kind en met eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen.

Er blijkt in alle geval dat M.C. (1) voldoet aan de leeftijdsvooraarden zoals bepaald in artikel 345 BW vermits hij meer dan vijfentwintig jaar oud is en meer dan vijftien jaar ouder is dan de S.K., (2) voldoet aan de geschiktheidsvooraarden zoals bepaald in artikel 346-1 BW en (3) de voorbereiding voor adoptie zoals bedoeld in artikel 346-2 heeft gevuld.

Een maatschappelijk onderzoek is hierbij niet vereist nu niet wordt betwist dat M.C. een kind wenst te adopteren met wie hij reeds het dagelijkse leven deelt (vgl. art. 346-2, sub 2° BW).

Daargelaten of aan de voorwaarde van artikel 344-1BW is voldaan, blijkt evenwel niet voldaan te zijn aan alle noodzakelijke toestemmingsvooraarden voor de adoptie.

Weliswaar bepaalt artikel 348-1 BW dat eenieder die op het tijdstip van de uitspraak van het vonnis van adoptie, de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, in zijn adoptie moet toestemmen of daarin hebben toegestemd.

Die regel acht de wetgever van dermate fundamenteel belang dat zij overigens óók bij voorrang en meer precies als voorrangsregel toepassing dient te krijgen in het internationaal privaatrecht. Artikel 358 BW bepaalt immers dat artikel 348-1 BW van toepassing is, ongeacht het recht dat van toepassing is op de toestemming van de geadopteerde. Dit brengt met zich mee dat krachtens het Belgische internationaal privaatrecht, ongeacht het op de toestemming van de geadopteerde toepasselijke recht, de geadopteerde die de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt in België niet kan worden geadopteerd zonder zelf zijn/haar toestemming te verlenen. De samenhang van de artikelen 348-1 en 358 BW heeft zodoende tot gevolg dat de in het Belgische recht bestaande vereiste dat een adoptie van een twaalfjarige in België slechts tot stand kan komen mits de geadopteerde toestemming verleent, een voorrangsregel wordt/is in de zin van artikel 20 WIPR.

Daar waar op het ogenblik van het indienen van het verzoek tot adoptie op 4 december 2015 S.K. twaalf jaar was doch uit geen enkel stuk bleek dat zij toestemming heeft/had gegeven tot haar adoptie door M.C., verklaart zij (evenwel) op de terechting van 16 mei 2019 wél uitdrukkelijk akkoord te gaan met de adoptie door (onder meer) M.C. (zie proces-verbaal van de terechting van 16 mei 2019). De toestemmingsvooraarde aan de zijde van S.K. blijkt derhalve te zijn vervuld.

22. Evenwel bepaalt artikel 348-3 BW voorts dat, wanneer de afstamming van een kind ten aanzien van zijn moeder en van zijn vader vaststaat, beiden in de adoptie moeten toestemmen. Indien echter een van hen vermoedelijk afwezig is, geen gekende verblijfplaats heeft, in de onmogelijkheid verkeert om zijn wil te kennen te geven of wilsonbekwaam is, is de toestemming van de andere voldoende.

Uit geen enkel stuk blijkt dat de vader en moeder van S.K. - met name K.K. en B.C. - hebben toegestemd in de adoptie. Het gegeven dat zij toestemming gaven tot verlatenverklaring van S.K., waartoe de rechtbank van eerste aanleg te [...] op 18 september 2003 heeft besloten, behelst geen toestemming in de adoptie. Daaraan verandert niet het gegeven dat de Marokkaanse autoriteiten een paspoort hebben afgegeven voorzien van een visum met het oog op adoptie.

Een dergelijke toestemming is niet te aanzien als een toestemming in de adoptie (vgl. Gent 13 maart 2013, *NjW* 2014, 225, noot S. Berté) ook al omdat daarmee niet nader wordt bepaald of toestemming wordt gegeven voor een gewone adoptie of voor een volle adoptie (vgl. art. 348-8, tweede lid, BW).

Voor zoveel als nodig merkt het hof op dat het nieuwe 348-5/1 BW (zoals ingevoegd bij Wet van 6 juli 2017), *in casu* niet kan spelen al was het maar omdat geen van de betrokken personen noch het openbaar ministerie om de aanstelling van een voogd ad hoc heeft verzocht en de adoptie, in zoverre zij wordt gevraagd door M.C., niet als een interlandelijke doch wél als een binnenlandse adoptie dient te worden aangezien. Artikel 348-5/1 BW verwijst immers naar een adoptie zoals bedoeld in artikel

361-5 BW, hetgeen een (vorm van) interlandelijke adoptie behelst. Aan deze wetsbepaling ligt overigens ook ten grondslag dat in de toestemming door een voogd *ad hoc* (moet) word(t)(en) voorzien precies omdat de ouders van een kind uit een land dat de instelling van de adoptie niet kent (zoals Marokko), geen toestemming tot de adoptie zelf kunnen geven.

23. In die optiek zijn de voorwaarden voor de totstandkoming van de adoptie aan de zijde van M.C. niet vervuld. De (gewone) adoptie van S.K. door M.C. kan niet worden uitgesproken.

b) *Tussenbesluit*

Het hoger beroep van het openbaar ministerie is in zoverre gegrond.

Het beroepen vonnis dient te worden hervormd in zoverre het de gewone adoptie van S.K. door M.C. en K.C. uitspreekt.

c) *Verzoek tot erkenning van het Marokkaanse vonnis van 10 december 2003*

1. M.C. en K.C. vorderen in hun syntheseconclusie in ondergeschikte orde de gerechtelijke erkenning van de Marokkaanse beslissing van 10 december 2013 waarbij de *kafala* aan K.C. wordt toegekend.

Ze vorderen daarbij dat aan de gemeente [...] zou worden opgelegd deze beslissing over te schrijven in de registers van de burgerlijke stand.

2. Deze vordering werd door hen eveneens in ondergeschikte orde ingesteld voor de eerste rechter.

3. De rechterlijke beslissing waarvan M.C. en K.C. de erkenning vorderen is het vonnis van 10 december 2003 uitgesproken door de rechtbank van eerste aanleg te Tanger. In dit vonnis gaat deze rechtbank in op het door K.C. op 25 november 2003 ingediende verzoek tot *kafala* en beveelt de rechtbank de *kafala* van S.K. aan K.C.

Daar waar M.C. niet betrokken was bij deze beslissing, aanvaardt het hof dat hij (minstens) een persoonlijk belang heeft bij de erkenning van deze beslissing in zoverre zowel S.K. als K.C. met wie hij het dagelijkse leven deelt, wel bij deze beslissing zijn betrokken.

4. Het hof merkt vooreerst op dat het verzoek tot erkenning van het vonnis van 10 december 2013 niet wordt beheerst door het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 19 oktober 1996.

Ingevolge artikel 53.2 is dat verdrag slechts van toepassing op de erkenning en de tenuitvoerlegging van maatregelen die zijn genomen nadat het in werking is getreden in de betrekkingen tussen de Staat waar de maatregelen zijn genomen en de aangezochte staat.

Het verdrag is voor ons land in werking getreden op 1 september 2014 en voor Marokko op 1 december 2002 zodat dient te worden teruggevallen op de bepalingen van het Belgische internationaal privaatrecht (vgl. verklarend rapport van Paul Lagarde bij het Verdrag van Den Haag van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijk recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, 602, nr. 178- www.hcch.net).

5. Overeenkomstig artikel 126, § 2, eerste lid, WIPR zijn de artikelen betreffende de uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten van toepassing op de beslissingen en akten die na de inwerkingtreding van deze wet tot stand zijn gekomen.

Het tweede lid van voormeld wetsartikel bepaalt evenwel dat een beslissing of akte die voor de inwerkingtreding van deze wet tot stand is gekomen, gevolgen kan hebben in België indien zij aan de voorwaarden van deze wet voldoet.

Artikel 126, § 2, tweede lid, WIPR voorziet aldus in een begunstigingsregel voor buitenlandse rechterlijke beslissingen of vreemde authentieke akten die dateren van vóór 1 oktober 2004. In zoverre deze beslissingen of akten voldoen aan de voorwaarden van het WIPR, krijgen zij uitwerking in België. Deze regel laat toe om vroegere strengere erkennings- of tenuitvoerleggingsregels terzijde te schuiven (vgl. B. Volders, "Artikel 126. Internationale bevoegdheid en uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten" in J. Erauw en M. Fallon e.a. (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht Becommentarieerd. Le code de droit international privé commenté*, Brussel, Bruylant, Antwerpen, Intersentia, 2006, 673).

Het voorgaande betekent dat, in zoverre aan de voorwaarden voor de erkenning van vreemde rechterlijke beslissingen uit het WIPR is voldaan, het vonnis van 10 december 2003 van de rechtbank van eerste aanleg te [...] (Marokko) wel kan worden erkend.

6. Overeenkomstig artikel 23, § 1, WIPR is de familierechtbank bevoegd om kennis te nemen van vorderingen tot erkenning of uitvoerbaarverklaring van een buitenlandse rechterlijke beslissing wanneer zij een aangelegenheid zoals bedoeld in artikel 572bis Ger.W. betreffen. *In casu* is deze familiekamer van dit hof bevoegd om uitspraak te doen over de gevorderde erkenning van het vonnis van 10 december 2003.

7. Verder stelt het hof vast dat ook aan de voorwaarden van artikel 24, § 1 WIPR is voldaan en met name dat een uitgifte van de beslissing die volgens het recht van de Staat waar zij is gewezen voldoet aan de voorwaarden nodig voor de echtheid ervan werd voorgelegd en enig document op grond waarvan kan worden vastgesteld dat de beslissing volgens het recht van de Staat waar zij is gewezen, uitvoerbaar is en betekend of ter kennis gebracht is. Dit laatste kan zonder meer blijken uit het proces-verbaal van uitvoering van de *kafala* van 14 januari 2014.

Daar waar ingevolge artikel 22, § 1, tweede lid, WIPR een buitenlandse rechterlijke beslissing in België geheel of gedeeltelijk wordt erkend zonder dat hiervoor de procedure van artikel 23 moet worden gevuld en aldus is voorzien in een zogenaamde erkenning 'de plano' die onder gelding van het vroegere recht slechts bestond voor vreemde vonnissen inzake staat en bekwaamheid (vgl. G. Van Hecke en K. Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, APR 1989, 87, nr. 144), kan tot erkenning van het vonnis van 10 december 2003 worden besloten nu géén blijk wordt gegeven van het bestaan van een weigeringsgrond in de zin van artikel 25 WIPR.

Geen van de partijen betwist overigens dat de voorwaarden om tot erkenning van de beslissing van 10 december 2003 over te gaan, zijn vervuld.

8. Het verzoek tot erkenning van het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te [...] (Marokko) van 10 december 2003 is gegrond (vgl. Antwerpen 25 mei 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 20178, 17; Antwerpen 16 mei 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017, 15). De beslissing moet worden ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Dit laatste geldt (overigens) nog des te méér nu het (in deze zaak temporeel weliswaar nog niet toepasselijke Kinderbeschermingsverdrag) weldegelijk voorziet in een mogelijke doorwerking in de

verdragssluitende Staten van een *kafala* en derhalve ook in rechtssystemen die de *kafala* als instituut niet kennen. Enige assimilatie met een rechtsfiguur uit de eigen rechtsorde is daarbij niet aan de orde (vgl. zie ook Y. El Kaddouri en J. Verhelzen, "De *kafala* in de Belgische rechtsorde. Opent het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven?" (noot onder Cass. 14 september 2015), *TJK* 2016, 350).

Het is in het belang van zowel S.K. als van K.C. dat de in Marokko bij vonnis van 10 december 2003 tot stand gekomen *kafala* ook in België als *kafala* kan doorwerken. Enig bezwaar/weigeringsgrond tegen een dergelijke doorwerking in onze rechtsorde ontwaart het hof niet.

Het hof gaat zodoende in lijn met het (voorwaardelijke incidenteel) hoger beroep in op het in ondergeschikte orde geformuleerde verzoek tot erkenning van de Marokkaanse beslissing van 10 december 2003 waarbij S.K. in *kafala* werd toevertrouwd aan K.C.

IV. Gedingkosten

1. In deze zaak zijn beiden partijen deels in het gelijk gesteld.
2. In die optiek oordeelt het hof de gedingkosten ten laste te kunnen laten van de partij die ze heeft gemaakt zodat het geen zin heeft deze te begroten.

Het is daarbij te verstaan dat geen enkele partij aanspraak kan maken op een rechtsplegingsvergoeding.

OP DEZE GRONDEN,

HET HOF,

RECHT DOENDE OP TEGENSPRAAK,

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

verklaart het hoger beroep en het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ontvankelijk en gegrond in volgende mate,

hervormt het beroepen vonnis van 16 januari 2018 van de 40^{ste} familiekamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, in zoverre het de gewone adoptie uitspreekt van S.K. door M.C. en K.C.,

verklaart voorts de (in ondergeschikte orde ingestelde) vordering tot erkenning van het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te [...] van 10 december 2003 ontvankelijk en gegrond,

zegt voor recht dat het vonnis van 10 december 2003 gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te [...] (Marokko) houdende de toekenning van de ten lasteneming (*kafala*) door K.C. van het minderjarige kind S.K., geboren op [...] 2003 te [...] (Marokko), van Marokkaanse nationaliteit en wonende te [...], wordt erkend in de Belgische rechtsorde,

zegt voor recht dat onderhavige beslissing moet worden overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand te [...],

wijst het meer- of anders gevorderde af als ongegrond,

laat de niet nader te begroten gedingkosten voor deze aanleg ten laste van de partij die ze heeft gemaakt.

Aldus gewezen door de elfde kamer van het hof van beroep te Gent, recht doende in burgerlijke zaken als familiekamer, samengesteld uit:

mevrouw V. De Clercq	raadsheer - wnd. voorzitter,
de heer S. Mosselmans	raadsheer,
de heer M. Traest	raadsheer
en uitgesproken in openbare terechting op veertien november tweeduizend negentien, bijgestaan door mevrouw G. Huysman	griffier.

Cour d'appel Mons, arrêt du 3 juin 2019

Reconnaissance – Répudiation – Acte authentique marocain – Article 57 CODIP – Article 114 du Code de la famille marocain – Principe d'égalité entre homme et femme – Respect pour les droits de la défense – Déclaration de cohabitation légale

Erkenning – Verstoting – Marokkaanse authentieke akte – Artikel 57 WIPR – Artikel 114 van het Marokkaans Familiewetboek – Principe van gelijkheid tussen man en vrouw – Respect voor de rechten van verdediging – Verklaring van wettelijke samenwoning

En cause de:

D.P., domicilié à Moulbaix, [...]

partie appelante, qui comparaît et est assistée de Maître El Malki Adil, avocat à 1000 Bruxelles, Boulevard de l'Empereur, 15 boite 5;

B.A., domiciliée à Moulbaix, [...],

partie appelante, qui comparaît et est assistée de Maître El Malki Adil, avocat à 1000 Bruxelles, Boulevard de l'Empereur, 15 boite 5;

Et de:

L'officier de L'état civil de la ville d'Ath, ayant établi sa résidence à 7800 Ath, Rue de Pintamont 54,

partie intimée, représentée par Maître Surquin Dominique, avocat plaidant pour son confrère Maître Graulich Henri, avocat à 7800 Ath, Square Saint Julien, 20 A;

Eléments de procédure

La cour a examiné les pièces figurant au dossier de la procédure et notamment les pièces suivantes:

- la copie, certifiée conforme, du jugement entrepris prononcé contradictoirement le 29 octobre 2018 par le tribunal de la famille du Hainaut, division Tournai et les pièces de la procédure qu'il vise,
- en minute, la requête d'appel déposée au greffe le 28 décembre 2018 par Monsieur D.P. et Madame B.A.,
- l'ordonnance aménageant les délais pour conclure prononcée par la cour le 22 janvier 2019,
- les conclusions principales et de synthèse d'appel remises au greffe le 29 mars 2019 pour Monsieur D.P. et Madame B.A. et leur dossier de pièces,
- les conclusions de synthèse d'appel remises au greffe le 29 avril 2019 pour l'Officier de l'état civil de la ville d'Ath et son dossier de pièces.

A l'audience du 6 mai 2019, les conseils des parties ont comparu et plaidé. Monsieur D.P. et Madame B.A. ont comparu et se sont expliqués. Les débats ont ensuite été déclarés clos et la cause a été prise en délibéré.

La cour, après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant:

I. **Les faits pertinents**

Monsieur D.P. est né le [...] et est de nationalité belge.

Madame B.A. est née le [...] et est de nationalité marocaine. Elle est arrivée en Belgique, à une date indéterminée, en possession d'un visa « court séjour - tourisme » délivré le 28 janvier 2016 par le Consulat général d'Espagne à Tanger.

Les deux parties ont noué une relation affective et cohabitent depuis de nombreux mois, la réalité de cette cohabitation n'étant pas remise en cause.

Le 24 novembre 2017, Monsieur D.P. et Madame B.A. se sont présentés auprès des services de l'Officier de l'état civil de la ville d'Ath en vue de faire enregistrer leur déclaration de cohabitation légale.

Par courrier du 12 décembre 2017, l'Officier de l'état civil a notifié aux appelants une décision de surseoir à l'enregistrement de la déclaration de cohabitation légale pour procéder à une enquête complémentaire.

Le 13 décembre 2017, l'Office des étrangers a communiqué les renseignements en sa possession.

Le 11 janvier 2018, l'Officier de l'état civil a décidé de refuser d'acter la cohabitation légale litigieuse au motif qu'il ne pouvait déterminer l'état civil de Madame B.A. dès lors qu'il refusait de reconnaître en droit belge l'acte de divorce par consentement mutuel avant consommation du mariage homologué par le Maroc le 29 décembre 2016 visant à dissoudre l'union de Madame B.A. et de Monsieur E., célébrée au Maroc le [...] 2015.

Le 17 janvier 2018, Madame B.A. a fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire, résidant en Belgique au-delà du délai autorisé par le visa.

Par citation du 23 février 2018, les actuels appellants ont introduit, devant le premier juge, un recours contre cette décision, en demandant:

- d'ordonner à l'Officier de l'état civil d'acter leur déclaration de cohabitation légale, endéans les 15 jours de la signification du jugement,
- sa condamnation aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.

Par son jugement dont appel, rendu contradictoirement le 29 octobre 2018, le premier juge a dit la demande originaire recevable mais non fondée, en a débouté les actuels appellants, leur a délaissé leurs dépens et les a condamnés aux dépens de l'actuelle partie intimée, taxés à la somme de 1.440 euros.

Le premier juge a considéré en substance, à la suite de l'Officier de l'état civil, que:

- Monsieur D.P. et Madame B.A. n'apportaient pas la preuve que le principe d'égalité entre le mari et la femme avait été respecté dans le cadre du divorce de Madame B.A.,
- il fallait dès lors vérifier si les conditions prévues par l'article 57, §2 du Code de droit international privé étaient réunies,
- Madame B.A. réside en Belgique de manière permanente sur le territoire belge depuis son arrivée par le biais du visa court séjour délivré par les autorités espagnoles au Maroc,

- or, la Belgique, pays de résidence effective de Madame B.A., ne reconnaît pas le forme du divorce visée dans l'acte litigieux (divorce par consentement mutuel avant consommation du mariage) de sorte que l'acte ne peut être reconnu en Belgique.

II. Objet de l'appel

Par leur appel, Monsieur D.P. et Madame B.A. sollicitent la réformation du jugement entrepris et réitèrent leur demande originale.

L'intimé demande quant à lui la confirmation du jugement dont appel et la condamnation des appellants aux frais et dépens de l'instance d'appel.

III. Recevabilité de l'appel

Le jugement entrepris ayant été signifié le 17 décembre 2018, l'appel, régulier en la forme et introduit dans le délai légal est recevable, ce qui n'est du reste pas contesté.

IV. Motivation de la cour

A. *L'article 57 du Code de droit international privé*

L'article 57 du Code de droit international privé énonce ce qui suit:

« § 1^{er}. Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique.

§ 2. Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes:

- 1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi;
- 2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
- 3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
- 4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage;
- 5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance ».

Il convient de vérifier dans un premier temps, sur base d'une appréciation *in concreto* de la situation des parties, si cette disposition s'applique en l'espèce.

Le Code marocain de la famille connaît différentes formes de divorce. Le divorce par consentement mutuel permet aux deux époux, suivant l'article 114 dudit code, de se « mettre d'accord sur le principe de mettre fin leur union conjugale, soit sans conditions, soit avec conditions, sous réserve que celles-ci ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent code et ne portent pas préjudice aux droits des enfants ».

La procédure se déroule comme suit: « l'acte d'accord dressé par les adouls est présenté devant le tribunal par les deux conjoints ou l'un d'eux aux fins d'obtenir l'autorisation de l'instrumenter. Si le tribunal ne parvient pas à concilier les époux, il autorise que soit pris acte du divorce. (...) l'intervention du juge se limite à une autorisation donnée à priori et à une homologation de l'acte passé par les adouls»¹

¹ C. Henricot, « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », J.T. 2011, n°6449, p. 645.

Il faut encore préciser que l'indication que le divorce intervient avant ou après la consommation du mariage n'est pas un mode particulier de dissolution du mariage. Cette précision n'a en réalité d'intérêt qu'en ce qui concerne la dot: la dot n'est acquise à l'épouse qu'en cas de consommation du mariage. Cette mention n'a donc d'utilité qu'au regard des droits pécuniaires de l'épouse.²

Il ressort des pièces déposées par les parties et de leur traduction que:

- Madame B.A. et Monsieur E. se sont mariés selon acte de mariage du 8 décembre 2015,
- le 18 janvier 2016, Madame B.A. et Monsieur E. ont conclu un accord concernant leur divorce par consentement mutuel; cet accord n'est pas produit mais son contenu est repris dans les actes subséquents; aux termes de cet accord, Madame B.A. a renoncé à tous ses droits consécutifs au divorce et a déclaré que son mariage n'avait pas été consommé et Monsieur E. a également renoncé à tous ses droits à l'égard de son épouse,
- le 19 janvier 2016, ils ont présenté une requête auprès du tribunal de première instance de Tanger, sollicitant l'autorisation de divorcer par consentement mutuel vu l'impossibilité de cohabitation,
- le 2 février 2016, les deux époux ont comparu et ont confirmé leur volonté de divorcer par consentement mutuel,
- par décision du 2 février 2016, le tribunal a constaté l'échec de la réconciliation et a autorisé les époux à « notarier » l'acte de divorce auprès de deux adouls,
- le 29 décembre 2016, Monsieur E. a comparu devant les deux adouls; Madame B.A. était représentée par son frère en vertu d'une procuration légalisée, ce qui est une pratique admise en droit marocain,³
- le 10 janvier 2017, le tribunal de première instance de Tanger rappelle que « *les époux peuvent se mettre d'accord sur le principe à mettre fin à la relation conjugale, sans conditions, ou avec des conditions suivant le code de la famille* »; il a constaté le divorce par consentement mutuel avant consommation du mariage et a fixé les conditions de l'accord comme suit:
 - désistement des deux époux sur la demande de l'un vis-à-vis de l'autre quant aux droits découlant du divorce,
 - dépens é la charge des deux époux.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que:

- le mariage n'a duré que quelques semaines,
- Madame B.A. et Monsieur E. ont comparu devant le tribunal le 2 février 2016, lequel a pu, après avoir constaté l'échec de la réconciliation, recueillir leur accord et leur volonté de divorcer,
- sans faire mention expresse à l'article 114 du Code marocain de la famille, ce qui en soi n'est pas significatif dès lors que cette carence dans les jugements marocains est quasi systématique,⁴ le jugement du 10 janvier 2017 en reproduit toutefois expressément les termes,
- l'accord de Madame B.A. a été réaffirmé à plusieurs reprises: dans le procès-verbal d'accord du 18 janvier 2016, dans la requête déposée conjointement le 19 janvier 2016, à l'audience du 2 février 2016 et devant les adouls le 29 décembre 2016,
- l'accord prévoit une renonciation réciproque des époux aux droits découlant du divorce et un partage des dépens.

Madame B.A. a réaffirmé à l'audience du 6 mai dernier devant la cour que sa volonté était bien de divorcer de Monsieur E.

² C. Henricot, op. cit., p. 647.

³ C. Henricot, op. cit., p. 648.

⁴ C. Henricot, op. cit., p. 646.

Il ne ressort dès lors pas des éléments soumis à l'appréciation de la cour que le principe d'égalité homme/femme n'aurait pas été respecté, ni que les droits de la défense de Madame B.A. auraient été bafoués.

Il s'en déduit que l'article 57 du Code de droit international privé ne s'applique pas à l'acte litigieux. Madame B.A. doit dès lors être considérée comme valablement divorcée.

Aucun autre motif de refus n'étant allégué par l'Officier de l'état civil, il y a lieu de faire droit à la demande originale des appelants d'acter leur déclaration de cohabitation légale.

B. L'exécution provisoire

Les appelants sollicitent en termes de conclusions de « *déclarer le jugement exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans offre de caution ou cantonnement* ».

Cette demande est superflue dès lors que le pourvoi en cassation n'a pas d'effet suspensif et que le présent arrêt est prononcé contradictoirement.

C. Les dépens

Les appelants demandent que l'Officier de l'état civil soit condamné à l'indemnité de procédure liquidée à son montant de base, soit 1.440 euros tandis que celui-ci demande de voir réduire l'indemnité de procédure à son montant minimal, soit 90 euros.

Si aux termes de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁵, l'autorité publique agissant dans l'intérêt général d'une part, et le particulier d'autre part, doivent être traités de la même manière en ce qui concerne la débition de l'indemnité de procédure, il n'en demeure pas moins que lorsque l'Officier de l'Etat civil décide de refuser d'enregistrer une déclaration de cohabitation légale, il ne poursuit aucun intérêt personnel mais intervient dans le cadre de la sauvegarde de l'ordre public, en dehors de toute poursuite d'un quelconque gain financier.

L'Officier de l'état civil doit pouvoir exercer son action en toute indépendance, sans que son pouvoir d'appréciation puisse être influencé par le poids d'un risque financier significatif lié à une éventuelle procédure. A cet égard, il doit être tenu compte de l'ampleur du contentieux.⁶

Il ne ressort d'aucun élément que la décision de refus relèverait d'une appréciation fautive; elle a d'ailleurs été confirmée par le premier juge.

Compte tenu de ces éléments, la cour estime que liquider l'indemnité de procédure au montant de base, soit 1.440 euros, engendrerait une situation manifestement déraisonnable en ce qu'elle ferait peser sur la collectivité un risque financier considéré comme trop important eu égard à la nature extrapatrimoniale du présent litige, à l'objet même des fonctions d'Officier de l'Etat civil et à la masse importante de dossiers que représente ce contentieux des refus d'enregistrement des déclarations de cohabitation légale.

L'indemnité de procédure tant en première instance qu'en degré d'appel doit dès lors être réduite, non pas au minimum légal, mais à la somme que la cour arbitre en équité à 500 euros par instance.

⁵ C. Const., 21 mai 2015, arrêt n° 68/2015, point B.11.

⁶ Civ. Bruxelles (réf), 10 février 2009, J.T. 2009, p. 294.

PAR CES MOTIFS,

La cour, statuant contradictoirement, dans les limites de sa saisine,

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

Entendu Monsieur l'Avocat général Alain Lescrenier, en son avis verbal donné sur-le-champ à l'audience du 6 mai 2019,

Reçoit l'appel et le dit fondé;

Met à néant le jugement entrepris sauf en ce qu'il a reçu la demande originaire;

Statuant par voie de dispositions nouvelles pour le surplus, dit la demande fondée et en conséquence:

- ordonne la mainlevée de la décision de refus d'acter la déclaration de cohabitation légale entre Madame B.A. et Monsieur D.P. prise par l'Officier de l'Etat civil de la Ville d'Ath en date du 11 janvier 2018,
- condamne l'Officier de l'Etat civil de la Ville d'Ath à acter et à enregistrer la déclaration de cohabitation légale entre Madame B.A. et Monsieur D.P.

Condamne l'Officier de l'état civil de la ville d'Ath aux dépens des deux instances de Monsieur D.P. et Madame B.A., taxés à la somme de 1.574,37 euros (citation: 324,37 + requête appel: 250 + IP: 500 euros x 2).

Délaisse à l'Officier de l'état civil de la ville d'Ath ses propres frais et dépens.

Ainsi signé par Madame Muriel Hanssens, Président, Monsieur Thierry Delafontaine, Conseiller et Madame Dima Karadsheh, Conseiller qui ont délibéré de la cause ainsi que par Madame Lucrèce Dufrasne, Greffier délégué.

Et prononcé en audience publique par la trente-quatrième chambre de la Cour d'appel de Mons, le 3 juin 2019 par et en la présence de Madame Muriel Hanssens, Président et Lucrèce Dufrasne, Greffier délégué.

Rechtbank van eerste aanleg Brussel (Ned.), vonnis van 9 maart 2020

Arbitrage – Internationale bevoegdheid – Overeenkomst – Plaats van arbitrage – Artikel 1676, § 7 Ger.W. – Impact van de rechtskeuze

Arbitrage – Compétence internationale – Contrat – Lieu de l’arbitrage – Article 1676, § 7 C. Jud. – Effet du choix de la loi

In de zaak van

De nv I.E.C., met ondernemingsnummer [...] en maatschappelijke zetel te [...],

Eisende partij,

Vertegenwoordigd door mr. Gregory Grouwels en mr. Benoit Samyn, advocaten met kantoor gevestigd te 1150 Brussel, Tervurenlaan 270.

Tegen

A.B. SA, vennootschap naar Luxemburgs recht, met vennootschapszetel te [...] (Groothertogdom Luxemburg), [...] en ingeschreven in het handels-en vennootschapsregister te Luxemburg onder het nummer [...],

Verwerende partij,

Vertegenwoordigd door mr. Roel Fransis en mr. Zoé Stenuit, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3.

I. Procedure

1. De rechtbank heeft kennis genomen van de stukken van de rechtspleging, in het bijzonder van:
 - De “dagvaarding tot vernietiging arbitrale uitspraak”, op verzoek van de nv I.E.C. betekend aan A.B. SA op 4 oktober 2019,
 - De “syntheseconclusie”, voor de nv I.E.C. ter griffie neergelegd op 2 januari 2020,
 - De “syntheseconclusie”, voor A.B. SA neergelegd ter griffie op 16 januari 2020,
 - Het stukkenbundel [...], voor A.B. SA neergelegd ter griffie op 16 januari 2020,
 - Het stukkenbundel [...], voor de nv I.E.C. neergelegd ter griffie op 27 januari 2020.
2. Op de openbare zitting van 17 februari 2020:
 - heeft mr. Jasmina Sadek gepleit voor de nv I.E.C.,
 - hebben mr. Roel Fransis en Jirte Forier gepleit voor A.B. SA,
 - werd de heer V.B. gehoord in zijn verklaringen en opmerkingen,
 - heeft mr. Patrick Kindt gepleit voor de nv F.,
 - werden de debatten gesloten,
 - werd de zaak in beraad genomen.
3. De procedure verliep met inachtneming van de toepasselijke bepalingen van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

II. Feiten

1. Tussen partijen werd op 3 juli 2019 een arbitrale uitspraak gewezen.

In de overeenkomst waarbij werd vastgelegd dat geschillen zouden worden beslecht bij arbitrage, is er niets expliciet bepaald inzake de plaats waar de arbitrage zou worden gevoerd (punt 19 van de algemene voorwaarden bepaalt wel dat de plaats van arbitrage zal worden bepaald in de ‘documenten van de overeenkomst’, maar er kan niet vastgesteld worden dat dat effectief gebeurde, in tegendeel: artikel 9 van de overeenkomst tussen partijen sluit de toepassing van dat punt 19 uit en bevat zelf een arbitrageclausule waarin geen plaats van arbitrage wordt vastgelegd).

De partijen onderwierpen hun contractuele verhouding aan de toepassing van het Belgische recht. De arbitrage zou gebeuren in de schoot van het “International Court of Arbitration” (“Internationaal Arbitraal Hof”) van de “International Chamber of Commerce” (“Internationale Kamer van koophandel”) en werd onderworpen aan de arbitrageregels van die Internationale Kamer van Koophandel, versie 2017. De arbitrage zelf werd aldus niet onderworpen aan de procedureregels van het Belgische Gerechtelijk Wetboek.

2. In de loop van de arbitrageprocedure deelde de nv I.E.C. mee dat zij de plaats van arbitrage in België gelegd wenste te zien, terwijl A.B. SA Luxemburg naar voren schoof.

Uit de arbitrale beslissing van 3 juli 2019 [...] blijkt dat de arbiter op 20 december 2018 besliste dat de plaats van arbitrage Amsterdam, Nederland, zou zijn en dat die beslissing bij brief van 21 december 2018 aan de partijen werd meegedeeld. De brief van 21 december 2018 is niet aanwezig in de stukken.

In het beschikkend gedeelte van de arbitrale beslissing van 3 juli 2019 werd als plaats van arbitrage aangegeven: Amsterdam.

3. De nv I.E.C. wil de arbitrale beslissing van 3 juli 2019 laten vernietigen. Zij startte daartoe op 4 oktober 2019 een procedure in zowel Amsterdam, Nederland, als voor deze rechtsbank.

III. Vorderingen

Het voorwerp van de eis van de nv I.E.C. is de vernietiging van de arbitrale uitspraak van 3 juli 2019. In de huidige stand beperken partijen de discussie evenwel tot de vraag of deze rechtsbank internationaal bevoegd is om over die kwestie te beslissen. Beide partijen begroten de rechtsplegingsvergoeding op € 1.440,00.

IV. Beoordeling

1. Artikel 1676, § 7, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat - eens de plaats waar de arbitrage wordt (werd) gevoerd, bepaald is - de Belgische rechtsbanken slechts bevoegd zijn inzake die arbitrage indien de partijen dat overeengekomen zijn of indien de plaats van arbitrage in België is gelegen.

Partijen zijn het erover eens dat die eerste bevoegdheidsgrond niet voorligt: zij kwamen niet overeen het huidige geschil of andere geschillen inzake de arbitrage aan de Belgische rechters voor te leggen.

Bijgevolg is de enige grond op basis waarvan deze rechtsbank zou kunnen oordelen over de door de nv I.E.C. ingestelde vordering, de vaststelling dat de arbitrage plaats vond in België.

2. De arbiter heeft op 20 december 2018, minstens in de arbitrale beslissing van 3 juli 2019, beslist dat de plaats van arbitrage in Amsterdam, Nederland ligt.

Dat gegeven ligt vast - er kan niet anders dan vastgesteld worden dat de arbitrage moet geacht worden in Amsterdam, Nederland te zijn gevoerd. Dat werd immers bepaald in de arbitrale beslissing, conform de bevoegdheid die de arbiter daartoe had krachtens het toepasselijke arbitragereglement.

3. Zelfs al zou die beslissing foutief, aanvechtbaar of vernietigbaar zijn, of in strijd met een andersluidende (door de arbiter geschonden) overeenkomst tussen de partijen, dan nog neemt dat niet weg dat de huidige situatie is en blijft dat de plaats van arbitrage Amsterdam, Nederland, was.

Deze rechtbank mag en kan haar eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van de arbiter en kan niets in de arbitrale beslissing wijzigen of buiten beschouwing laten - zelfs niet indien het recht van verdediging of regels van openbare orde zouden zijn geschonden in de arbitrale procedure (wat wordt aangevoerd, maar niet verder wordt onderzocht). Het komt immers enkel aan de internationaal bevoegde rechtbanken toe om dat te doen.

Er anders over oordelen, zou een rechtsmiddel tegen een onderdeel van een arbitrale beslissing (namelijk de plaatsbepaling) invoeren zonder enige wettelijke basis daarvoor.

Het zou evenzeer de internationale bevoegdheidsregel van artikel 1676, § 7, van het Gerechtelijk Wetboek sterk onder druk zetten. Indien men zou toelaten de arbitrale beslissing inzake de (bepaling van de) plaats van arbitrage ter discussie te stellen en te laten beoordeelen door (een in beginsel niet internationaal bevoegde) rechtbank, zou die rechtbank zich al over een onderdeel van de arbitrale beslissing uitspreken - en die mogelijkwijze vernietigen om zichzelf, tegen de wet in, internationale bevoegdheid aan te meten en zo ook de andere aspecten van de arbitrale beslissing te onderzoeken.

Het zou de rechtszekerheid inzake de internationale bevoegdheid in het gedrang brengen en tevens, afhankelijk van de internationale bevoegdheidsregels in andere landen, risico's op parallelle procedures en forumshopping meebrengen. Er kan aangenomen worden dat die risico's reëel zijn, nu de plaats van arbitrage de logische basisregel is voor het openen van bevoegdheid voor de gewone rechtscolleges van het betrokken land. De regel van artikel 1676, § 7, van het Gerechtelijk Wetboek kan, wat betreft de aanknopingsplaats van arbitrage, beschouwd worden als een (virtuele) multilaterale bevoegdheidsregel wegens het feit dat in alle landen zonder twijfel eenzelfde bevoegdheidsregel gehanteerd wordt.

Deze zaak vormt precies een illustratie van het bovenstaande, nu de nv I.E.C. ook in Nederland een vernietigingsprocedure startte.

4. Er moet besloten worden dat geen van de twee gronden voor internationale bevoegdheid voor de Belgische rechtbanken van artikel 1676, § 7, van het Gerechtelijk Wetboek aanwezig is. Er zijn ook geen andere gronden op basis die de Belgische rechters internationale bevoegdheid verlenen voor de door de nv I.E.C. ingestelde vordering. Deze rechtbank moet zich bijgevolg onbevoegd verklaren.

5. Zoals gezegd, kan deze rechtbank de beslissing van de arbiter om de plaats van arbitrage in Amsterdam te leggen, niet onderzoeken of ter zijde schuiven. De vraag of partijen al dan niet impliciet overeenkwamen de plaats van arbitrage in België te lokaliseren, speelt dan ook geen rol en moet niet onderzocht worden.

Er zij ten overvloede op gewezen dat een rechtskeuze iets anders is dan een forumkeuze of een bevoegdheidsbepaling en dat het eerste in beginsel niets zegt over het tweede. Uit het loutere feit van een rechtskeuze kan niets besloten worden omtrent de plaats van procederen, zoals de nv I.E.C. verkeerdelijk voorhoudt.

In het loutere gegeven van de keuze voor Belgisch recht als zijnde toepasselijk op de overeenkomst (maar niet op de arbitrage), kan geen impliciete overeenkomst inzake de plaats van arbitrage gelezen worden.

6. De aard van de op de grond van het geschil toe te passen regelgeving, heeft daarop geen weerslag. Ook al is die van openbare orde of van dwingend recht, dan nog geeft dat de rechtskeuze geen ‘bijkomende dimensie’ - met name een uitvloeisel inzake de plaats van arbitrage.

Die laatste - procedurele - regel, blijft onderworpen aan de toepasselijke procedureregels. Dat zijn in deze zaak de arbitrageregels van de Internationale Kamer van Koophandel. Artikel 18, 1), daarvan stelt dat de arbiter de plaats van arbitrage bepaalt (zonder aan te geven wat daartoe de beslissende of richtinggevende criteria zouden zijn) indien de partijen die niet zelf vastlegden. Dat is precies wat in deze zaak gebeurde: er was geen expliciete, noch impliciete overeenkomst inzake de plaats van arbitrage, zodat de arbiter zelf moest beslissen over de plaats van arbitrage. Het gegeven dat op het geschil Belgisch recht (van dwingend recht of openbare orde) moet toegepast worden, vormt geenszins een hinderpaal voor het situeren van de arbitrage in Nederland.

7. Ten slotte kan de nv I.E.C. niet bijgetreden worden waar zij in haar argumentatie lijkt aan te voeren dat artikel 1717 van het Gerechtelijk Wetboek - bepaling inzake de vernietiging van arbitrale beslissingen - van openbare orde is en daardoor bevoegdheid moet openen voor de Belgische rechtbanken.

Een dergelijke gevolgtrekking kent geen enkel fundament en zou tot het onaanvaardbare en onwerkbare gevolg leiden dat alle arbitrale beslissingen ter wereld in België door Belgische rechters zouden kunnen vernietigd worden.

8. De nv I.E.C. is als in het ongelijk gestelde partij gehouden tot de gerechtskosten.

OM DEZE REDENEN

DE RECHTBANK

Stelt vast dat de bepalingen van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken, zoals gewijzigd, werden toegepast.

Stelt vast dat deze rechtbank geen internationale bevoegdheid heeft om te oordelen over de vordering van de nv I.E.C.

Veroordeelt de nv I.E.C. tot betaling aan A.B. SA van een rechtsplegingsvergoeding van € 1.440,00.

Zegt dat de kosten van dagvaarding en bijdrage aan het fonds juridische tweedelijnsbijstand (€ 1.725,85) ten laste blijven van de nv I.E.C.

Veroordeelt de nv I.E.C. (ondernemingsnummer [...]) tot betaling aan de Belgische Staat van de rolrechten, begroot op € 165,00 en te innen door de FOD Financiën.

Gewezen door de derde kamer, die op de zitting en voor het wijzen van het vonnis samengesteld was uit de heer H. Storme, rechter, en mevrouw C. Kint, griffier, en uitgesproken op de openbare terechting zitting van 9 maart 2020.

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 18 november 2019

Erkenning – Huwelijk – Pakistaans religieus huwelijk – Ahmadi-huwelijk – Artikel 27 WIPR – Vormvoorwaarden – Artikel 47 WIPR – Artikel 21 WIPR – Niet-erkennung huwelijksakte

Reconnaissance – Mariage – Mariage religieux pakistanais – Mariage Ahmadi – Article 27 CODIP – Conditions de forme du mariage – Article 47 CODIP – Article 21 CODIP – Pas de reconnaissance de l’acte de mariage

In de zaak van:

1. De heer **W.A.**, RRN [...], geboren te [...] (Pakistan) op [...] en wonende te 1000 Brussel, [...]
2. Mevrouw **F.A.**, zonder gekend RRN, geboren te [...] (Pakistan) op [...]

Verzoekende partijen, bijgestaan resp. vertegenwoordigd door mr. Pierre Robert, advocaat te 1000 Brussel, Sint-Quentinstraat 3.

In deze zaak, in beraad genomen op 28.10.2019, spreekt de rechtbank het volgende vonnis uit:

I. Procedure

De rechtbank heeft kennis genomen van:

- het eenzijdig verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 11.04.2019;
- de door verzoekers neergelegde stukken;
- de besluiten van verzoekers, neergelegd ter griffie op 09.10.2018;
- het schriftelijk negatief advies van mevrouw Lieve Chrispeels, substituut-procureur des Konings, van 20.06.2019.

Op de openbare zitting van 28.10.2019 hoorde de rechtbank de heer W.A. en mr. Pierre Robert, alsook de heer Stephen Vanden Bossche, substituut-procureur des Konings, in zijn negatief mondeling advies. De rechtbank nam de zaak vervolgens in beraad.

De toepasselijke bepalingen van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werden in acht genomen.

II. Feiten en vordering

Verzoekers vorderen op grond van artikel 27 van het WIPR de erkenning in de Belgische rechtsorde van een buitenlandse authentieke akte, met name hun huwelijksakte opgesteld te [...] (Pakistan) op [...], geregistreerd onder nummer [...] op [...] te [...] (Pakistan).

De heer W.A. is geboren te [...] op [...]. Hij heeft de Pakistaanse en sinds 1998 ook de Belgische nationaliteit en woont in [...]. Mevrouw F.A. is geboren te [...] op [...] en heeft de Pakistaanse nationaliteit. Zij woont in Pakistan.

Op 13.05.2013 diende vrouw F.A. een visumaanvraag gezinsherening in bij de Belgische Vertegenwoordiging te Islamabad naar aanleiding van haar huwelijk afgesloten met de heer W.A. op [...]. Haar visum werd op 02.08.2013 geweigerd met verwijzing naar art. 47 van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (hierna WIPR), dat bepaalt dat de formaliteiten van de huwelijksafsluiting worden beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het huwelijk wordt voltrokken, hier Pakistan, en met de motivering dat het een religieus "Ahmadi-huwelijk" betreft, dat niet wordt erkend door de Pakistaanse autoriteiten. Mevrouw F.A. werd erop gewezen dat zij een nieuwe visumaanvraag kort verblijf kon indienen met als doel om een nieuw huwelijk in België af te sluiten.

Nadien werd geen nieuw visum meer aangevraagd, tot in december 2018 (zie verder).

Op 13.01.2018 leverde het "Ahmadiyya mariage office" (vrij vertaald als Ahmadiyya huwelijkskantoor) te [...] een attest af waarin het aangeeft geen bezwaar te hebben dat verzoekers opnieuw met elkaar zouden huwen volgens de Belgische wet, zonder dat hun huwelijk afgesloten volgens de Ahmadiyya wetgeving zou worden ontbonden, en dat het ook geen bezwaar heeft om het huwelijk in België te laten registreren volgens de Belgische wetgeving.

Datzelfde kantoor verschafte verzoekers eveneens een toelichting dat leden van de Ahmadiyya gemeenschap - een religieuze minderheid in Pakistan - niet het recht hebben om hun huwelijk (Nikah) te laten registreren bij de autoriteiten volgens de bepalingen van de Moslim Familiewet van 1961, aangezien Ahmadi's in art. 260(3) van de Islamitische republiek van Pakistan als "niet-moslims" werden verklaard op grond van een amendement in 1974, zoals ook bevestigd door de hogere gerechtshoven van Pakistan.

Op 22.10.2018 deden verzoekers aangifte van hun huwelijk bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente [...], waarvan hen diezelfde dag een ontvangstbewijs werd afgeleverd. Bij aangetekende brief van 23.10.2018 deelde de ambtenaar van de burgerlijke stand verzoekers mee dat de voltrekking van het huwelijk werd uitgesteld met een termijn van twee maanden na de gevraagde huwelijksdatum (09.11.2018), om toe te laten verder onderzoek te voeren naar de motieven van het huwelijk. De procureur des Konings verlengde deze termijn met een bijkomende termijn van 3 maanden, waarvan verzoekers bij aangetekende brief van 06.11.2018 werden in kennis gesteld.

Op vraag van de procureur des Konings vond er een politieel onderzoek plaats, in het kader waarvan de heer W.A. werd verhoord op 21.12.2018. Zijn verklaring werd als volgt genoteerd:

"In 2000 heeft mijn vader W. mij naar België gebracht. Tot mijn veertiende woonde ik in mijn geboortedorp [...] in Pakistan. In België heb ik deeltijds onderwijs gevolgd in [...] en [...]. Ik heb dan enige tijd in de [...] gewerkt, ook bij [...]. Nu werk ik bij [...] te [...] als vertegenwoordiger. De baas N.R. betreft een vriend. Mijn bruto maandwedde is zo'n € 1.700. Mijn broer en zus wonen ook hier in België. Mijn papa is vorig jaar gestorven na een slepende ziekte (ALS), mijn stiefmoeder woont hier nog."

"Ik ben Ahmadi moslim wat de overheersende religie is in Pakistan. Ik beschouw mezelf als héél gelovig en bidt elke dag. Op een bepaald ogenblik, rond 2007, zei mijn vader W. me dat hij een vrouw voor mij had gevonden. Dit betrof F.A., ik ken haar geboortedatum niet van buiten, maar ik had haar wel eerder gezien bij familiebezoeken, het betreft een verre nicht. Dit gebruik is nog alomtegenwoordig in onze cultuur, ik kon mij echt wel vinden in zijn keuze, F.A. is een knappe vrouw, die ook inzake intelligentie en religie bij mij past. F.A. is zelf nooit gehuwd geweest en heeft ook geen kinderen. De bedoeling was dat we ons in 2007 naar daar zouden begeven voor het huwelijk, doch door de ziekte van mijn papa werd alles enigszins vertraagd. Voorafgaand het huwelijk had ik enkele malen contact met F.A. via de telefoon. We communiceren in het Urdu, de meest gesproken taal in Pakistan. Ik ondervond dat F.A. ook enthousiast was om me weer te ontmoeten. Ik begaf me dan, eind 2007 (met een vriend) naar Pakistan voor het huwelijk."

(...)

Als cadeau had ik voor F.A. Belgische chocolade mee en een handtas. Ik werd er goed onthaald en het klikte goed tussen F.A. en mezelf. Ze was zeker bereid om met mij te huwen. Ik heb echt de kans gehad om me alleen met haar te onderhouden en niets wees erop dat ze onder enige dwang stond. Er was geen sprake van een bruidsschat, er werd ook niet over geld gesproken. De ring van F.A. werd betaald door de stiefmoeder van F.A., mijn ring werd betaald door een neef van mij (hij zegende later als imam het huwelijk in).

Ter plaatse ging de ceremonie door in de ouderlijke woning van F.A., ook in [...]. De feestelijkheden waren vooral georganiseerd door de ouders van F.A. Er waren zo'n 20 à 30 genodigden, vooral familie. De aanwezige imam (mijn neef) zegende het 'Ahmadi' huwelijk in. Het huwelijk dient eigenlijk in drie stappen te gebeuren, tot nog toe hebben wij slechts één stap volbracht, namelijk de 'nikha', dus de ceremonie bij haar thuis. De resterende stappen, dus de ceremonie aan ons 'oud' ouderlijk huis en een feest voor de vrienden en familie dient nog te gebeuren. Dit zal eventueel doorgaan als ik de documenten voor F.A. in orde krijg. Ik overhandig u een paar foto's van haar en de plechtigheid.

Intussen namen we stappen om F.A. naar België te laten komen, maar dit werd niet aanvaard. Eén reden was dat het 'Ahmadi' huwelijk niet volledig voltrokken werd en ik hier niet werkte op basis van een vast contract.

Tussen 2007 en nu ben ik dan nog éénmaal over en weer gereisd (met een vriend) naar Pakistan om mijn vrouw te gaan bezoeken. Ik zou haar wel meer gaan bezoeken maar financieel is dit niet haalbaar. F.A. werkt nog niet, zij woont nog in bij haar ouders. We hebben zeker de intentie om samen, hier in België, een duurzame relatie uit te bouwen. Het feit dat we zo lang op mekaar wachten is juist een teken dat wij beiden het menen. Intussen houd ik vooral contact met haar via WhatsApp. De bedoeling is om samen in [...] te gaan samenwonen. Intussen spreekt ze al vrij goed Engels en de bedoeling is van ook Nederlands te leren. Indien ze mag overkomen mag ze zeker hier ook gaan werken.".

Op 20.12.2018 vroeg mevrouw F.A. een visum aan met het oog op de huwelijksvoltrekking in België.

De heer W.A. reisde op [...].01.2019 voor twee maanden naar Pakistan, waar verzoekers een huwelijksviering hielden in aanwezigheid van familie op [...].02.2019.

Op 08.02.2019 liet de raadsman van verzoekers de Belgische ambassade te Islamabad weten dat beide verzoekers zich in Pakistan bevonden en zich naar de ambassade konden begeven voor een verhoor. De ambassade antwoordde op 05.03.2019 dat de visumaanvraag in behandeling was.

De procureur des Konings leverde inmiddels een negatief advies af voor het voorgenomen huwelijk in België, op basis van de volgende elementen:

- mevrouw F.A. is de nicht van de heer W.A.,
- zij zijn in 2007 in Pakistan gehuwd volgens de Ahmadi-regels, en dit na slechts enkele telefonische contacten, en hebben elkaar pas voor het eerst ontmoet enkele dagen voor het huwelijk, zij het steeds in het bijzijn van derden,
- het Ahmadi-huwelijk wordt in België niet erkend,
- sinds het huwelijk in 2007 is de heer W.A. slechts eenmaal naar Pakistan afgereisd,
- mevrouw heeft slechts eenmaal in mei 2013 een visumaanvraag gezinsherening ingediend, die geweigerd werd,
- er is een grote financiële ongelijkheid tussen partijen; mevrouw heeft geen enkel inkomen op dit ogenblik en zou bij het afreizen naar België volledig afhankelijk zijn van de heer W.A.,
- partijen hebben geen gedeeld sociaal leven en geen gedeelde levensmomenten.

Op 11.03.2019 weigerde de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente [...] om het huwelijk te voltrekken, waarvan de Dienst Vreemdelingenzaken de raadsman van verzoekers op 21.03.2019 op de hoogte bracht. Op 22.03.2019 weigerde DVZ het visum kort verblijf van mevrouw F.A., omdat het doel en de voorwaarden van het voorgestelde verblijf niet gerechtvaardigd werden, nu de huwelijksvoltrekking was geweigerd op 11.03.2019.

Op 11.04.2019 legden verzoekers een eenzijdig verzoekschrift neer bij deze rechtbank om hun in Pakistan afgesloten huwelijk in België te erkennen op grond van art. 27 WIPR, wat aanleiding gaf tot deze procedure. Tegelijkertijd legden zij ook een verzoekschrift neer waarin zij verhaal instelden tegen de weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand, wat een afzonderlijke (tegensprekelijke) procedure betreft.

III. Beoordeling

Bevoegdheid

Artikel 27 WIPR bepaalt dat een buitenlandse authentieke akte in België wordt erkend door alle overheden zonder dat een beroep moet worden gedaan op enige procedure, indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens het WIPR toepasselijk recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21. De akte moet voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de Staat waar zij is opgesteld, nodig zijn voor haar echtheid.

Verder bepaalt artikel 27 WIPR dat ingeval de overheid weigert de geldigheid van de akte te erkennen, beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23. Het beroep wordt ingesteld bij de familierechtbank indien de buitenlandse authentieke akte een bevoegdheid als bedoeld in artikel 572bis Ger. W. betreft, zoals onder meer een vordering inzake de staat van personen (zoals hier het huwelijk).

De rechtbank van eerste aanleg te Brussel is territoriaal bevoegd om kennis te nemen van de vordering, dit op grond van artikel 23, § 2 van het WIPR, gelet op de woonplaats van de heer W.A. te [...].

Ontvankelijkheid

De vordering van verzoekers werd in de juiste vorm ingesteld, met name bij eenzijdig verzoekschrift conform de artikelen 1025 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek, en is ontvankelijk.

Beoordeling ten gronde

Verzoekers leggen hun gelegaliseerde huwelijksakte neer, opgesteld op [...].12.2007 te [...], geregistreerd onder nummer [...] op [...] te [...] (Pakistan), met beëdigde vertaling. Zij leggen ook een gelegaliseerd huwelijkscertificaat neer afgeleverd op 30.05.2012, waarin wordt bevestigd dat verzoekers op [...] voormeld huwelijk (Nikah) afsloten.

Opdat een buitenlandse huwelijksakte in België kan worden erkend, vereist artikel 27 WIPR dat de rechtsgeldigheid ervan wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens het WIPR toepasselijk recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21 WIPR.

Voor de rechtsgeldigheid van het huwelijk is enerzijds vereist dat aan de grondvoorraarden is voldaan en anderzijds dat de vormvereisten in acht werden genomen.

Artikel 46 WIPR bepaalt dat, onder voorbehoud van artikel 47, de voorwaarden voor de geldigheid van het huwelijk voor elke echtgenoot worden beheerst door het recht van de Staat waarvan hij bij de voltrekking van het huwelijk de nationaliteit heeft.

Dit betekent dat de grondvoorwaarden voor elke echtgenoot moeten worden beoordeeld op grond van zijn nationale wet. Mevrouw F.A. heeft de Pakistaanse nationaliteit en de heer W.A. heeft zowel de Pakistaanse als de Belgische nationaliteit (sinds [...]), dus ook ten tijde van de huwelijksvoltrekking, zodat de grondvoorwaarden voor het huwelijk moeten worden beoordeeld op basis van het Pakistaanse recht voor mevrouw F.A. en het Belgische recht voor de heer W.A.

Volgens artikel 47 WIPR worden de vormvereisten voor de voltrekking van het huwelijk beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het huwelijk voltrokken wordt en bepaalt dit recht met name of en volgens welke nadere regels:

1. het huwelijk in die Staat vooraf moet worden aangegeven en afgekondigd;
2. de akte van huwelijk in die Staat moet worden vastgesteld en overgeschreven;
3. het voor een godsdienstige instantie gesloten huwelijk rechtsgevolgen heeft;
4. het huwelijk bij volmacht kan plaatsvinden.

Artikel 18 WIPR omschrijft het begrip "wetsontduiking" en bepaalt dat er geen rekening kan worden gehouden met feiten en handelingen gesteld met het enkele doel te ontsnappen aan de toepassing van het door het WIPR aangewezen recht.

Artikel 21 WIPR bepaalt dat de toepassing van een bepaling uit het door het WIPR aangewezen buitenlands recht wordt geweigerd voor zover zij tot een resultaat zou leiden dat kennelijk onverenigbaar is 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 de toepassing van dat buitenlands recht zou meebrengen. Wanneer een bepaling van buitenlands recht niet wordt toegepast wegens deze onverenigbaarheid, wordt een andere relevante bepaling van dat recht of, indien nodig, van Belgisch recht toegepast.

Bij de legalisatie op 05.04.2013 van de huwelijsakte merkte de Belgische consul op dat het betrokken certificaat een bewijs is van registratie van het huwelijk bij de religieuze overheid en dat het huwelijk niet wordt erkend door de civiele overheden. Bij de legalisatie op 05.04.2013 van het huwelijscertificaat merkte de Belgische consul op dat de akte niet conform is aan art. 47 WIPR, aangezien het afgesloten huwelijk niet conform is aan sectie 1 van de Pakistaanse Moslim Familiewet van 1961 en de Bijzondere Huwelijsakte van 1872.

Het openbaar ministerie verleende een negatief advies voor het verzoek tot erkenning van de huwelijsakte in de Belgische rechtsorde, enerzijds omdat het een in Pakistan niet-erkend Ahmadi-huwelijk betreft en anderzijds omdat uit een geheel van omstandigheden zou blijken dat de intentie van minstens één van de echtgenoten niet is gericht op het totstandbrengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het verkrijgen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde, waarbij de elementen opgenomen in het hiervoor besproken advies aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente [...], worden hernomen.

Verzoekers voeren aan dat zij beide de 'Ahmadi' religie aanhangen, zoals vermeld op hun geboortecertificaten, en in die hoedanigheid gediscrimineerd worden in Pakistan. Sinds de grondwetswijziging van 1974 wordt het begrip 'moslim' in Pakistan gedefinieerd en worden Ahmadi uitgesloten van deze definitie. Het document van Cedoca, de studiedienst van het CGVS, over de Ahmadiyya-gemeenschap, dat verzoekers voorleggen, illustreert de discriminatie van Ahmadi's in

Pakistan op diverse vlakken, zoals op administratief vlak. Over het huwelijk vermeldt dit document het volgende:

"Ahmadi's kunnen niet huwen op basis van de Muslim Family Law Ordinance als gevolg van een grondwetswijziging in 1974 waarbij Ahmadi's tot niet moslims werden verklaard. Zij kunnen ook niet trouwen op grond van de Special Marriage Act 1872. Om die reden hebben de Ahmadi's hun eigen regelgeving uitgevaardigd die wordt aangeduid als de Fiqah-e-Ahmadiyya. Deze is echter nooit officieel erkend in het Pakistaanse rechtssysteem."

Verzoekers wijzen er voorts op dat, hoewel regionale autoriteiten in Pakistan huwelijken afgesloten binnen de Ahmadiyya-gemeenschap meestal niet erkennen, zij wel als echtgenoten worden geregistreerd in een nationale databank door de "NADRA" (*National Database and Registration Authority*, vrij vertaald als de Nationale Databank en Registratie Autoriteit), ingericht bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken van Pakistan, wat ook blijkt uit het door hen voorgelegde "Family Registration Certificate", vrij vertaald als "familie registratie certificaat".

Omwille van deze ambigue situatie en de weigering van DVZ om het in Pakistan afgesloten huwelijk van verzoekers te erkennen, en op basis daarvan een visum voor mevrouw F.A. af te leveren, richten verzoekers zich tot de rechtbank met het verzoek hun in Pakistan afgesloten huwelijk te erkennen op grond van art. 27 WIPR en dit meer bepaald op grond van de openbare orde-exceptie vervat in art. 21 WIPR, waarnaar art. 27 WIPR expliciet verwijst.

Zoals verzoekers zelf ook aangeven in hun verzoekschrift, is het voor Ahmadi's onmogelijk om op rechtsgeldige wijze te huwen in Pakistan, en kan een Pakistaanse huwelijksakte de toets aan art. 47 WIPR bijgevolg niet doorstaan.

De rechtbank is echter van oordeel dat art. 21 WIPR, dat een beschermingsmechanisme ten voordele van het eigen forum uitmaakt, voor dit specifieke probleem geen soelaas kan bieden. De openbare orde-exceptie geeft de Staat waarin de erkenning van een buitenlandse huwelijksakte wordt nagestreefd immers de mogelijkheid om, in uitzonderlijke gevallen, die akte niet te erkennen, hoewel deze rechtsgeldig werd afgesloten in de andere Staat, indien dit tot ongewenste gevolgen zou leiden in de Belgische rechtsorde, en om een andere relevante bepaling van dat recht of, indien nodig, van Belgisch recht, toe te passen.

Dergelijke situatie is hier niet aan de orde, maar wel de tegenovergestelde situatie, met name dat het huwelijk van verzoekers niet wordt erkend volgens de interne rechtsregels van Pakistan, waar het huwelijk werd aangegaan. Het komt de Belgische rechtbanken niet toe om daaraan te remediëren op grond van de exceptie van internationale openbare orde, en bijgevolg het in het buitenland afgesloten huwelijk alsnog te erkennen, zelfs niet indien de buitenlandse wetgeving een discriminerende werking heeft ten aanzien van verzoekers.

De exceptie van openbare orde is immers slechts relevant indien het huwelijk *tot stand kwam* op basis van een bepaling van buitenlands recht die op zich strijdig is met de openbare orde, zoals bijvoorbeeld een polygaam huwelijk, en niet wanneer het *niet tot stand kwam* volgens de bepalingen van het buitenlands recht. Wat volgens het buitenlands recht niet bestaat, kan als zodanig ook niet worden erkend.

Dit neemt echter niet weg dat verzoekers in België eveneens een huwelijksaangifte kunnen indienen, zoals door DVZ al geopperd naar aanleiding van de visumaanvraag in 2013, wat zij uiteindelijk ook deden op 22.10.2018. De weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente [...] om het voorgenomen huwelijk te voltrekken op 11.03.2019 maakt echter niet het voorwerp uit van deze eenzijdige procedure, maar wel van een afzonderlijke, tegensprekelijke procedure.

Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de huwelijksakte van verzoekers, opgesteld op [...] te [...] (Pakistan), geregistreerd onder nummer [...] op [...] te [...] (Pakistan), niet kan worden erkend in de Belgische rechtsorde.

Het verzoek is bijgevolg ongegrond.

De rechtbank legt de kosten van deze eenzijdige procedure ten laste van verzoekers.

OM DEZE REDENEN,

DE RECHTBANK,

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

Doet uitspraak in eerste aanleg en op eenzijdig verzoekschrift.

Gezien het schriftelijk negatief advies van mevrouw Lieve Chrispeels, substituut-procureur des Konings, van 20.06.2019 en gehoord het mondeling advies van de heer Stephen Vanden Bossche, substituut-procureur des Konings, gegeven op de zitting van 28.10.2019, waarop partijen konden repliceren.

Verklaart het verzoek van de heer W.A. en mevrouw F.A. ontvankelijk maar ongegrond.

Veroordeelt heer W.A. en mevrouw F.A. tot de kosten van het geding begroot op 165€ rolrechten hetzij 82,5€ voor ieder van de verzoekende partijen te innen door de FOD Financiën en 40€ bedoeld in artikel 4, § 2, van de wet van 19 maart 2017 tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand, hetzij 20€ voor elke van de verzoekende partijen;

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechting van de 31ste kamer van de Familierechtbank bij de Nederlandstalige Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel, op 18 november 2019

waar aanwezig waren en zitting namen:

Mevrouw K. Verelst: rechter bij de Familie- en Jeugdrechtbank

Mevrouw A. De Cooman: griffier.

RECHTSLEER/DOCTRINE

Sarah Den Haese and Hester Kroeze (Ghent University) – The ‘Right’ of a Child Placed under *Kafala* Care to Reside within the EU with his Guardian(s): The Emergence of a European Family Law? Case note to *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section (C-129/18)*

I. Introduction

1. The present case note examines the implications of the CJEU case *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.¹ *SM* concerns the question whether a child placed in *kafala* care can be regarded as a family member under European law for the purpose of family reunification in the context of free movement rights under Directive 2004/38.² *Kafala* is a child protection measure and the recognition of a *kafala* agreement is governed by the 1996 Hague Child Protection Convention.³ Algeria is not a Contracting Party to this Convention. Consequently, the recognition of *kafala* agreements from Algeria is dealt with by domestic private international law rules. Neither the 1996 Hague Child Protection Convention, nor the domestic private international law rules, however, deal with the consequences in terms of residence rights, which impact the right of EU citizens and their family members to move and reside freely within the EU. A tension thus exists between the interest of the State to determine which personal status it recognizes under private international law and the rights it attaches to this recognition, and the interest of the EU to ensure the effectiveness of EU free movement rights. The judgment of the CJEU in *SM* illustrates this tension, as well as the difficulty to appropriately assess which approach is best to guarantee the interest and protection of the child placed under *kafala*. After having clarified the notion of *kafala* (2), the facts of *SM* (3) and the preliminary questions (4), this case note discusses the reasoning of the Advocate General (5) and the European Court of Justice (6). The analysis focuses on the impact of the CJEU’s judgment in *SM* on the competence of the EU’s Member State to decide on the recognition of personal status obtained abroad, and the role of fundamental rights protection in the development towards a European family law (7). Both private international law and European law are taken aboard in this analysis.

II. Kafala: a child protection measure

2. *Kafala* is a type of long-term legal guardianship under Islamic law with the aim of protecting children, who are either abandoned or whose parents are unable to care for him/her/*.⁴ In the Algerian Family Code (Articles 116-125), “*kafala is defined as a legal act by virtue of which the kafil undertakes*

* Sarah Den Haese is a PhD Candidate at the Institute for Private International Law, Ghent University; Hester Kroeze is a PhD Candidate at the Ghent European Law Institute, Ghent University. Both authors are affiliated with the Centre for the Social Study of Migration and Refugees at Ghent University (<https://www.ugent.be/cessmir/en>).

¹ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*.

² Directive 2004/38 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

³ Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children ('1996 Hague Child Protection Convention'), entry into force 1 January 2002 (see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>).

⁴ C. Schuin, “What about the makfuls? Kafala, the Family Reunification Directive and Children’s Rights”, <https://leidenlawblog.nl/articles>, Article posted on 11 July 2019.

*to provide maintenance, education and protection for the makfoul as a father would do for his child*⁵. *Kafala* is agreed before a judge or a notary⁶ and always takes into account the child's best interests. Only Muslims can be granted *kafala*.⁷ *Kafala* cannot simply be equated to adoption, which in most Islamic Countries is prohibited by law,⁸ because under Islamic law, the (legal) relationship between a child and his/her/* parents can never be ruptured.⁹ Since *kafala* does not create a relationship of filiation¹⁰, it does not award the child with a right to automatically inherit from the *kafil*¹¹. The *kafil* may, however, transfer assets to the child either by gift or legacy but the transfer can never exceed one third of their estate.¹² *Kafala* comes to an end when the child attains the age of majority and may be revoked earlier at the request of the biological parents or the guardian.¹³ In the *Harroudj v. France*¹⁴ case and *Loudoudi v. Belgium*¹⁵ case, the ECtHR made it very clear that although the relationship between a child placed in *kafala* care and the person(s) acting as the child's parent(s) falls under the notion 'family life', Member States of the Council of Europe are under no obligation to convert *kafala* into a (full or simple) adoption.

3. An argument not to recognize *kafala* in Western States is that the requirements to obtain custody in the *kafala* system are more lenient than those that apply to adoption.¹⁶ However, due to the fact that the EU and its Member States have the international obligation to protect the rights of children under the Convention on the Rights of the Child ('CRC')¹⁷ and the 1996 Hague Child Protection Convention¹⁸, which include *kafala* as a child protection measure, Member States have to award

⁵ M. Guénon, "Algeria" in N. Yassari, L.-M. Möller and M.-C. Najm (eds.), *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, The Hague, Springer, 2019 (45) 58. The person or family taking care of the child is called the *kafil*, while the child in need of protection is known under the notion *makfoul*.

⁶ Article 117 of the Algerian Family Code (Opinion of Advocate-General (A-G) Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, SM, § 18).

⁷ Article 118 of the Algerian Family Code (Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, SM, § 18).

⁸ Adoption is explicitly prohibited in Algeria, Bahrain, Egypt, Jordan, Kuwait, Morocco and Yemen. Tunisia is the only Arab country that explicitly allows adoption. See Law No. 27 of 1958 on Public Guardianship, Kafala and Adoption, *Tunisian Official Gazette* 7 March 1958 and S. B. Achour, "Tunisia" in N. Yassari, L.-M. Möller and M.-C. Najm (eds.), *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, The Hague, Springer, 2019 (325) 339-340. Some countries, such as Indonesia and Malaysia, allow adoption for non-Muslims. India and Sri Lanka also permit adoption for Muslims. Other countries are silent in statutory law on the matter of adoption, such as Afghanistan, Iraq, Iran, Oman, Pakistan, Qatar, Syria, United Arab Emirates and Qatar. See N. Yassari, "Adding by Choice: Adoption and Functional Equivalents in Islamic and Middle Eastern Law", *American Journal of Comparative Law* 2015, Vol. 63, No. 4, (927) 943-944.

⁹ S. Corneloup, B. Heiderhoff, C. Honorati, F. Jault-Seseke, T. Kruger, C. Rupp, H. van Loon and J. Verhellen, "Children On The Move: A Private International Law Perspective", *Tijdschrift@ipr.be* 2017, No. 2, (69) 98 (<http://www.europarl.europa.eu/studies>); U. Assim and J. Sloth-Nielsen, "Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment", *African Human Rights Law Journal* 2014, (322) 329-330. The prohibition to adopt stems from a story about the prophet Mohamed who once had an adopted son. Mohammed, however, got attracted to the wife of his adopted son. The latter divorced his wife in favour of his father. To avoid controversy, the concept of adoption as understood in Western laws was abolished. See U. Assim and J. Sloth-Nielsen, "Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment", *African Human Rights Law Journal* 2014, (322) 326-327 and 329-330.

¹⁰ Article 120 of the Algerian Family Code; Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, SM, § 18 and § 36. For *kafala* in Morocco: see H. Englert and J. Verhellen, "Rapport Belge" in M.-C. Foublets (ed.), *Le Code Marocain de la Famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d'application*, Brussels, la Charte, 2016, (257) 331.

¹¹ Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, SM, § 37.

¹² Article 123 of the Algerian Family Code. For more information: M. Guénon, "Algeria" in N. Yassari, L.-M. Möller and M.-C. Najm (eds.), *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, The Hague, Springer, 2019 (45) 59.

¹³ Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, SM, § 38 and CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, SM, § 45.

¹⁴ ECtHR 4 October 2012, No. 43631/09, *Harroudj v. France*.

¹⁵ ECtHR 16 December 2014, No. 52265/10, *Chbihi Loudoudi and Others v. Belgium*.

¹⁶ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, SM, § 32 and Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, SM, § 19.

¹⁷ Article 20 of the Convention on the Rights of the Child.

¹⁸ Article 3, e) of the 1996 Hague Child Protection Convention.

children placed under *kafala* care the rights required to live the life with the people most capable to take up the social role of parents. In *SM*, the CJEU made clear that under certain circumstances this obligation entails the right of children placed under *kafala* care to enter the European Union and reside with their *kafil(s)* in a European Member State.

III. Facts of the case

4. The case concerned the request of SM, an Algerian national born in June 2010 in Algeria, to be granted a right to enter and reside in the United Kingdom with Mr. and Mrs. M. who she regards as her parents. The couple got married in the United Kingdom. They could not conceive naturally and were not eligible for adoption. When they learned that it was easier to obtain custody of a child under the *kafala* system than it was to adopt in the UK, the couple travelled to Algeria to become eligible for this type of guardianship. After being assessed as suitable to become guardians under the *kafala* system, Mr. and Mrs. M. became the guardians of the three months old SM, who had been abandoned by birth. A few months later, an Algerian judge granted them legal custody over the child. Since then Mr. and Mrs. M. are authorised in Algeria to get family allowances, subsidies and indemnities duly claimable, to sign all administrative and travel documents, and to travel with SM outside Algeria. It was also decided by the court that SM's surname, as it appeared on her birth certificate, had to be changed to that of Mr. and Mrs. M.¹⁹

5. Due to professional obligations, Mr. M. left Algeria in October 2011 and returned to the United Kingdom, where he had a permanent right of residence. His wife, Mrs. M., remained in Algeria with SM. In 2012, SM applied for an entry clearance as the adopted child of a European Economic Area-national. The competent British Entry Clearance Officer declined her request on the basis that Algerian *kafala* could not be recognized as an adoption in the United Kingdom. SM and her guardians disputed the decision of the Entry Clearance Officer and her case was eventually brought before the United Kingdom Supreme Court. Prior to this, the Court of Appeal ruled that SM could not be regarded as a 'direct descendant' of Mr. and Mrs. M. within the meaning of Article 2(2)(c) of Directive 2004/38/EC. SM could, however, according to the Court of Appeal, fall within the notion of 'any other family member' within the meaning of Article 3(2)(a) of Directive 2004/38/EC. To determine whether the Court of Appeal was correct in his judgment, the Supreme Court deemed it necessary to ask the CJEU for advice regarding the meaning of the notions 'family member' and 'any other family member' mentioned in Directive 2004/38/EC.²⁰

IV. Preliminary questions

6. The question of the referring court was not primarily about the applicability of EU law, but about the qualification under EU law. The Commission Communication on the application of Directive 2004/38 includes 'minors in custody of a permanent legal guardian' in the definition of a 'direct descendant'²¹, but the conditions to qualify as a guardian under the *kafala* system are less strict than the conditions that apply to adoption in the UK. This difference could lead to "*the placing of children in households which, according to the legislation of the host Member State, would not be regarded as suitable for hosting children*". This situation bears a risk of exploitation, abuse and trafficking of children, "*which the 1993 Hague Convention seeks to prevent and deter*".²²

¹⁹ Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, §§ 1, 19 and CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 23-28.

²⁰ Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, §§ 19-24 and CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 23-35.

²¹ Commission Communication COM(2009) 313 final, point 2.1.2.

²² CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 31-32 and 41-42. Citations from § 41.

7. The first question in *SM* is therefore whether a child placed under the *kafala* system, in a country which is not a member of the 1996 Hague Child Protection Convention, has the right to enter and reside in an EU Member State as a direct descendant within the meaning of Article 2(2)(c) of Directive 2004/38 with the person(s) who were awarded guardianship over the child and who have the nationality of an EU Member State after having exercised their right to free movement within the EU. Secondly, the referring court asked whether it can invoke Articles 27 and 35 of Directive 2004/38 to deny entry to such children if they are the victims of exploitation, abuse or trafficking or are at risk of such. Lastly, the Supreme Court of the UK posed a question with regard to the child's best interests. Are Member States entitled to examine whether the procedure for placing the child under *kafala* gave sufficient consideration to the best interests of that child?

8. The phrasing of these questions makes it clear that there is no easy answer. To determine the right of a child placed under *kafala* to reside in the European Union requires knowledge of migration law, private international law, human rights law (including children's rights) and European Union law.

V. Opinion of the Advocate General Campos Sánchez-Bordona

5.1 *Kafala cannot be considered a form of adoption*

9. The Advocate General started his answer to the first preliminary question by examining whether the notion of 'direct descendant' in Article 2(2)(c) of Directive 2004/38/EC includes a child who has been permanently placed under *kafala* care with a Union citizen²³, which should be given an autonomous and uniform interpretation.²⁴

10. In the Advocate General's opinion, there is no doubt that the concept of direct descendants used in Directive 2004/38/EC includes both biological and adoptive children. Like natural filiation, adoption establishes a legal relationship of filiation between the (adopted) child and his or her (adoptive) parents.²⁵ *Kafala*, however, cannot be considered a form of adoption. Not only is *kafala* a temporary rather than a permanent institution²⁶, more importantly, it does not create a legal relationship of filiation between the *makfoul* and the *kafil* (*cf. supra*). As a result, *kafala* and adoption differ fundamentally. The conclusion that *kafala* and adoption are two different institutions can also be deduced from analysing the CRC, the 1993 Hague Child Adoption Convention²⁷ and the 1996 Hague Child Protection Convention. While Article 20 CRC shows that *kafala* – like adoption – is a child protection measure, the 1993 and 1996 Hague Conventions clearly demonstrate that the institution of adoption requires the establishment of a legal parent-child relationship between and the child and the (adoptive) parent(s). If *kafala* were to be equated with adoption, it might be used to circumvent the protective mechanisms that apply to safeguard the best interests of the child in adoption cases, as formulated in the 1993 Hague Child Adoption Convention.²⁸

5.2 *Right to respect for family life and best interests of the child*

11. Even though *kafala* cannot be considered a form of adoption, children placed under *kafala* care do benefit from the right to respect for family life and the right to have their best interests taken

²³ Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, § 32.

²⁴ Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, §§ 58-61.

²⁵ Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, § 70.

²⁶ *Kafala* only lasts until the child reaches the age of majority. The legal relationship of filiation created by natural filiation and adoption, including simple adoption, persists even after the child has attained the age of majority. Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, § 80.

²⁷ Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption ('1993 Hague Child Adoption Convention'), entry into force 1 May 1995 (see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>).

²⁸ Opinion of A-G Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, § 84.

as a primary consideration.²⁹ The case law of the ECtHR³⁰ makes it clear that the relationship between a child placed under *kafala* care and the person(s) acting as the child's parent(s) falls under the notion 'family life'. As a result, Member States of the Council of Europe have the positive obligation to enable the development of the family ties of the *makfoul* and the *kafil(s)*. As already pointed out, this does not entail the obligation on Member States of the Council of Europe to convert *kafala* into a (full or simple) adoption. Consequently, a child placed under *kafala* care cannot be considered a 'direct descendant'³¹ but falls within the scope of 'other family members'³². According to the Advocate-General, Article 3(2)(a), which facilitates the entry and residence of other family members of the Union citizen after an extensive examination of the personal circumstances, fulfils the positive obligation of the Member States to protect and enable the family life of *makfouls* and *kafils*. Although the automatic attribution of the right to enter and reside within the EU enshrined in Article 2(2) of Directive 2004/38/EC poses fewer difficulties, the application of Article 3(2) of the Directive does not prevent the child from obtaining actual legal protection of his/her/* family life.³³ This conclusion corresponds with the *Loudoudi* case, in which the ECtHR explicitly stated that Article 8 ECHR cannot be interpreted as guaranteeing the right to a particular residence permit.³⁴

12. When examining Article 3(2)(a) of Directive 2004/38/EC, attention must also go to the child's right to have his/her/* best interests taken as a primary consideration. Due to the fact that Algeria is neither a Member State of the EU, nor a Contracting Party of the 1996 Hague Child Protection Convention, the Advocate General was of the opinion that Article 3(2) of Directive 2004/38/EC provides the best guarantees to ensure the effective protection of the child within the European Union.

5.3 Restrictions on the right of entry and the right of residence on grounds of public policy, public security or public health

13. The Advocate General also examined whether Articles 27 and 35 of Directive 2004/38/EC can be invoked to deny access to children placed under *kafala* care if they are the victims or at risk of exploitation, abuse or trafficking. Since children placed under *kafala* care must be regarded 'other family members' within the meaning of Article 3(2) of Directive 2004/38/EC, Article(s) 27 and/or 35 of the Directive apply as well. If the receiving Member State suspects child trafficking, (sexual) exploitation or abuse, forced labour, ... nothing prevents the Member State to invoke Article(s) 27 and/or 35 of the Directive. In the present case, however, no such indications are present.³⁵

VI. Judgment of the CJEU (Grand Chamber)

14. As the Advocate-General, the CJEU reiterated that a uniform application of EU law and the principle of equality require that the scope of the concept of a 'direct descendant' (included in Article 2(2)(c) of Directive 2004/38) is given an independent and uniform interpretation throughout all the Member States³⁶, and should be understood as "*any parent-child relationship, whether biological or legal*".³⁷ This definition includes the adopted child, because adoption creates a legal parent-child

²⁹ Article 8 of the European Convention on Human Rights ('ECHR') and Article 7 and 24(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('Charter').

³⁰ ECtHR 4 October 2012, No. 43631/09, *Harroudj v. France* and ECtHR 16 December 2014, No. 52265/10, *Chbihi Loudoudi and Others v. Belgium*.

³¹ Article 2(2)(c) of Directive 2004/38.

³² Article 3(2)(a) of Directive 2004/38.

³³ Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, §§ 25 and 91-97.

³⁴ ECtHR 16 December 2014, No. 52265/10, *Chbihi Loudoudi and Others v. Belgium*, §135.

³⁵ Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Boordona of 26 February 2019, in C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, *SM*, §§ 109-117.

³⁶ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 50.

³⁷ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 50-54, citation from § 54.

relationship. Despite the contrary assumption in point 2.1.2 of the Commission Communication³⁸, a parent-child relationship cannot be extended to include children who are placed under a legal guardianship, such as *kafala*, but they do enjoy protection as ‘other family members’ referred to in Article 3(2)(a) of Directive 2004/38.³⁹ The objective of Article 3(2)(a) is “*to maintain the unity of the family in a broader sense by facilitating entry and residence for persons who are not included in the definition of ‘family members’ of a Union citizen contained in Article 2(2) of Directive 2004/38 but who nevertheless maintain close and stable family ties with a Union citizen on account of specific factual circumstances*”.⁴⁰ It is for each Member State to define the conditions under which residence may be granted, but this “*discretion must, having regard to recital 31 of Directive 2004/38, be exercised in the light of and in line with the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*”.⁴¹ Especially Article 7 of the Charter regarding the protection of family life should be taken into account, which should have the same meaning and scope as Article 8 ECHR.⁴²

15. The protection of Article 8 ECHR includes children placed under *kafala* care and their guardians “*having regard to the time spent living together, the quality of the relationship, and the role which the adult assumes in respect of the child*.”⁴³ Read in conjunction with the obligation to take account of the best interests of the child (Article 24(2) of the Charter), the Member State should make a balanced and reasonable assessment of all the current and relevant circumstances of the case. “*That assessment must take into consideration, inter alia, the age at which the child was placed under the Algerian kafala system, whether the child has lived with its guardians since its placement under that system, the closeness of the personal relationship which has developed between the child and its guardians and the extent to which the child is dependent on its guardians, inasmuch as they assume parental responsibility and legal and financial responsibility for the child*.”⁴⁴ The CJEU also addressed the concerns of the national court regarding the risk of abuse, exploitation and trafficking, and considered that these risks should be taken into account in the context of the assessment of all the relevant circumstances of the case. In this assessment, it may not be assumed that such risks exist merely because the suitability assessment for *kafala* is less extensive than for adoptions, or because the procedure in the 1996 Hague Child Protection Convention has not been applied by a country which did not ratify this Convention. “*Such facts must, on the contrary, be weighed against the other relevant elements of*” the case.⁴⁵ The CJEU refrained from answering the second preliminary question about the possibility to apply Articles 27 and 35 of the Charter to limit rights in situations of exploitation or abuse, because according to the CJEU this question applies to the situation in which legal guardianship under *kafala* would qualify a child as a direct descendant, which was answered in the negative.⁴⁶

16. The CJEU thus ruled that when the assessment as it is formulated in this judgment leads to the conclusion that if a child placed under *kafala* and its guardians, who are EU citizens, “*lead a genuine family life and that that child is dependent on its guardians*”, it falls within the scope of Article 3(2)(a) of Directive 2004/38. Read in the light of Articles 7 and 24(2) of the Charter, this child should “*in*

³⁸ Commission Communication COM(2009) 313 final, point 2.1.2.

³⁹ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 55-59.

⁴⁰ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 60 with reference to recital 6 of Directive 2004/38 and CJEU 5 September 2012, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519, *Rahman and Others*, § 32.

⁴¹ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 61-64, with reference to CJEU 5 September 2012, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519, *Rahman and Others*, §§ 21-24; CJEU 12 July 2018, C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570, *Banger*, §§ 31 and 38-40; CJEU 6 December 2012, C-356/11 and C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, *O. and Others*, §§ 79-80.

⁴² CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 65. See Article 52(3) of the Charter.

⁴³ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 66, with reference to ECtHR 4 October 2012, No. 43631/09, *Harroudj v. France* and ECtHR 16 December 2014, No. 52265/10, *Chbihi Loudoudi and Others v. Belgium*.

⁴⁴ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 67-69. Citation comes from § 69. Among others reference to CJEU 10 May 2017, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354, *Chavez-Vilchez*, § 70; CJEU 6 December 2012, C-356/11 and C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, *O. and Others*, § 81; CJEU 13 September 2016, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675, *Rendón Marín*, § 85; CJEU 13 September 2016, C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674, *CS*, § 41.

⁴⁵ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 70.

⁴⁶ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 74-76.

principle [...] be granted a right of entry and residence” in the host Member State where his guardians live. In this assessment it should also be taken into account that his “*guardians are in fact prevented from living together in that Member State because one of them is required to remain, with the child, in that child’s third country of origin in order to care for the child*”⁴⁷.

VII. Impact of SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section

7.1 *The emergence of a European family law?*

17. The recognition of a (change in) personal status obtained abroad traditionally belongs to the field of private international law. Depending on the matter (marriage, divorce, filiation, adoption, child protection mechanisms, ...), the rules regarding recognition are enshrined in international conventions, European Union regulations and/or domestic law. Following the decision of the ECtHR in *Loudoudi* and of the CJEU in *MS*, *kafala* cannot be regarded as a (form of) adoption but must be considered an independent child protection mechanism. Most child protection mechanisms, with the exception of adoption⁴⁸, are regulated by the 1996 Hague Child Protection Convention. The latter has 52 States Contracting States.⁴⁹ Algeria is not a Contracting Party. As a result, *kafala* agreements pronounced in Algeria do not fall within the scope of the 1996 Hague Child Protection Convention. Due to the absence of European Union regulations, the recognition of *kafala* agreements from Algeria are dealt with by domestic private international law rules. Most EU Member States, however, do not know the institution of *kafala* and have no specific domestic regulations in place. As a consequence, characterization difficulties arise. In Belgium, for example, we see that *kafala* is sometimes converted into foster care⁵⁰, but *kafala* agreements can also be recognized as such. If the *kafala* agreement is contracted by a notary, the receiving authorities in Belgium are forced to conduct a profound examination of the content of the foreign document ('conflict of laws test') bearing in mind the rules regarding evasion of law and the public policy exception.⁵¹ If the *kafala* agreement is pronounced by a judge, the Belgian authorities can recognize the judgment after having established that none of the grounds for refusal mentioned in Article 25 of the Belgian Code of Private International Law are present.⁵² The problem with the recognition of a *kafala* agreement as a self-standing legal institution is that the legal consequences in Belgium are unclear.

18. In an EU context, *SM* could potentially remedy some of these issues through the emergence of an obligation to recognize certain relationships for the purposes of EU law. In *SM*, and earlier in *Coman*, the CJEU does so by defining which relationships are eligible for granting a residence right under EU law and therefore should be recognized by the Member States in an EU law context. This case law further limits the competence of the Member States which in principle decide autonomously which relations they recognize and under which conditions they do so. This was already limited as a result of the family reunification rights that are attached to the exercise of free movement by EU citizens.⁵³ *SM* prescribes that Member States should acknowledge the family life that exists between EU citizens and the children over which they have legal guardianship on the basis of the *kafala* system, regardless of their national qualification of *kafala* and whether they in principle recognize the legality

⁴⁷ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 71-72. Emphasis added by the authors.

⁴⁸ Article 4, b) of the 1996 Hague Child Protection Convention.

⁴⁹ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (last consulted on 21 October 2019).

⁵⁰ S. Corneloup, B. Heiderhoff, C. Honorati, F. Jault-Seseke, T. Kruger, C. Rupp, H. van Loon and J. Verhellen, “Children On The Move: A Private International Law Perspective”, *Tijdschrift@ipr.be* 2017, No. 2, (69) 98 (the study is also available at: <http://www.europarl.europa.eu/studies>) and H. Englert and J. Verhellen, “Rapport Belge” in M.-C. Foublets (ed.), *Le Code Marocain de la Famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d’application*, Brussels, la Charte, 2016, (257) 331-332.

⁵¹ Article 27 of the Belgian Code of Private International Law.

⁵² H. Englert and J. Verhellen, “Rapport Belge” in M.-C. Foublets (ed.), *Le Code Marocain de la Famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d’application*, Brussels, la Charte, 2016, (257) 331.

⁵³ C. Berneri, *Family Reunification in the EU: The Movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2017, 3.

of this legal institution or not.⁵⁴ In *Coman*, similarly, the CJEU decided that in a free movement context same-sex relationships should be treated in the same way as heterosexual relationships. This implies that the exercise of free movement by an EU citizen requires the host Member State to grant a residence right to his/her/* third-country national partner of the same gender, regardless of any national qualification of gay marriage, and even when national constitutional law prohibits the union between two people of the same sex.⁵⁵

19. To substantiate its reasoning, the CJEU builds on case law of the ECtHR on the interpretation of family life under Article 8 ECHR. As was pointed out before (cf. *supra*), the ECtHR decided in *Loudoudi* that the relationship between a child that is placed under *kafala* and his legal guardians can be regarded as family life that is protected by Article 8 ECHR, if the assessment of the relevant facts and circumstances of the case indicates the existence thereof.⁵⁶ If this family life exists, this creates the negative obligation for Member States to refrain from arbitrary intervention, and a positive obligation to enable the development of family ties and the integration of the child in his family.⁵⁷ The ECtHR does not impose an obligation on the Member States to put *kafala* on the same level as adoption, nor does it require the State to provide a residence right to the child.⁵⁸ The CJEU, on the other hand, concluded that when family life exists, a child ‘in principle’ should be granted a residence rights under Article 3(2)(a) of Directive 2004/38.⁵⁹ A similar reasoning was followed in *Coman*, where the CJEU reiterated that family reunification rights under Directive 2004/38 should be interpreted and applied in accordance with the right to family life laid down in Article 7 of the Charter and Article 8 ECHR.⁶⁰ It observed that same-sex relationships are protected by Article 8 ECHR⁶¹ and concluded that family life, and more particularly the interpretation of a ‘spouse’ in an EU context should be the same as for the ECtHR. Therefore, same-sex relationships should enjoy the same protection as heterosexual relationships.⁶²

20. Following the reasoning of the CJEU in these two cases, it is argued that all (family) relationships of an EU citizen who exercised his/her/* right to free movement that are protected under Article 8 ECHR can be eligible for family reunification under EU law. This eligibility follows either from a broad interpretation of relationships protected by Article 2(2) of Directive 2004/38 (*Coman*), or by applying the category of ‘other family members’ whose entry and residence should be facilitated according to Article 3(2) of Directive 2004/38 (*SM*). If so, this might be seen as the construction of a European family law that is shaped by the CJEU on the basis of the case law of the ECtHR, for the purpose of the application of EU free movement law.

⁵⁴ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*.

⁵⁵ CJEU 5 June 2018, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, *Coman*; Rijpma, J. J. (2019). You Gotta Let Love Move, ECJ 5 June 2018, Case C-673/16, *Coman*, Hamilton, Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări. *European Constitutional Law Review*, 1-16; Tryfonidou, A. (2019). The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as “Spouses”: Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne. *Feminist Legal Studies*, 1-11; H. Kroese and B. Safradin, “Een overwinning voor vrij verkeersrechten van regenboogfamilies in Europa: het langverwachte Coman arrest”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2019, No. 1-2, 51-59.

⁵⁶ ECtHR 16 December 2014, No. 52265/10, *Chbihi Loudoudi and Others v. Belgium*, § 78.

⁵⁷ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 66; ECtHR 4 October 2012, No. 43631/09, *Harroudj v. France*, §§ 40-41 and ECtHR 16 December 2014, No. 52265/10, *Chbihi Loudoudi and Others v. Belgium*, §§ 88-89.

⁵⁸ This is in accordance with established case law, e.g. ECtHR 28 May 1985, No. 9214/80, 9473/81 and 9474/81, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom*, § 68; ECtHR 31 January 2006, No. 50435/99, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v Netherlands*, § 39 and ECtHR 3 October 2014, No. 12738/10, *Jeunesse v Netherlands* § 107.

⁵⁹ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 71.

⁶⁰ Again, following Article 52(3) of the Charter.

⁶¹ With reference to ECtHR 7 November 2013, No. 29381/09 and 32684/09, *Vallianatos and Others v. Greece*, § 73 (CE:ECHR:2013:1107JUD002938109); ECtHR 14 December 2017, No. 26431/12, 26742/12, 44057/12, and 60088/12, *Orlandi and Others v. Italy*, § 143 (CE:ECHR:2017:1214JUD002643112).

⁶² CJEU 5 June 2018, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, *Coman*, §§ 48-51.

21. Before the *SM* judgment, *kafala* agreements could be recognized under private international law (recognition of personal status under civil law), but this recognition was not necessarily accompanied by the conferral of a residence right in the State of the child's guardians.⁶³ This principle was confirmed by the *Loudoudi* case, which made it clear that children placed under *kafala* care are not automatically entitled to a residence right in the State of their *kafil* (cf. *supra*). The *SM* judgment alters this situation for the EU. Since children placed under *kafala* care have to be regarded as 'other family members' within the meaning of Article 3(2) of Directive 2004/38, these children are in principle entitled to reside in the Member State of their *kafil* who exercised his/her/* right to move freely within the EU, provided that genuine family life is established.

7.2 Introduction of a new recognition mechanism?

22. Immigration authorities often – if not always – require proof of kinship when confronted with a request for family reunification. Kinship can be proven by handing over a marriage certificate, birth certificate, adoption order, *kafala* agreement, foster care arrangement, etc. The recognition of these documents traditionally belongs to the field of private international law. After having examined the authenticity of the document (is the document real, not falsified?), the formal and substantive validity will be checked (what about the content of the document?). In *SM*, the role of private international law in this procedure is neglected. Instead, the validity of the relationship between the applicants is considered to be a matter of human rights law: the right to respect for private life (Article 8 ECHR) and the right of the child to have his/her/* best interests taken into account (Article 3 CRC) turn out to be crucial for the CJEU.

23. The CJEU made it clear that relationships falling within the notion of Article 8 ECHR are eligible for family reunification (cf. *supra*). It follows from the case law of the ECtHR that "*the existence or non-existence of 'family life' is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties*"⁶⁴. Effective personal ties are decisive for the existence of a *de facto* family life between an adult and a child without the presence of biological ties or a recognized legal relationship.⁶⁵ If EU law follows this definition of family life, family reunification in a free movement context requires the host Member State of the EU citizen to determine whether the applicants lead a genuine family life.⁶⁶ In the case of *kafala*, the existence of a *de facto* family life will not be difficult to prove. First, a foreign authority (a judge or notary) has awarded the *kafils* parental authority making the child dependent on his/her/* *kafil(s)*.⁶⁷ Second, and more important, the *kafil(s)* often already exercised this parental authority (in the country of origin or the receiving State) and formed a family with the *makfoul* with the intention of continuing their life together. The impact of this approach on private international law competence of Member States to decide on the recognition of foreign documents is not clear. Does this competence remain intact? Can a fault in the documents be remedied by proving genuine family life? Or does the recognition of documents add to the evidence for the existence in family life? In that case, the impact of the CJEU case law on Member State competence to recognize family relationships established abroad may be tempered by their discretion to accept foreign documents or not.

⁶³ S. Corneloup, B. Heiderhoff, C. Honorati, F. Jault-Seseke, T. Kruger, C. Rupp, H. van Loon and J. Verhellen, "Children On The Move: A Private International Law Perspective", *Tijdschrift@ipr.be* 2017, No. 2, (69) 98 (the study is also available at: <http://www.europarl.europa.eu/studies>).

⁶⁴ ECtHR 12 July 2001, No. 25702/94, *K. and T. v. Finland*, § 150.

⁶⁵ ECtHR 28 June 2007, No. 76240/01, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, § 117; ECtHR 20 May 2010, No. 16318/07, *Moretti and Benedetti v. Italy*, §§ 48-52; ECtHR 17 January 2012, No. 1598/06, *Kopf and Liberda v. Austria*, § 37 and ECtHR 16 July 2015, No. 39438/13, *Nazarenko v. Russia*, § 57.

⁶⁶ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 73 and 78.

⁶⁷ See also J. Malingreau, "International Kafala: A Right for the Child to enter and Stay in the EU Member States?", *European Journal of Law Reform* 2014, Vol. 16, No. 2, (401) 411.

7.3 The role of the best interests of the child

24. Another element that is relevant in the recognition of a *kafala* relationship, is the obligation to take account of the best interests of the child, which derives from Article 3 CRC and Article 24(2) of the Charter. The child's best interests-principle requires that in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration. The Advocate General Campos Sánchez-Bordona made it clear that in *kafala* proceedings this principle requires that the issuing and the receiving State cooperate in determining whether the placement serves the best interests of the child. The obligation to cooperate also follows from Article 29 et seq. of the 1996 Hague Child Protection Convention. The failure to respect the obligation to cooperation in international child protection cases gives ground to deny recognition of the child protection measure pronounced abroad.⁶⁸

In the event that no administrative cooperation took place before the *kafala* agreement was made⁶⁹, an examination of the child's best interests can also be conducted at the time recognition of the agreement is sought. Recognizing a foreign judicial decision or authentic instrument contravening the child's best interests would lead to a violation of international public policy and cannot be accepted. Therefore, regardless of whether a common cooperation framework as in the 1996 Hague Child Protection Convention applies, Article 3 CRC and Article 24(2) of the Charter always require that the child's best interest is examined in collaboration with the issuing State of the *kafala* protection measure in question.

25. In the *SM* judgment, the CJEU recognizes the importance of the best interests of the child. The assessment of the interests of the child is not based on Article 3 CRC, but the CJEU does take account of Article 24(2) of Charter, which entails the same obligation applicable to any procedure that involves a child.

7.4 Definition of family members eligible for family reunification under EU law

26. Originally, the beneficiaries 'any other family members' that are included in the personal scope of Directive 2004/38 (Article 3(2)) were understood as family members who do not belong to the 'core' family but still retain close and stable family ties to a Union citizen.⁷⁰ *SM* includes children placed under *kafala* care in this definition, which expands its scope beyond legal bonds between family members, and recognizes the Union citizen's responsibility for the care, education and protection of a person being a member of the household.⁷¹ This reasoning potentially opens up the category of 'other family members' "to a range of relations characterized by household membership and reciprocal responsibilities [...] broader than [family] in textual definitions and traditional conceptions"⁷². The approach of the CJEU thus relies on a modern, flexible and pragmatic idea of family that is not necessarily only defined by biological and legal relationships, but also by other factual and affective bonds that may exist, for instance in a situation of cohabitation in which a common household is maintained.

⁶⁸ Article 23, f of the 1996 Hague Child Protection Convention.

⁶⁹ Because the 1996 Hague Child Protection Convention does not apply; or because the contracting State(s) has not appointed a body competent to handle the requests for cooperation – which is (unfortunately) the case in Belgium.

⁷⁰ Article 3(2)(a) of Directive 2004/38; CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 60; CJEU 5 September 2012, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519, *Rahman and Others*.

⁷¹ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 59.

⁷² F. Strumia, "The Family in EU Law After the *SM* Ruling: Variable Geometry and Conditional Deference", *European Papers* 2019, Vol. 4, No. 1, (389) 390-391.

27. In Belgian case law, an issue was raised that is related to the question on the outer limits of this flexible interpretation of the scope of family reunification under EU law. The cases concerned the question whether residence rights for the partner with whom the EU citizen maintains a ‘durable relationship’ (Article 3(2)(b) of Directive 2004/38) is only available for ‘affective’ durable relationships.⁷³ The text of Directive 2004/38 does not mention the need for the durable relationship to be affective in nature. Following the CJEU’s case law in *Metock*⁷⁴, it may therefore be argued that this is not a requirement for its applicability. This means that potentially anyone whom the EU citizen claims to have durable relationship with could be eligible for a residence right on these grounds, and in the light of *Coman*, these relationships are not limited by gender either (cf. *supra*).⁷⁵ Thus here as well a societal development towards more fluid forms of relationships may be accommodated by EU law through potential eligibility of these relationships for family reunification.⁷⁶

28. An analogy can be drawn with a case that concerns family reunification on the basis of Article 20 TFEU rather than Article 21 TFEU, such as in *SM* and *Coman*.⁷⁷ Article 20 TFEU predominantly acknowledges residence rights derived to the biological or legal parents of children with the nationality of an EU Member State.⁷⁸ In the case of *O. and Others*, however, to which the CJEU also refers in *SM*⁷⁹, the CJEU inquired the possibility to acknowledge a residence right to the stepparent of a child with Swedish citizenship, without a biological or legal relationship between them. In this case, the CJEU concluded that the departure of the stepparent would not deprive the child of the genuine enjoyment of the substance his rights as an EU citizen, so no residence right was conferred.⁸⁰ The precedent nevertheless implies that it is possible for non-related family members of EU citizens to derive a residence right from Article 20 TFEU as well.⁸¹ *SM* and *Coman* fit perfectly in this line.

29. Considering these developments, the potential scope of family reunification with EU citizens is quite broad. Nevertheless, the reasoning of the CJEU to acknowledge this protection is consistent and coherent. In *Ruiz Zambrano*, it considered that the refusal of a residence permit to the Colombian father of Belgian children would deprive those children of the genuine enjoyment of the substance of rights which they enjoy by virtue of being an EU citizen.⁸² Otherwise, the child – who is a citizen of the Union – is forced “*to leave not only the territory of the Member State of which he is a national but also*

⁷³ H. Kroeze, “De zin van het gezinsleven: gezinsherening op grond van een ‘duurzame relatie’ en de implicaties van rechtsmisbruik”, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* 2019, No. 3, 258-267 – A commentary on national case law of the Belgian Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Cases of 15 February 2018, no. 199.781; 24 August 2017, no. 190.896; 21 August 2018, no. 207.913.

⁷⁴ CJEU 25 July 2008, C-127/08, ECLI :EU:C:2008:449, *Metock*.

⁷⁵ CJEU 5 June 2018, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, *Coman*.

⁷⁶ H. Kroeze, “De zin van het gezinsleven: gezinsherening op grond van een ‘duurzame relatie’ en de implicaties van rechtsmisbruik”, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* 2019, No. 3, 258-267.

⁷⁷ They are two tranches of a two-step system of family reunification rights under EU law. See S. Adam and P. van Elsuwege, “Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States: Comment on Dereci”, *European Law Revue* 2012, Vol. 37, No. 2, (176) 180-181; R. O’Gorman, “Ruiz-Zambrano, McCarthy and the Purely Internal Rule”, *Irish Jurist* 2011, Vol. 46, (221) 225-226; H. Kroeze, “The Substance of Rights – New Pieces of the Ruiz Zambrano Puzzle”, *European Law Review* 2019, Vol. 44, No. 2, (238) 240-242 and M. Haag, “Case C-133/15 Chávez-Vilchez and Others – Taking EU Children’s Rights Seriously”, *European Law Blog*, <https://europeanlawblog.eu/2017/05/30/case-c-13315-chavez-vilchez-and-others-taking-eu-childrens-rights-seriously/>, Article posted on 30 May 2017.

⁷⁸ CJEU 9 May 2018, C-82/16 ECLI:EU:C:2018:308, KA, § 65 ; H. Kroeze, “The Substance of Rights – New Pieces of the Ruiz Zambrano Puzzle”, *European Law Review* 2019, Vol. 44, No. 2, 240-242.

⁷⁹ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, §§ 64 and 68.

⁸⁰ CJEU 6 December 2012, C-356/11 and C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, *O. and Others*.

⁸¹ Also see CJEU 8 May 2018, C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, KA, § 65 in which the Court confirms that relationships between adults can exceptionally also qualify as a relationship of dependency that gives rise to a residence right derived from Article 20 TFEU. It depends on the meaning of family life who qualifies for that residence title. Possibly even friends who cohabit together as a family and who qualify under family life as defined by the European Court of Human Rights would then be entitled to a residence right under Article 21 or 20 TFEU. See H. Kroeze, “De zin van het gezinsleven: gezinsherening op grond van een ‘duurzame relatie’ en de implicaties van rechtsmisbruik”, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* 2019, No. 3, 258-267.

⁸² CJEU 8 March 2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, *Ruiz Zambrano*, § 42.

the territory of the Union as a whole".⁸³ In *SM*, the CJEU applies the same reasoning. At the end of the judgment, it envisions the conferral of a residence right to the extended family member – in casu the child placed under *kafala* – when the refusal of this residence permit would prevent the guardians of the child to live together in their Member State of residence "*because one of them is required to remain, with the child, in that child's third country of origin in order to care for the child*".⁸⁴ *SM* thus exactly mirrors *Ruiz Zambrano*. Where in *Ruiz Zambrano* the possibility of the child to reside on the territory of the European Union was in question, in *SM* the possibility of the legal guardian to reside on the territory of the European Union is protected.

30. The CJEU thus demonstrates a strong sense of territoriality, which contrasts the case law of the ECtHR. Protection by Article 8 ECHR does not impose a general obligation on the Member States of the Council of Europe to respect the preference of a family for a country to exercise their family life there.⁸⁵ Protection of EU law, on the other hand, explicitly *does* protect residence rights of EU citizens on the territory of the Union, *and to exercise family life there*.⁸⁶ If the continuation of that residence right requires the acknowledgment of residence rights to family members as well, that is a collateral, but inevitable consequence of the importance of the possibility to reside on EU territory as an EU citizen. EU citizenship is therefore also contextualized as "*the right not to be removed from the territory of the Union*"⁸⁷, which seems to be a very narrow understanding of citizenship.

7.5 Convergence in family reunification?

31. Another parallel between family reunification derived from Article 21 TFEU and Article 20 TFEU respectively lies therein that the CJEU has become very specific concerning the criteria that need to be taken into account in the assessment of whether a residence right should be acknowledged. It follows from *SM* that for the application of Article 21 TFEU and/or the pertaining Directive 2004/38, the existence of family life is decisive. To derive rights from Article 20 TFEU, on the other hand, dependency between the EU citizen and the third-country national is the applicable criterion. In both cases, the CJEU is very specific about the factors that should be taken into account for these assessments. In *SM*, the CJEU considered that the Member State

*"must take into consideration, inter alia, the age at which the child was placed under the Algerian kafala system, whether the child has lived with its guardians since its placement under that system, the closeness of the personal relationship which has developed between the child and its guardians and the extent to which the child is dependent on its guardians, inasmuch as they assume parental responsibility and legal and financial responsibility for the child"*⁸⁸.

In *Chavez-Vilchez*, on the other hand, which concerns the acknowledgment of a residence right on the basis of Article 20 TFEU, the CJEU considered that the Member State should assess whether

"such a relationship of dependency [exists] ... In reaching such a conclusion, account must be taken, in the best interests of the child concerned, of all the specific circumstances, including the age of the child, the child's physical and emotional development, the extent of his emotional

⁸³ CJEU 8 March 2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, *Ruiz Zambrano*, § 44; CJEU 15 November 2011, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734, *Dereci*, § 66.

⁸⁴ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 72.

⁸⁵ ECtHR 28 May 1985, No. 9214/80, 9473/81 and 9474/81, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom*, § 68; ECtHR 31 January 2006, No. 50435/99, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v Netherlands* § 39 and ECtHR 3 October 2014, No. 12738/10, *Jeunesse v Netherlands* § 107.

⁸⁶ CJEU 25 July 2008, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449, *Metock*.

⁸⁷ P.J. Neuvonen, "EU citizenship and its 'very specific' essence: Rendón Marin and CS", *Common Market Law Review* 2017, Vol. 54, No. 4, (1201) 1202.

⁸⁸ CJEU 26 March 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248, *SM*, § 69.

ties both to the Union citizen parent and to the third-country national parent, and the risks which separation from the latter might entail for that child's equilibrium.”⁸⁹

Despite some differences that self-evidently exist due to the different criteria that are used for both entitlements to family reunification, the similarities are quite striking.

<i>SM</i>	<i>Chavez-Vilchez</i>
Age of the child	Age of the child
Closeness of the personal relationship	Emotional ties with both parents
Child is dependent on its guardians	Whether a relationship of dependency exists
Parental, legal and financial responsibility	Legal, financial and emotional dependency
The interests of the child	The interests of the child

It is thus argued that the criteria to qualify under the two tranches of family reunification derived from Article 21 and 20 TFEU respectively, are converging.

VIII. Conclusion

32. The increase in international relations and families has confronted EU Member States with the system of *kafala*. Due to its unknown nature, problems sometimes occur when the people who were granted parental responsibility ('*kafils*') want to rely on EU law for family reunification with 'their' child ('*makfoul*') in the Member State where they exercise their free movement rights. It follows from the rules of private international law that it is up to the Member States to decide how family relations established abroad are recognized in the national legal order. In doing so, they must respect human rights law.

33. The case law of the ECtHR makes it clear that the relationship between the *makfoul* and the *kafil(s)* can be regarded as family life that is protected by Article 8 ECHR, if the assessment of the relevant facts and circumstances of the case indicate the existence thereof. If it has been established that family life exists, States are under the obligation to enable the development of family ties and the integration of the child in his/her/* family.⁹⁰ The ECtHR does not go as far as imposing an obligation on the contracting States to put a *kafala* agreement on the same level as adoption, nor does it require of its States to provide a particular residence permit to the child. As a consequence, children placed under *kafala* must rely on national legislation for family reunification. If this legislation does not provide for family reunification with children placed under *kafala* care, they may face a long legal battle before being granted any form of recognition and a right to reside within the EU can be expected.

34. The judgment of the CJEU in *SM* contrasts the case law of the ECtHR and complements it as well. The ECtHR departs from the competence of States to decide on the entry and access of non-nationals on their territory. Therefore, if family life can be exercised in another country, the refusal of family reunification does not constitute an unlawful interference with the right to family life.⁹¹ The CJEU, on the other hand, puts an emphasis on the right of EU citizens to reside on EU territory. Therefore, in contrast to the ECtHR, it does *not* consider the possibility of leaving EU territory to exercise rights outside of the EU. This ratio led to the judgment in *SM*. If genuine family life exists

⁸⁹ Among others reference to CJEU 10 May 2017, C-133/15, ECLI :EU:C:2017:354, *Chavez-Vilchez*, § 71.

⁹⁰ ECtHR 4 October 2012, No. 43631/09, *Harroudj v. France* and ECtHR 16 December 2014, No. 52265/10, *Chbihi Loudoudi and Others v. Belgium*.

⁹¹ ECtHR 28 May 1985, No. 9214/80, 9473/81 and 9474/81, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom*, § 68; ECtHR 31 January 2006, No. 50435/99, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v Netherlands* § 39 and ECtHR 3 October 2014, No. 12738/10, *Jeunesse v Netherlands* § 107.

between the *kafil(s)* and the *makfoul*, family reunification with a child placed under *kafala* care is possible under Article 3(2) of Directive 2004/38. To substantiate the expansion of the scope of family reunification under EU law for children placed under *kafala*, the CJEU strongly relies on the case law of the ECtHR, which indicates the emergence of a European family law that is shaped by the CJEU on the basis of the case law of the ECtHR, for the purpose of the application of EU law free movement rights. As a result, the personal scope of family reunification under EU law is potentially significantly broadened to also include non-blood related (family) relationships. This development reflects the significance the CJEU attaches to possibility to exercise family life within the meaning of Article 8 ECHR and 7 of the Charter without affecting the right to reside on the territory of the Member States. A broad definition of the right to family reunification is necessary to realize the effectiveness of this right to reside in the EU.

35. *SM* solves an important issue. By taking the right to family life as a starting point to define the scope of family reunification under Article 3(2) TFEU, *SM* potentially overcomes discrepancies between Member States in the relationships they recognize under private international law for the purpose of family reunification. The approach does justice to the obligation of Member States to take due account of the best interests of the child in all decisions, and is well received from the perspective of human rights protection, but it does not tackle all problems concerning *kafala*. The main limitation lies in the fact that the *SM* case only offers a solution in the event that the *kafil(s)* has/have used their right to move freely within the EU. In the event that the person seeking family reunification is a third country national or an EU-citizen who has not used the right to move freely, the reasoning set out by the CJEU cannot be invoked. As a result, some families will have to continue their fight to be granted a right to reside within the EU.

Michiel Poesen (KU Leuven) – De actio pauliana, de onhandelbaar telg van de Brussel Ibis Verordening: HvJ 10 juli 2019, nr. C-722/17, Reitbauer e.a./Casamassima

Een essentiële stap in de toepassing van de meeste regels van het internationaal pravaatrecht is de kwalificatie van rechtsverhoudingen. Afhankelijk van welk label op een vordering in rechte kan worden geplakt, zijn verschillende bevoegdheids- en conflictregels van toepassing. Eén van de moeilijkste kwalificatievraagstukken van het EU internationaal pravaatrecht ligt vervat in art. 7, lid 1 van de Brussel Ibis Verordening ('Brussel Ibis'),¹ dat inzake verbintenissen uit overeenkomst internationale bevoegdheid toekent aan de rechtbank van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt dan wel de kenmerkende verbintenis, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd – het zogenaamde *forum solutionis*.² Vooraleer deze regel kan worden toegepast, moet de gevatte rechter uitmaken of de vordering ingesteld door de eiser al of niet betrekking heeft op 'verbintenissen uit overeenkomst'.

In de zaak Reitbauer e.a./Casamassima ('de geannoteerde zaak') bevestigde het Hof van Justitie van de Europese Unie ('het Hof') dat een *actio pauliana* buiten faillissement³ onderworpen is aan de bevoegdheidsregel inzake verbintenissen uit overeenkomst.⁴ De *actio pauliana* is een rechtsmiddel dat een schuldeiser de mogelijkheid biedt een daad van beschikking van diens schuldenaar ten gunste van een derde zonder gevolg te laten verklaren, op voorwaarde dat de beschikkingsdaad werd gesteld met het oogmerk om de schuldeiser te benadelen.⁵ Deze annotatie vat eerst de feitelijke situatie samen waarin de *actio pauliana* in de geannoteerde zaak werd ingesteld, om vervolgens de beslissing van het Hof te kaderen en toe te lichten.

I. Feiten

De feiten die aanleiding hebben gegeven tot het geannoteerde arrest zijn vrij ingewikkeld. Meneer Casamassima en mevrouw Isabel C., beide woonachtig in Rome, hebben samengewoond tot de lente van 2014. In 2010 kochten zij een woning in Villach, Oostenrijk. Hoewel meneer Casamassima de aankoop bleek te hebben gefinancierd, werd mevrouw Isabel C. ingeschreven in het kadaster als enige eigenaar.

Mevrouw Isabel C. – met de medewerking van meneer Casamassima – sloot vervolgens een overeenkomst af met aannemer Norbert Reitbauer Dolinschek GmbH, B.T.S. Trendfloor Raumausstattungs-GmbH, Elektrounternehmen K. Maschke GmbH, Klaus Egger en Architekt DI Klaus Egger Ziviltechniker GmbH ('Reitbauer e.a.') met het oog op een grondige renovatie van de woning. Later werden de betalingen aan Reitbauer e.a. opgeschorst omdat de kostprijs van de renovatiewerken

¹ Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenutvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Pb.L. 20 december 2012, afl. 351, 1.

² G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart, 2016, 139; P. VLAS, "Stoeien met verbintenissen, worstelen met art. 5 sub 1 EEX-Verordening", *WNPR* 2002, (301) nr. 1–2.

³ I. PRETELLI, "Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets: Actio Pauliana in the Conflict of Laws", *Yrbk Priv Intl L* 2011, (589) 603.

⁴ HvJ 10 juli 2019, nr. C-722/17, ECLI:EU:C:2019:577, Norbert Reitbauer e.a./Enrico Casamassima.

⁵ Concl. Adv. Gen. M. BOBEK bij HvJ 4 oktober 2018, nr. C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487, Feniks Sp. z o.o./Azteca Products & Services SL, r.o. 35; HvJ 26 maart 1992, nr. C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149, Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert en Ingeborg Kockler/Dresdner Bank AG ('Reichert II'), r.o. 19; U. GÖRANSEN, "Actio Pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention" in M. SUMAMPOUW, L. A. N. M. BARNHOORN, J. A. FREEDBERG-SWARTBURG, J. J. M. TROMM en J.A. WADE (eds.), *Law and Reality: Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carrel Albert Voskuil*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, (82) 90.

het geraamde budget ruimschoots oversteeg. Teneinde alsnog betaling te bekomen, startten Reitbauer e.a. vanaf 2013 meerdere procedures in de Oostenrijkse rechtbanken tegen vrouw Isabel C. Begin 2014 werd een eerste reeks vonnissen uitgesproken in het voordeel van Reitbauer e.a. Mevrouw Isabel C. tekende daarop beroep aan tegen die vonnissen.

Op 7 mei 2014 erkende vrouw Isabel C. voor de rechtbank te Rome dat zij meneer Casamassima de terugbetaling verschuldigd was van de bedragen aangewend voor de aankoop van de woning in Villach. Mevrouw Isabel C. heeft zich bij gerechtelijke schikking ertoe verbonden om het geleende bedrag terug te betalen. Daarenboven ging zij ermee akkoord om een hypotheek op de woning te vestigen die tot zekerheid strekte van de verbintenis tot terugbetaling. Op 13 juni 2014 werd een bijkomstige schuldbekentenis en hypotheek opgesteld door een notaris in Wenen die tot zekerheid strekten van de verbintenissen die werden aangegaan in de hierboven schikking ('het zekerheidsrecht'). Deze schuldbekentenis vestigde een zekerheidsrecht op de woning in Villach op 18 juni 2014.

De vonnissen uitgesproken tegen vrouw Isabel C. in het voordeel van Reitbauer e.a. werden pas uitvoerbaar na 18 juni 2014. De aanspraken op de woning van Isabel C. die Reitbauer e.a. lieten gelden in het kader van de tenuitvoerleggingsprocedures werden daardoor gerangschikt na het zekerheidsrecht ten voordele van meneer Casamassima.

Ter uitoefening van zijn zekerheidsrecht heeft meneer Casamassima in februari 2016 bij het *Bezirksgericht* van Villach, de verwijzende rechter, tegen vrouw Isabel C. een verzoek tot gedwongen verkoop van de woning in Villach ingediend. In het najaar van 2016 is het huis openbaar geveild. De volgorde van inschrijving in het kadaster leidde ertoe dat de opbrengsten op grond van het zekerheidsrecht min of meer geheel aan meneer Casamassima zouden toekomen.

Om de uitsluitende toewijzing van de opbrengsten aan meneer Casamassima te voorkomen, hebben Reitbauer e.a. in juni 2016 tegen meneer Casamassima en vrouw Isabel C. een *actio pauliana* ingesteld bij het *Landesgericht* van Klagenfurt, Oostenrijk. Die vordering werd afgewezen door de rechtbank bij gebrek aan internationale bevoegdheid over de verweerde, gelet op het feit dat meneer Casamassima en vrouw Isabel C. beiden buiten Oostenrijk woonachtig waren.

Tezelfdertijd hebben Reitbauer e.a. bij het *Bezirksgericht* van Villach tijdens de zitting van 10 mei 2017 inzake de verdeling van de opbrengst van de gedwongen veiling bezwaar aangetekend tegen de tenuitvoerlegging en vervolgens een *Widerspruchsklage* (d.i. een vordering tegen executie voorzien in de Oostenrijkse *Exekutionsordnung*)⁶ tegen meneer Casamassima ingesteld. Met deze *Widerspruchsklage* vorderden Reitbauer e.a. dat de toewijzing van de opbrengsten van de verkoop van de woning in Villach ongeldig zou worden verklaard, voor zover:

- 1) Meneer Casamassima een schadevergoedingsvordering op vrouw Isabel C. had die ten minste gelijk was aan het bedrag van de vordering uit de geldlening, zodat de vordering is tenietgegaan door compensatie (zij stellen dat Casamassima heeft bevestigd dat Isabel C. buiten zijn medeweten opdrachten aan Reitbauer e.a. heeft gegeven), en;
- 2) De akte van schuldbekentenis en hypotheek van juni 2014 louter tot doel had de verhaalsmogelijkheden van Reitbauer e.a. op de woning van vrouw Isabel C. te frustreren.

II. Beslissing

Het Hof behandelde eerst de vraag of de bevoegdheidsregels voor 'zakelijke rechten op en huur en verhuur, pacht en verpachting van onroerende goederen', vervat in art. 24, lid 1 Brussel *Ibis*, toepasselijk was. Reitbauer e.a. voerden aan dat hun vordering nauw verband hield met het onroerend goed in Villach.

⁶ HvJ 10 juli 2019 nr. C-722, *supra* vn. 4, r.o. 8–9.

In de geannoteerde zaak herhaalde het Hof dat art. 24, lid 1 Brussel *Ibis* niet van toepassing is op alle mogelijke rechtsvorderingen die een zakelijk recht op onroerend goed betreffen, maar alleen die rechtsvorderingen die ertoe strekken de omvang, de hoedanigheid, de eigendom of het bezit van een onroerend goed of het bestaan van andere zakelijke rechten op dit onroerend goed vast te stellen, en de rechthebbenden de bescherming van de aan hun titel verbonden bevoegdheden te verzekeren.⁷ Die begripsomschrijving heeft als gevolg dat een vordering zijn grondslag moet vinden in een zakelijk recht (een recht *in rem*), en niet in een vorderingsrecht (een recht *in personam*). Hieruit volgt dat het eerst luik van de vordering van Reitbauer e.a., dat betrekking heeft op schuldvergelijking tussen meneer Casamassima en mevrouw Isabel C., geen zakelijk recht betreft aangezien zij het bestaan van de vorderingsrechten van meneer Casamassima die aan de grondslag van de beslagprocedure lagen als voorwerp heeft. Het tweede luik van de vordering van Reitbauer e.a., de *actio pauliana*, past evenmin binnen de begripsomschrijving van rechten *in rem*. Het Hof oordeelde dat een dergelijke vordering geen beoordeling van feiten of toepassing van rechtsregels van de *locus rei sitae* (de plaats waar het goed gelegen is) vereist die een toekenning van bevoegdheid aan de rechter van de plaats van de ligging van het onroerend goed zou verantwoorden.⁸

Vervolgens besliste het Hof dat bevoegdheid over alle vorderingen ingesteld door Reitbauer e.a. niet wordt bepaald door art. 24, lid 5 Brussel *Ibis* – dat een exclusieve bevoegdheidsregel voor de tenuitvoerlegging van beslissingen bevat. Deze bevoegdheidsregel omvat procedures die betrekking hebben op ‘rechtsvorderingen die tot doel hebben een geschil te beslechten met betrekking tot het gebruikmaken van de sterke arm, van dwangmaatregelen of van bezitsontneming van roerende en onroerende goederen teneinde de materiële tenuitvoerlegging van beslissingen en akten te verzekeren’.⁹ De vorderingen van Reitbauer e.a. hadden duidelijk geen betrekking op de tenuitvoerlegging van het vonnis maar op de verbintenissen onder de schuldbekentenis die werd tenuitvoergelegd. Derhalve besloot het Hof dat art. 24, lid 5 Brussel *Ibis* niet van toepassing was in de geannoteerde zaak.

Na de toepasselijkheid van de door Reitbauer e.a. aangevoerde exclusieve bevoegdheidsgronden te hebben afgewezen, analyseerde het Hof art. 7(1) Brussel *Ibis*, de bijzondere bevoegdheidsgrond inzake verbintenissen uit overeenkomst. Zonder uitgebreide motivering besluit het Hof dat het luik van Reitbauer’s vordering dat neerkomt op een *actio pauliana* onderworpen is aan bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst.¹⁰ Parallel met de eerdere rechtspraak in het arrest Feniks/Azteca is deze contractuele kwalificatie ingegeven door het doel van de *actio pauliana*, dat erin bestaat contractuele aanspraken te vrijwaren van frauduleuze transacties door een schuldenaar.¹¹

Het Hof besluit dat in toepassing van art. 7(1)(b) Brussel *Ibis* bevoegdheid toekomt aan de rechter van de plaats van uitvoering van de beweerdelijk benadeelde overeenkomst, namelijk Villach, aangezien Reitbauer e.a. de renovatiewerken onder de benadeelde overeenkomst daar hebben uitgevoerd.¹²

III. Rol en oogmerk van art. 7, lid 1 Brussel *Ibis*

De beslissing van het Hof over de niet-toepasbaarheid van artt. 24, lid 1 en 24, lid 5 Brussel *Ibis* is bezwaarlijk verrassend te noemen. Reitbauer e.a. trachtten uit tactische overwegingen één van de exclusieve bevoegdheidsgronden op te zoeken teneinde de in Italië gedomicilieerde verweerders voor

⁷ HvJ 10 juli 2019 nr. C-722, *supra* vn. 4, r.o. 44; zie ook HvJ 16 november 2016, nr. C-417/15, ECLI:EU:C:2016:881, Wolfgang Schmidt/Christiane Schmidt, r.o. 30.

⁸ HvJ 10 juli 2019 nr. C-722, *supra* vn. 4, r.o. 48; zie ook HvJ 10 januari 1990, nr. C-115/88, ECLI:EU:C:1990:3, Mario P. A. Reichert e.a./Dresdner Bank ('Reichert I'), r.o. 12.

⁹ HvJ 10 juli 2019 nr. C-722, *supra* vn. 4, r.o. 52; zie ook HvJ 26 maart 1992, nr. C-261/90, *supra* vn. 5, r.o. 28.

¹⁰ HvJ 10 juli 2019 nr. C-722 *supra* vn. 4, r.o. 56–62.

¹¹ *ibidem* r.o. 58–59; HvJ 4 oktober 2018, nr. C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, Feniks/Azteca, r.o. 43–44.

¹² HvJ 4 oktober 2018, nr. C-337/17, *supra* vn. 11, r.o. 46.

een Oostenrijkse rechter te kunnen dagvaarden. Op deze wijze poogden zij de algemene bevoegdheidsregel van art. 4(1) Brussel *Ibis* te ontwijken, die hen verplicht zou hebben de verweerders in Italië te dagvaarden. Deze poging was bij voorbaat gedoemd tot falen.¹³

De beslissing van het Hof over de toepasselijkheid van bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst op de *actio pauliana* is minder evident. Eén van de knelpunten die aan bod kwamen in de geannoteerde zaak is het feit dat de verweerde te goeder trouw zou kunnen hebben gehandeld, zonder te weten dat hij/zij (hierna ‘hij’) deel was aan de vermeende frauduleuze benadering van de eiser.¹⁴ Indien de verweerde inderdaad niet op de hoogte was van het bestaan van de benadeelde overeenkomst, is het onwaarschijnlijk dat hij redelijkerwijs kon voorzien dat hij door de eiser zou worden gedagvaard in de plaats van uitvoering van die overeenkomst. In dergelijke situatie creëert de toepassing van bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst een forum dat onvoorzienbaar is voor de verweerde,¹⁵ een uitkomst die het Hof in het verleden terecht heeft getracht te vermijden.¹⁶

Een eerste oplossing voor dit probleem van voorzienbaarheid zou erin kunnen bestaan de bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst niet toe te passen omdat de *actio pauliana* te zwak verbonden is met zowel de benadeelde overeenkomst als de frauduleuze transactie, zoals eerder geconcludeerd door Advocaat-Generaal Bobek in de zaak Feniks/Azteca.¹⁷ Een tweede, alternatieve oplossing zou zijn om rekening te houden met de concrete kennis van de verweerde van de benadeelde overeenkomst,¹⁸ zoals ook gesuggereerd door Advocaat-Generaal Tanchev in de geannoteerde zaak: 84. [H]oewel er tussen de verzoeker en de verweerde geen contractuele verhouding bestond, moet kennis bij een derde een beperkende factor zijn: net als in de onderhavige zaak moet de derde weten dat de verweerde door de rechtshandeling aan de schuldenaar gebonden is en dat een andere schuldeiser van de schuldenaar (verzoekers) daardoor in zijn contractuele rechten wordt benadeeld. 92. In dit verband is de bekendheid van de verweerde met het bestaan van de betrokken overeenkomst(en) van belang.¹⁹

Terwijl beide suggesties inspelen op een duidelijke nood aan voorzienbaarheid, bevestigde het Hof in het geannoteerde arrest dat de *actio pauliana* ongeacht de omstandigheden van het geval onderworpen is aan bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst. Het Hof beklemtoonde dat deze oplossing noodzakelijk is om de eiser een bijkomend forum ter beschikking te stellen dat een nauwe band van nabijheid heeft met het geschil.²⁰ Hierbij verliest de rechtspraak uit het oog dat het nabijheidsvereiste moet worden afgewogen met het door Brussel *Ibis* vooropgestelde doel van voorzienbaarheid.²¹ Bovendien wijst art. 7, lid 1 Brussel *Ibis* in werkelijkheid zelden bevoegdheid toe

¹³ G. VAN CALSTER, “Reitbauer: contract, pauliana and exclusive jurisdictional rules. CJEU simply applies Feniks, its forum contractus view remains unconvincing”, 2019, <https://gavclaw.com/2019/07/15/reitbauer-contract-pauliana-and-exclusive-jurisdictional-rules-cjeu-simply-applies-feniks/> (consultatie 7 oktober 2019).

¹⁴ HvJ 26 maart 1992, nr. C-261/90, *supra* vn. 5, r.o. 18.

¹⁵ T. LUTZI, “‘Feniks’ aus der Asche: Internationale Zuständigkeit für die *actio pauliana* nach der EuGVVO Feniks aus der Assche”, *RiW* 2019, (252) 256; P. MANKOWSKI, “Erfüllungsortsgerichtsstand für Gläubigeranfechtungsklage auf Unwirksamserklärung einer für eine vertragliche Forderung nachteiligen Handlung (‘Feniks’)\”, *EWiR* 2019, (701) nr. 3.3; M. POESEN, ‘Once more unto the Breach: the *Actio Pauliana* is a Matter Relating to a Contract in EU Private International Law’, *ERCL* 2019, afl. 1, (58)

¹⁶ HvJ 17 juni 1992, nr. C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, Jakob Handte & Co. GmbH/Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA, r.o. 19.

¹⁷ Concl. Adv. Gen. M. BOBEK bij HvJ 4 oktober 2018, nr. C-337/17, *supra* vn. 5, r.o. 62–72; zie ook U. GÖRANSEN, “*Actio Pauliana* outside bankruptcy and the Brussels Convention”, *supra* vn. 5, 99–100.

¹⁸ M. POESEN, “Once more unto the Breach: the *Actio Pauliana* is a Matter Relating to a Contract in EU Private International Law”, *supra* vn. 15, 64.

¹⁹ Concl. Adv. Gen. E. TANCHEV bij HvJ 10 juli 2019, nr. C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285.

²⁰ R.o. 16 Brussel *Ibis*; HvJ 10 juli 2019 nr. C-722, *supra* vn. 4, r.o. 60; HvJ 4 oktober 2018, nr. C-337/17, *supra* vn. 11, r.o. 44–45.

²¹ Zie Concl. Adv. Gen. D. RUIZ-JARABO COLOMER bij HvJ 23 september 1999, nr. C-440/97, ECLI:EU:C:1999:456, GIE Groupe Concorde ao/the Master of the vessel Suhadiwarno Panjan ao, r.o. 69–70.

aan de rechter die de nauwste feitelijke band heeft met een contractueel geschil,²² waardoor het weinig gepast lijkt de interpretatie van het toepassingsgebied van art. 7, lid 1 Brussel *Ibis* door een vorm van *reverse engineering* te laten sturen door het nabijheidsvereiste.

De algemener impact van geannoteerde zaak is dat gelijkaardige vorderingen die ertoe strekken verhaal in te stellen tegen een derde, zoals een vordering tot schadevergoeding wegens derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk²³ of de zogeheten Peeters/Gatzen-vordering (een pauliana-achtige rechtsfiguur uit het Nederlands recht),²⁴ eveneens in het toepassingsgebied van art. 7, lid 1 Brussel *Ibis* vallen. Dergelijke ruime opvatting over het toepassingsgebied van bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst is moeilijk verenigbaar met de beperkte rol van art. 7 Brussel *Ibis* binnen de systematiek van de Brussel *Ibis* Verordening, die is gebouwd op de primauteit van de bevoegdheidsgrond van art. 4(1) Brussel *Ibis* – die bevoegdheid toekent aan de rechtbanken van de Lidstaat waarin de verweerde vaste woonplaats heeft.²⁵

Een meer gepaste oplossing is wellicht om striktere voorwaarden te hanteren om te bepalen of een vordering tussen derden aan een overeenkomst een contractuele grondslag heeft, zodat vorderingen die slechts een incidentele band hebben met een overeenkomst niet onderworpen zijn aan art. 7, lid 1 Brussel *Ibis*.²⁶ Vooralsnog biedt de rechtspraak van het Hof ruggensteun aan de zienswijze dat iedere vordering die ‘contractuele belangen’²⁷ behartigt onderworpen is aan art. 7, lid 1 Brussel *Ibis*, ongeacht de vraag of dergelijke vordering effectief een betekenisvolle band heeft met een contractuele verbintenis.

Een laatste bemerking heeft betrekking op de invloed van de geannoteerde zaak op de verwijzingsregels van de Rome I Verordening (‘Rome I’).²⁸ In beginsel kunnen arresten over de contractuele classificatie van vorderingen onder art. 7, lid 1 Brussel *Ibis* worden gebruikt om uit te maken of het recht van toepassing op diezelfde vordering wordt bepaald door Rome I

²² P. WAUTELET, “What Has Private International Law Achieved in Meeting Challenges Posed by Globalisation?” in P.J. SLOT en M. BULTERMAN (eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer, 2004, 74–75; P. NORTH, “Rethinking Jurisdiction and Recognition of Judgments”, *CLP* 2010, vol. 55, (395) 405–406; G. CUNIBERTI “Forum Non Conveniens and the Brussels Convention”, *ICLQ* 2005, vol. 54, (973) 978; J. HILL, “Jurisdiction in Civil and Commercial Matters: Is There a Third Way?”, *CLP* 2001, vol. 54, (439) 443; H. MUIR WATT, “Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness Under the Brussels and Lugano Conventions”, *Tex Int’l LJ* 2001, vol. 36, (539) vn. 63.

De keuze voor de aanknopingsfactor van de plaats van uitvoering was veleer ingegeven door een compromis tussen de aanknopingsfactoren gebruikt in de EEG-Lidstaten ten tijde van de onderhandeling van het Verdrag van Brussel, de voorganger van Brussel I(*bis*): Rapport van dhr. P. JENARD over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.C.* 5 maart 1979, afl. 59, (1) 23.

²³ Een vordering die werd geacht niet onderworpen te zijn aan art. 7, lid 1 Brussel *Ibis*: *Tesam Distribution Ltd v Schuh Mode Team GmbH and Commerzbank AG* [1990] I.L.Pr. 149; R. FENTIMAN, ‘International Commercial Litigation’, Oxford, Oxford University Press, 2010, nr. 9.65.

²⁴ HvJ 6 februari 2019, nr. C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, NK/BNP Paribas Fortis, r.o. 17; M. POESEN, “Internationale bevoegdheid over de Peeters/Gatzen-vordering is onderworpen aan de Brussel *Ibis*-Verordening, niet de Insolventieverordening: gevolgen voor internationale bevoegdheid”, *TBH/RDCB* 2019, afl. 4, (531) nr. 13 e.v.; G. LINDEMANS, “De IPR-kwalificatie van pauliana-achtige aansprakelijkheid: welk label voor Peeters/Gatzen (‘collectieve schade’)?”, 2017, <https://corporatefinancelab.org/2017/09/15/de-ipr-kwalificatie-van-pauliana-achtige-aansprakelijkheid-welk-label-voor-peetersgatzen-collectieve-schade/> (consultatie 7 oktober 2019).

²⁵ R.o. 15 Brussel *Ibis*.

²⁶ Conc. Adv. Gen. M. BOBEK bij HvJ 7 maart 2018, gevoegde zaken nr. C-274/16, C-447/16 en C-448/16, flightright GmbH/Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, Roland Becker/Hainan Airlines Co. Ltd en Mohamed Barkan e.a./Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, ECLI:EU:C:2017:787, r.o. 54; Concl. Adv. Gen. E. SHARPSTON bij HvJ 21 januari 2016, gevoegde zaken nr. C-359/14 en C-475/14, ECLI:EU:C:2015:630, ‘ERGO Insurance’ SE/‘If P&C Insurance’ AS en ‘Gjensidige Baltic’ AAS/PZU Lietuva’ UAB DK, r.o. 62; *Committeri v Club Méditerranée e.a.* [2018] EWCA Civ 1889 [53]; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, *supra* vn. 2, 207.

²⁷ HvJ 4 oktober 2018, nr. C-337/17, *supra* vn. 11, r.o. 46.

²⁸ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb.L.* 4 juli 2008, afl. 177, 109.

(‘begripsparallelisme’).²⁹ De geannoteerde zaak suggereert dus dat het recht van toepassing op de *actio pauliana* moet worden bepaald overeenkomstig de Rome I Verordening (‘Rome I’).³⁰ Het begripsparallelisme tussen Brussel *Ibis* en Rome I dient echter genuanceerd te worden, zodat de rechtspraak over art. 7, lid 1 Brussel *Ibis* niet zonder meer kan worden overgenomen om het toepassingsgebied van Rome I te interpreteren.³¹ Beide instrumenten streven immers niet geheel identieke doelen na: waar Brussel *Ibis* sterk focust op rechtszekerheid, beoogt Rome I een zo nauw mogelijke verhouding tussen het toepasselijk recht en een rechtsband.³² Bijgevolg biedt de geannoteerde zaak geen uitsluitsel over welke verwijzingsregels van toepassing zijn op de *actio pauliana*.³³

IV. Conclusie

Het arrest Reitbauer e.a./Casamassima bevestigt dat de exclusieve bevoegdheidsgronden vervat in art. 24 Brussel *Ibis* niet ruim mogen worden uitgelegd. Iedere poging van een eiser om een vordering artificieel onder het toepassingsgebied van die bepaling te brengen zal niet succesvol zijn. Het arrest bevestigt ook dat art. 7, lid 1 Brussel *Ibis*, de bijzondere bevoegdheidsgrond inzake verbintenissen uit overeenkomst, van toepassing is op de zogenaamde *actio pauliana*, die een schuldeiser de mogelijkheid biedt om frauduleuze benadeling van zijn schuldenaar terug te draaien teneinde zijn verhaalsmogelijkheden veilig te stellen. De onderliggende reden voor die uitlegging is dat art. 7, lid 1 Brussel *Ibis* geacht wordt van toepassing te zijn zodra een vordering een contractuele grondslag heeft, wat het geval is indien een vordering ertoe strekt contractuele belangen te vrijwaren. Daarmee herneemt het Hof zijn eerdere rechtspraak, zonder evenwel een antwoord te bieden aan de mogelijk negatieve impact op het voorzienbaarheidsvereiste.

²⁹ R.o. 7 Rome I; HvJ 28 juli 2016, nr. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl, r.o. 36.

³⁰ Zie I. PRETELLI, “Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets: Actio Pauliana in the Conflict of Laws”, *supra* vn. 3, 629 e.v.

³¹ A. DICKINSON, “Towards an Agreement on the Concept of ‘Contract’ in EU Private International Law?”, *LMCLQ* 2016, (466) 473–474.

³² R.o. 16 Rome I; R.o. 15–16 Brussel *Ibis*.

³³ Zie D. MARTINY, ‘Rome I-Vo Art 1’ in F.J. SÄCKER, R. RIXECKER, H. OETKER en B. LIMPERG (eds.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2018, rn. 15–18 .

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation

Legalisatie van buitenlandse rechterlijke beslissingen of authentieke akten

[Koninklijk besluit van 8 maart 2020](#) tot vaststelling van de wijze waarop de legalisatie wordt uitgevoerd en de mogelijke weigeringsgronden van legalisatie.

Dit koninklijk besluit is op 13 maart 2020 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Légalisation de décisions judiciaires ou actes authentiques étrangers

[Arrêté royal du 8 mars 2020](#) concernant la manière dont la légalisation est effectuée et les refus possibles de légalisation.

Cet arrêté royal a été publié le 13 mars 2020 au Moniteur belge.