

Tijdschrift@ipr.be

TIJDSCRIFT VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT



Revue@dipr.be

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

2015/1

Redactie – Rédaction:

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

Samenstelling van dit nr. – Composition de ce n°:
An De Donder – Laura Deschuyteneer – Erinda Mehmeti

Uw bijdragen

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

Vos contributions

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

Citeerwijze

Tijdschrift@ipr.be 2015/1

Mode de citation

Revue@dipr.be 2015/1

INHOUD/CONTENU

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Paradiso en Campanelli tegen Italië, arrest van 27 januari 2015

Hof van Justitie, zaak C-375/13, Harald Kolassa tegen Barclays Bank plc, arrest van 28 januari 2015

Hof van Justitie, zaak C-441/13, Pez Hejduk tegen EnergieAgentur.NRW GmbH, arrest van 22 januari 2015

Hof van Justitie, zaak C-498/14 PPU, David Bradbrooke tegen Anna Aleksandrowicz, arrest van 9 januari 2015

Hof van Justitie, gevoegde zaken C-400/13 en C-408/13, Sophia Marie Nicole Sanders tegen David Verhaegen (C-400/13) en Barbara Huber tegen Manfred Huber (C-408/13), arrest van 18 december 2014

Hof van Cassatie, A. A. tegen procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen, arrest van 23 januari 2015

Hof van Cassatie, Office National des Pensions tegen M. R., arrest van 15 december 2014

Hof van Cassatie, M. G. tegen L. C., arrest van 24 oktober 2014

Hof van Cassatie, S. A. en M. B. tegen procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel, arrest van 2 mei 2014

Rechtbank van eerste aanleg te Gent, vonnis van 15 januari 2015

Rechtbank van eerste aanleg te Gent, vonnis van 13 februari 2014

RECHTSLEER/DOCTRINE

Patrick Wautelet (Université de Liège) et Jinske Verhellen (Universiteit Gent) - L'ordre public, la révision au fond et la légalisation: bref commentaire de la circulaire du 14 janvier 2015 relative à la légalisation

Patrick Wautelet (Université de Liège) - Les procédures concurrentes en Europe: les innovations du Règlement 1215/2012

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation



INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE	4
Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Paradiso en Campanelli tegen Italië, arrest van 27 januari 2015	4
Draagmoederschapsovereenkomst – Geboorte kind in Rusland – Weigering inschrijving van de geboorteakte – Geen genetische band wensouders – Valse verklaringen wensouders – Adoptie – Bestaan familieleven – Schending van artikel 8 EVRM	4
Convention de gestation pour autrui – Naissance de l'enfant en Russie – Refus de l'enregistrement de l'acte de naissance – Pas de lien génétique avec les parents intentionnels – Fausses déclarations des parents intentionnels – Adoption – Existence d'une vie familiale – Violation de l'article 8 CEDH	4
Hof van Justitie, zaak C-375/13, Harald Kolassa tegen Barclays Bank plc, arrest van 28 januari 2015.....	33
Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Verordening (EG) nr. 44/2001 – Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken – Door consumenten gesloten overeenkomsten – In een lidstaat wonende consument die door een in een andere lidstaat gevestigde bank uitgegeven effecten van een in een derde lidstaat gevestigde tussenpersoon heeft verworven – Bevoegdheid voor vorderingen tegen de bank die deze effecten heeft uitgegeven.....	33
Espace de liberté, de sécurité et de justice – Règlement (CE) n° 44/2001 – Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Contrats conclus par les consommateurs – Consommateur, domicilié dans un État membre, ayant acheté des titres, émis par une banque établie dans un autre État membre, auprès d'un intermédiaire établi dans un troisième État membre – Compétence pour connaître des recours dirigés contre la banque émettrice desdits titres	33
Hof van Justitie, zaak C-441/13, Pez Hejduk tegen EnergieAgentur.NRW GmbH, arrest van 22 januari 2015 ..	50
Prejudiciële verwijzing – Verordening (EG) nr. 44/2001 – Artikel 5, punt 3 – Bijzondere bevoegdheden ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad – Auteursrechten – Content in gedematerialiseerde vorm – Op internet plaatsen – Bepaling van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – Criteria.....	50
Renvoi préjudiciel – Règlement (CE) n° 44/2001 – Article 5, point 3 – Compétences spéciales en matière délictuelle ou quasi délictuelle – Droits d'auteur – Contenu dématérialisé – Mise en ligne – Détermination du lieu du fait dommageable – Critères	50
Hof van Justitie, zaak C-498/14 PPU, David Bradbrooke tegen Anna Aleksandrowicz, arrest van 9 januari 2015	58
Prejudiciële verwijzing – Prejudiciële spoedprocedure – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkennung en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Verordening (EG) nr. 2201/2003 – Artikel 11, leden 7 en 8 .	58
Renvoi préjudiciel – Procédure préjudicelle d'urgence – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Règlement (CE) no 2201/2003 – Article 11, paragraphes 7 et 8	58
Hof van Justitie, gevoegde zaken C-400/13 en C-408/13, Sophia Marie Nicole Sanders tegen David Verhaegen (C-400/13) en Barbara Huber tegen Manfred Huber (C-408/13), arrest van 18 december 2014.....	72
Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening nr. 4/2009 – Artikel 3 – Bevoegdheid om uitspraak te doen op een vordering inzake onderhoudsverplichtingen jegens een persoon die in een andere lidstaat woont – Nationale regeling waarbij in een bevoegdheidsconcentratie wordt voorzien	72
Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Coopération en matière civile – Règlement n° 4/2009 – Article 3 – Compétence pour statuer sur un recours relatif à une obligation alimentaire à l'égard d'une personne domiciliée dans un autre État membre – Réglementation nationale instaurant une concentration des compétences	72
Hof van Cassatie, A. A. tegen procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen, arrest van 23 januari 2015	82
Huwelijk – Schijnhuwelijk – Artikel 146bis BW – Nationaliteit	82



Mariage – Mariage simulé – Article 146bis C. civ. – Nationalité	82
Hof van Cassatie, Office National des Pensions tegen M. R., arrest van 15 december 2014.....	85
Huwelijk – Gevolgen van een polygaam huwelijk gesloten in Marokko – Overlevingspensioen – Internationale openbare orde	85
Mariage – Effets d'un mariage polygame contracté au Maroc – Pension de survie – Ordre public international.....	85
Hof van Cassatie, M. G. tegen L. C., arrest van 24 oktober 2014.....	98
Internationale bevoegdheid – Onderhoudsverplichtingen in een andere lidstaat – Bevoegd gerecht – Onderhoudsgerechtigde – Keuze – Onderhoudsvordering ingesteld voor de Belgische rechter – Vaststelling woonplaats	98
Compétence internationale – Obligations alimentaires dans un autre Etat membre – Tribunal compétent – Crédancier d'aliments – Choix – Demande d'aliments introduite devant le juge belge – Détermination du domicile	98
Hof van Cassatie, S. A. en M. B. tegen procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel, arrest van 2 mei 2014	116
Huwelijk – Nietigverklaring – Artikel 146bis BW.....	116
Mariage – Annulation – Article 146bis C. civ.....	116
Rechtbank van eerste aanleg te Gent, vonnis van 15 januari 2015	122
Nietigverklaring huwelijk – Internationale bevoegdheid – Brussel IIbis Vo – Artikel 3, 1, a, 2 ^{de} streepje – Rechter van de laatste gewone verblijfplaats van de echtgenoten – Toepasselijk recht op de totstandkoming van het huwelijk – Artikel 46 WIPR – Recht van de staat waarvan de echtgenoten de nationaliteit hebben – Rwandees recht.....	122
Annulation d'un mariage – Compétence internationale – Règlement Bruxelles IIbis – Article 3, par. 1, a, 2 ^{ème} tiret – Tribunal de la dernière résidence habituelle des époux – Droit applicable à la formation du mariage – Art. 46 CODIP – Droit de l'Etat dont les époux possèdent la nationalité – Droit rwandais.....	122
Rechtbank van eerste aanleg te Gent, vonnis van 13 februari 2014.....	133
Incidente erkenning Pakistaans echtscheidingsvonnis – Artikel 22 WIPR – Weigeringsgronden artikel 25 WIPR – Geen verstoting – Erkenning huwelijksakte – Artikel 46 WIPR – Geen bigamie – Erkenning geboorteakte – Artikel 62 WIPR – Artikel 27 WIPR	133
Reconnaissance incidente d'un jugement de divorce pakistanaise – Article 22 CODIP – Motifs de refus article 25 CODIP – Pas de répudiation – Reconnaissance de l'acte de mariage – Article 46 CODIP – Pas de bigamie – Reconnaissance de l'acte de naissance – Article 62 CODIP – Article 27 CODIP	133
RECHTSLEER/DOCTRINE.....	142
Patrick Wautelet (Université de Liège) et Jinske Verhellen (Universiteit Gent) - L'ordre public, la révision au fond et la légalisation: bref commentaire de la circulaire du 14 janvier 2015 relative à la légalisation.....	142
Patrick Wautelet (Université de Liège) - Les procédures concurrentes en Europe: les innovations du Règlement 1215/2012	148
ACTUALITEIT/ACTUALITÉ	164
Regelgeving / Réglementation	164



RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Paradiso en Campanelli tegen Italië, arrest van 27 januari 2015

Draagmoederschapsovereenkomst – Geboorte kind in Rusland – Weigering inschrijving van de geboorteakte – Geen genetische band wensouders – Valse verklaringen wensouders – Adoptie – Bestaan familieleven – Schending van artikel 8 EVRM

Convention de gestation pour autrui – Naissance de l'enfant en Russie – Refus de l'enregistrement de l'acte de naissance – Pas de lien génétique avec les parents intentionnels – Fausses déclarations des parents intentionnels – Adoption – Existence d'une vie familiale – Violation de l'article 8 CEDH

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de: İşıl Karakaş, *présidente*, Guido Raimondi, András Sajó, Nebojša Vučinić, Helen Keller, Egidijus Kūris, Robert Spano, *juges*, t de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 9 décembre 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 25358/12) dirigée contre la République italienne et dont deux ressortissants de cet État, Mme Donatina Paradiso et M. Giovanni Campanelli (« les requérants »), ont saisi la Cour le 27 avril 2012 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Les requérants ont introduit la requête également au nom de l'enfant qui, d'après le certificat de naissance délivré par les autorités russes le 1^{er} mars 2011, serait leur fils, né le 27 février 2011, et s'appellerait Teodoro Campanelli.

2. Les requérants ont été représentés par M^e K. Svitnev, avocat à Moscou, travaillant pour la société Rosjurconsulting. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, Mme E. Spatafora.

3. Les requérants allèguent en particulier que le refus de transcrire le certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil italien et l'éloignement du mineur sont incompatibles avec l'article 8 de la Convention.

4. Le 9 mai 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement. Le gouvernement défendeur et les requérants ont déposé leurs observations. Le 20 février 2014, une question complémentaire a été posée aux parties sur le point de savoir s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso du 13 avril 2013 ayant confirmé



le refus de transcrire le certificat de naissance, et pour contester la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 5 juin 2013, ayant déclaré que les requérants n'avaient plus la qualité pour agir. Le Gouvernement a été invité à déposer la jurisprudence pertinente relative à l'efficacité des remèdes dont il pourrait alléguer l'existence.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont nés respectivement en 1967 et 1955 et résident à Colletorto.

6. Les requérants sont un couple marié. Dans le formulaire de requête, ils ont exposé qu'après avoir vainement fait des tentatives de fécondation *in vitro*, ils décidèrent de recourir à la gestation pour autrui pour devenir parents. Ils contactèrent à cette fin une clinique basée à Moscou, spécialisée dans les techniques de reproduction assistée. Ils conclurent une convention de gestation pour autrui avec la société Rosjurconsulting. Après une fécondation *in vitro* réussie le 19 mai 2010, deux embryons « leur appartenant » furent implantés dans l'utérus d'une mère porteuse le 19 juin 2010. Il n'y avait pas de lien génétique entre cette dernière et les embryons.

7. Le bébé naquit le 27 février 2011. La mère porteuse donna son consentement écrit pour que l'enfant soit enregistré comme fils des requérants. Sa déclaration écrite datée du même jour, lue à haute voix à l'hôpital en présence de son médecin, du médecin chef et du chef de division (de l'hôpital) se lit ainsi (traduction française de la version originale russe):

« Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir planter leurs embryons dans mon utérus.

Sur la base de ce qui précède et conformément à l'alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi fédérale sur l'état civil et à l'alinéa 4 du paragraphe 51 du code de la famille je donne mon consentement pour l'inscription dans l'acte et dans le certificat de naissance du couple ci-dessus comme parents de l'enfant que j'ai accouché. (...) »

Cette déclaration, dans sa traduction italienne annexée à l'original, se lit ainsi (version française):

« Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents génétiques de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir planter leurs embryons dans mon utérus.

Sur la base de ce qui précède et conformément à l'alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi fédérale sur l'état civil et à l'alinéa 4 du paragraphe 51 du code de la famille je donne mon consentement pour l'inscription dans l'acte et dans le certificat de naissance du couple ci-dessus comme parents de l'enfant que j'ai accouché. (...) »

8. Le 10 mars 2011, conformément au droit russe, les requérants furent enregistrés comme parents du nouveau-né. Le certificat de naissance russe, ne mentionnant pas la

gestation pour autrui, fut apostillé selon les dispositions de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (*infra* « la Convention de la Haye ») supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.

9. Le 29 avril 2011, la requérante se rendit au Consulat d'Italie à Moscou pour obtenir les documents permettant au nouveau-né de partir en Italie avec elle. La requérante répondit à des questions et déposa le dossier relatif à la naissance de l'enfant. Le Consulat d'Italie délivra les documents permettant à ce dernier de partir en Italie avec la requérante.

10. Le 30 avril 2011, la requérante et l'enfant arrivèrent en Italie. Quelques jours plus tard, le requérant demanda à la municipalité de Colletorto l'enregistrement du certificat de naissance.

11. Par une note du 2 mai 2011 - qui n'est pas versée au dossier - le Consulat d'Italie à Moscou communiqua au tribunal des mineurs de Campobasso, au ministère des Affaires étrangères, à la préfecture et à la ville de Colletorto, que le dossier relatif à la naissance de l'enfant contenait des données fausses.

12. Le 5 mai 2011, les requérants furent mis en examen pour « altération d'état civil » au sens de l'article 567 du code pénal, pour faux au sens des articles 489 et 479 du code pénal; en outre, pour infraction à l'article 72 de la loi sur l'adoption (loi n° 183/1984), car ils avaient amené l'enfant sans respecter la loi et avaient contourné les limites posées dans l'agrément à l'adoption obtenu le 7 décembre 2006, qui excluait qu'ils puissent adopter un enfant en si bas âge.

13. Le 5 mai 2011, le ministère public près le tribunal pour mineurs de Campobasso demanda l'ouverture d'une procédure d'adoptabilité, car l'enfant devait être considéré comme étant dans un état d'abandon au sens de la loi. Le même jour, le tribunal pour mineurs nomma un curateur spécial au sens de l'article 8 de la loi n° 184/1983 et ouvrit une procédure d'adoptabilité. Le 16 mai 2011, le procureur de la République sollicita la mise sous curatelle de l'enfant au sens des articles 8 et 10 de la loi n° 184/83. Le tribunal nomma un curateur. Il ressort du dossier que les requérants s'opposaient aux mesures concernant l'enfant et avaient demandé à pouvoir adopter le mineur.

14. Le 25 mai 2011, la requérante, assistée par son avocat de confiance, fut interrogée par les carabiniers de Larino. L'intéressée déclara qu'elle s'était rendue en Russie seule, en septembre 2008, avec le liquide séminal de son mari précédemment recueilli. Elle avait souscrit un contrat avec la société Rosjurconsulting, qui s'était engagée à trouver une mère porteuse disposée à accueillir dans son utérus le matériel génétique de la requérante et de son époux, par le biais de la clinique Vitanova de Moscou. Cette pratique était parfaitement légale en Russie et permettait d'obtenir un certificat de naissance indiquant les identités des requérants comme parents. En juin/juillet 2010, la requérante avait été contactée par la société russe au motif qu'une mère porteuse avait été trouvée, et avait donné son accord pour l'intervention. Le 10 mars 2011, la requérante s'était rendue à Moscou. En avril 2011, munie d'un certificat de naissance délivré le 10 mars 2011 par les autorités russes, elle s'était rendue au Consulat d'Italie à Moscou pour obtenir les documents permettant à l'enfant de sortir de Russie et de se rendre en Italie. Le certificat de naissance indiquait les noms des requérants et leur qualité de parents.

15. Le 27 juin 2011, les requérants furent entendus par le tribunal pour mineurs. La requérante déclara qu'après huit tentatives infructueuses de fécondation *in vitro*, et qui avaient mis en danger sa santé, elle avait recouru à la clinique russe car, dans ce pays-là, il était possible d'utiliser les ovules d'une donatrice, qui étaient ensuite implantés dans le ventre de la mère porteuse.

16. Par ailleurs, le curateur de l'enfant demanda au tribunal de suspendre l'autorité parentale des requérants, au sens de l'article 10 § 3 de la loi n° 184/1983.

17. Le 7 juillet 2011, le tribunal ordonna de procéder à un test ADN pour établir si le requérant était le père biologique de l'enfant.

18. Le 11 juillet 2011, le ministre de l'intérieur demanda au bureau de l'état civil de refuser l'enregistrement de l'acte de naissance.

19. Le 1^{er} août 2011, le requérant et l'enfant se soumirent au test ADN. Le résultat de ce test montra qu'il n'y avait pas de lien génétique entre eux.

20. Le 4 août 2011, le bureau de l'état civil refusa l'enregistrement du certificat de naissance. Les requérants introduisirent un recours contre ce refus devant le tribunal de Larino. Le ministère public demanda à ce tribunal de donner une nouvelle identité à l'enfant et de délivrer un nouveau certificat de naissance.

21. Le tribunal de Larino s'étant déclaré incompétent le 29 septembre 2011, la procédure reprit devant la cour d'appel de Campobasso. Les requérants insistaient pour la transcription du certificat de naissance russe.

22. Le 20 octobre 2011, sur la base de l'expertise génétique et des conclusions des parties, y compris celles du curateur de l'enfant, le tribunal pour mineurs décida d'éloigner l'enfant des requérants. Cette décision était immédiatement exécutoire. À la base de sa décision, le tribunal prit en compte les éléments suivants: la requérante avait déclaré ne pas être la mère génétique; les ovules provenaient d'une femme inconnue; le test ADN effectué sur le requérant et sur l'enfant avait démontré qu'il n'y avait aucun lien génétique entre eux; les requérants avaient payé une importante somme d'argent (49 000 euros (EUR)); contrairement à ses dires, rien ne prouvait que le matériel génétique du requérant ait été réellement transporté en Russie. La seule chose qui était sûre dans cette histoire était l'identité de la mère porteuse, qui n'était pas la mère biologique et qui avait renoncé à l'enfant mis au monde. Les parents biologiques demeuraient inconnus. Ceci étant, on n'était pas dans un cas de maternité subrogée, car l'enfant n'avait aucun lien génétique avec les requérants. Ces derniers versaient dans l'illégalité: ils avaient amené un enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils. Ce faisant, ils avaient en premier lieu violé les dispositions sur l'adoption internationale (loi n° 184 du 4 mai 1983), qui en son article 72 prévoyait une infraction pénale, dont l'évaluation n'incombait toutefois pas au tribunal pour mineurs. En deuxième lieu, l'accord conclu par les requérants avec la société Rosjurconsulting était contraire à la loi sur la procréation médicalement assistée (loi n° 40 du 19 février 2004) qui interdisait en son article 4 la fécondation assistée hétérologue. Un terme devait être mis à cette situation illégale et la seule façon était d'éloigner l'enfant des requérants. Certes, l'enfant subirait un préjudice du fait de la séparation, mais, vu la courte période passée avec les requérants et son bas âge, l'enfant surmonterait tout ça. Les recherches pour trouver un couple d'adoptants seraient entamées immédiatement. En outre, vu que les requérants avaient préféré court-circuiter la loi

sur l'adoption malgré l'agrément qu'ils avaient obtenu, on pouvait penser que l'enfant résultait d'un désir narcissique du couple ou bien qu'il était destiné à résoudre des problèmes de couple. En conséquence le tribunal doutait de leur réelle capacité affective et éducative. L'enfant n'ayant ni une famille biologique ni sa mère porteuse, car elle avait renoncé à lui, le tribunal estima que la loi italienne sur l'adoption s'appliquait au cas d'espèce (au sens de l'article 37bis de la loi n° 184/1983), confia l'enfant aux services sociaux et nomma un tuteur pour sa défense.

23. L'enfant fut placé dans une maison d'accueil (*casa famiglia*) dans un endroit inconnu des requérants. Les contacts entre les requérants et l'enfant furent interdits.

24. Les requérants déposèrent un recours (*reclamo*) devant la cour d'appel de Campobasso. Ils arguaient, entre autres, que les juridictions italiennes ne pouvaient pas remettre en cause le certificat de naissance. Ils demandaient, par ailleurs, de ne pas adopter des mesures concernant l'enfant tant que la procédure pénale ouverte contre eux et la procédure engagée pour contester le refus de transcrire le certificat de naissance étaient pendantes.

25. Par une décision du 28 février 2012, la cour d'appel de Campobasso rejeta le recours. Il ressort en particulier de cette décision que l'article 33 de la loi n° 218/95 (loi sur le droit privé international) n'empêchait pas l'autorité judiciaire italienne de ne pas donner suite aux indications certifiées provenant d'un État étranger. Il n'y avait aucune incompétence, car l'article 37bis de la loi sur l'adoption internationale (loi n° 184/1983) prévoyait l'application de la loi italienne si le mineur étranger était en état d'abandon et tel était le cas en l'espèce. Il était par ailleurs inutile d'attendre l'issue de la procédure pénale car la responsabilité pénale des requérants ne jouait aucun rôle. Il était au contraire nécessaire d'adopter une mesure urgente à l'égard de l'enfant pour mettre fin à la situation d'illégalité dans laquelle les intéressés versaient. Contre cette décision il n'était pas possible de former un recours en cassation.

26. Il ressort d'une note datée du 22 mai 2012, adressée par le tribunal pour mineurs au ministère de la Justice, que l'enfant n'avait pas encore été déclaré comme étant adoptable car la procédure portant sur la transcription du certificat de naissance de l'enfant était pendante devant la cour d'appel de Campobasso.

27. Entre-temps, le 30 octobre 2011, le procureur de la République près le tribunal de Larino avait ordonné la saisie conservatoire du certificat de naissance russe, au motif qu'il s'agissait d'une preuve essentielle. Il ressortait en effet du dossier que les requérants non seulement avaient vraisemblablement commis les faits reprochés, mais avaient tenté de les dissimuler. Ils avaient, entre autres, déclaré être les parents biologiques, et avaient corrigé leurs versions des faits au fur et à mesure qu'ils étaient démentis.

28. Les requérants attaquèrent la décision de saisie conservatoire.

29. Par une décision du 20 novembre 2012, le tribunal de Campobasso rejeta le recours des requérants. Il ressort de cette décision qu'il y avait de graves soupçons quant à la commission des infractions reprochées. En particulier, la requérante avait fait circuler la rumeur de sa grossesse; elle s'était présentée au Consulat en laissant sous-entendre qu'elle était la mère naturelle; ensuite, elle avait admis que l'enfant avait été mis au monde par une mère subrogée; aux carabiniers, elle avait déclaré le 25 mai 2011 que le requérant était le père

biologique alors que les tests ADN l'avaient démenti et donc elle avait fait de fausses déclarations; elle avait été très vague quant à l'identité de la mère génétique; les documents relatifs à la maternité subrogée disaient que les deux requérants avaient été vus par les médecins russes ce qui ne concordait pas avec le fait que le requérant n'avait pas été en Russie; les documents concernant l'accouchement n'avaient pas une date avérée. La seule chose certaine était que l'enfant était né et qu'il avait été remis à la requérante contre le paiement de presque 50 000 EUR. L'hypothèse selon laquelle les requérants avaient eu une conduite illégale afin d'obtenir la transcription de la naissance et de contourner les lois italiennes paraissait donc fondée.

30. En novembre 2012, la décision concernant la saisie conservatoire fut transmise par le ministère public au tribunal pour mineurs, car elle avait les implications suivantes. Le chef d'accusation tiré de l'article 72 de la loi n° 184/1983 privait les requérants de la possibilité d'accueillir l'enfant en placement (*affido*) et d'adopter celui-ci ou d'autres mineurs. Il n'y avait donc pas d'autres solutions que de continuer la procédure d'adoption pour l'enfant. Le placement provisoire auprès d'une famille avait été demandé en vertu des articles 8 et 10 de la loi n° 184/83. Le ministère public réitéra sa demande et souligna que l'enfant avait été éloigné plus d'un an auparavant et qu'il vivait depuis en maison d'accueil (*casa famiglia*), où il avait établi des relations significatives avec des personnes appelées à s'occuper de lui. L'enfant n'avait donc pas encore trouvé un environnement familial pouvant remplacer celui qui avait été illégalement offert par ceux qui l'avaient emmené en Italie. Cet enfant semblait destiné à une nouvelle séparation beaucoup plus douloureuse de celle de la mère qui l'avait mis au monde et puis de celle qui prétendait être sa mère.

31. Il ressort du dossier que le 26 janvier 2013, l'enfant fut placé auprès d'une famille d'accueil.

32. En mars 2013, à la demande du tuteur, une expertise visant à déterminer l'âge du mineur fut effectuée. Celle-ci établit que l'enfant était vraisemblablement âgé de 30 mois, et que trois mois d'écart en plus ou en moins étaient possibles.

33. Par ailleurs, début avril 2013, le tuteur demanda au tribunal pour mineurs d'attribuer une identité conventionnelle à l'enfant, afin que celui-ci puisse être inscrit sans difficulté à l'école. Il communiquait que l'enfant avait été placé dans une famille le 26 janvier 2013, mais qu'il était sans identité. Cette « inexistence » avait un fort impact sur les questions administratives: sous quelle identité inscrire l'enfant à l'école, dans son carnet de vaccinations, à son domicile. Il est vrai que cette situation répondait au but de ne pas permettre à la famille d'origine, c'est-à-dire aux requérants, de comprendre où était l'enfant afin de mieux le protéger. Toutefois, une identité temporaire conventionnelle aurait permis de maintenir le secret sur l'identité réelle de l'enfant et, en même temps, aurait permis à ce dernier d'accéder aux services publics alors qu'il lui était loisible seulement d'utiliser les services médicaux d'urgence.

34. Par une décision immédiatement exécutoire du 3 avril 2013, la cour d'appel de Campobasso se prononça au sujet du certificat de naissance, duquel il était question d'ordonner ou pas la transcription (au sens de l'article 95 du décret du Président de la République (« DPR ») n° 396/00). Elle rejeta l'exception soulevée par le tuteur selon laquelle les requérants n'avaient pas la qualité pour agir devant la cour; elle reconnut en effet aux requérants la capacité d'ester en justice dans la mesure où ils résultaient être les « parents » dans l'acte de naissance qu'ils souhaitaient transcrire. Toutefois, il était évident que les

requérants n'étaient pas les parents biologiques. Il n'y avait donc pas eu de gestation pour autrui, alors que les requérants dans leur mémoire avaient parlé de fécondation assistée hétérologue; les parties s'accordaient pour dire que la loi russe présupposait un lien biologique entre l'enfant et au moins un des parents potentiels pour pouvoir parler de maternité de substitution. L'acte de naissance était donc faux (*ideologicamente falso*). Ensuite, étant donné que rien ne montrait que l'enfant avait la citoyenneté russe, l'argument des requérants tiré de l'inapplicabilité de la loi italienne se heurtait à l'article 33 de la loi n° 218/95, selon lequel la filiation était déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. Il était en outre contraire à l'ordre public de transcrire le certificat litigieux car il était faux. Les requérants plaident leur bonne foi et alléguent qu'ils n'arrivaient pas à s'expliquer pourquoi, à la clinique russe, le liquide séminal du requérant n'avait pas été utilisé; toutefois ceci ne changeait rien à la situation et ne remédiait pas au fait que le requérant n'était pas le père biologique. En conclusion, il était légitime de refuser la transcription du certificat de naissance russe ainsi que d'accueillir la demande du ministère public d'établir un nouvel acte de naissance. Par conséquent la cour ordonna la délivrance d'un nouvel acte de naissance dans lequel il serait indiqué que l'enfant était fils de parents inconnus, né à Moscou le 27 février 2011, et un nouveau nom (déterminé au sens du DPR n° 396/00).

35. La procédure portant sur l'adoption de l'enfant reprit devant le tribunal pour mineurs. Les requérants confirmèrent leur opposition au placement de l'enfant auprès de tierces personnes. Le tuteur demanda de déclarer que les requérants n'avaient plus de *locus standi*. Le ministère public demanda au tribunal de ne pas se prononcer sur sa demande de déclarer l'enfant adoptable en utilisant le nom qu'il avait à l'origine, au motif qu'il avait entre-temps ouvert une deuxième procédure pour demander la déclaration d'adoptabilité pour l'enfant sous sa nouvelle identité d'enfant de parents inconnus. Le 5 juin 2013, compte tenu des éléments du dossier, le tribunal pour mineurs déclara que les requérants n'avaient plus la qualité pour agir dans la procédure d'adoption qu'ils avaient entamée, étant donné qu'ils n'étaient ni les parents ni les membres de la famille de l'enfant, au sens de l'article 10 de la loi n° 184/1983. Le tribunal déclara qu'il réglerait la question de l'adoption de l'enfant dans le cadre de l'autre procédure d'adoption, à laquelle le ministère public s'était référé.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. La loi sur le droit international privé

36. Aux termes de l'article 33 de la loi n° 218 de 1995 sur le droit international privé, la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance.

B. La loi de simplification de l'état civil

37. Le décret du Président de la République du 3 novembre 2000, n° 396 (loi de simplification de l'état civil) prévoit que les déclarations de naissance relatives à des ressortissants italiens qui ont été faites à l'étranger doivent être transmises aux autorités consulaires (article 15). Les autorités consulaires transmettent copie des actes aux fins de la transcription à l'état civil de la commune où l'intéressé entend établir sa résidence (article 17). Les actes formés à l'étranger ne peuvent être transcrits s'ils sont contraires à l'ordre public (article 18). Pour qu'elles déplient leurs effets en Italie, les décisions (*provvedimenti*)



étrangères prononcées en matière de capacité des personnes ou d'existence de relations familiales (...) ne doivent pas être contraires à l'ordre public (article 65).

C. La loi sur la procréation médicalement assistée

38. La loi n° 40 du 19 février 2004 prévoyait en son article 4 l'interdiction de recourir à la procréation hétérologue. Le non-respect de cette disposition entraînait une sanction pécuniaire allant de 300 000 EUR à 600 000 EUR.

Par un arrêt du 9 avril 2014, la Cour constitutionnelle a déclaré ces dispositions inconstitutionnelles.

D. Les dispositions pertinentes en matière d'adoption

39. Les dispositions relatives à la procédure d'adoption sont consignées dans la loi n° 184/1983.

Selon l'article 2, le mineur qui est resté temporairement sans un environnement familial adéquat peut être confié à une autre famille, si possible comprenant des enfants mineurs, ou à une personne seule, ou à une communauté de type familial, afin de lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction. Au cas où un placement familial adéquat ne serait pas possible, il est permis de placer le mineur dans un institut d'assistance public ou privé, de préférence dans la région de résidence du mineur.

L'article 5 prévoit que la famille ou la personne à laquelle le mineur est confié doivent lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction (...) compte tenu des indications du tuteur et en observant les prescriptions de l'autorité judiciaire. Dans tous les cas, la famille d'accueil exerce la responsabilité parentale en ce qui concerne les rapports avec l'école et le service sanitaire national. La famille d'accueil doit être entendue dans la procédure de placement et celle concernant la déclaration d'adoptabilité.

Par ailleurs, l'article 7 prévoit que l'adoption est possible au bénéfice des mineurs déclarés adoptables.

L'article 8 prévoit que « peuvent être déclarés en état d'adoptabilité par le tribunal pour enfants, même d'office, (...) les mineurs en situation d'abandon car dépourvus de toute assistance morale ou matérielle de la part des parents ou de la famille tenus d'y pourvoir, sauf si le manque d'assistance est dû à une cause de force majeure de caractère transitoire ». « La situation d'abandon subsiste », poursuit l'article 8, « (...) même si les mineurs se trouvent dans un institut d'assistance ou s'ils ont été placés auprès d'une famille ». Enfin, cette disposition prévoit que la cause de force majeure cesse si les parents ou d'autres membres de la famille du mineur tenus de s'en occuper refusent les mesures d'assistance publique et si ce refus est considéré par le juge comme injustifié. La situation d'abandon peut être signalée à l'autorité publique par tout particulier et peut être relevée d'office par le juge. D'autre part, tout fonctionnaire public, ainsi que la famille du mineur, qui ont connaissance de l'état d'abandon de ce dernier, sont obligés d'en faire la dénonciation. Par ailleurs, les instituts d'assistance doivent informer régulièrement l'autorité judiciaire de la situation des mineurs qu'ils accueillent (article 9).

L'article 10 prévoit ensuite que le tribunal peut ordonner, jusqu'au placement pré-adoptif du mineur dans la famille d'accueil, toute mesure temporaire dans l'intérêt du mineur, y compris, le cas échéant, la suspension de l'autorité parentale.

Les articles 11 à 14 prévoient une instruction visant à éclaircir la situation du mineur et à établir si ce dernier se trouve dans un état d'abandon. En particulier, l'article 11 dispose que

lorsque, au cours de l'enquête, il ressort que l'enfant n'a de rapports avec aucun membre de sa famille jusqu'au quatrième degré, il peut déclarer l'état d'adoptabilité sauf s'il existe une demande d'adoption au sens de l'article 44.

À l'issue de la procédure prévue par ces derniers articles, si l'état d'abandon au sens de l'article 8 persiste, le tribunal des mineurs déclare le mineur adoptable si: a) les parents ou les autres membres de la famille ne se sont pas présentés au cours de la procédure; b) leur audition a démontré la persistance du manque d'assistance morale et matérielle ainsi que l'incapacité des intéressés à y remédier; c) les prescriptions imposées en application de l'article 12 n'ont pas été exécutées par la faute des parents (article 15). L'article 15 prévoit également que la déclaration d'état d'adoptabilité est prononcée par le tribunal des mineurs siégeant en chambre du conseil par décision motivée, après avoir entendu le ministère public, le représentant de l'institut auprès duquel le mineur a été placé ou de son éventuelle famille d'accueil, le tuteur et le mineur lui-même s'il est âgé de plus de douze ans ou, s'il est plus jeune, si son audition est nécessaire.

L'article 17 prévoit que l'opposition à la décision déclarant un mineur adoptable doit être déposée dans un délai de trente jours à partir de la date de la communication à la partie requérante.

L'article 19 prévoit que pendant l'état d'adoptabilité, l'exercice de l'autorité parentale est suspendu.

L'article 20 prévoit enfin que l'état d'adoptabilité cesse au moment où le mineur est adopté ou si ce dernier devient majeur. Par ailleurs, l'état d'adoptabilité peut être révoqué, d'office ou sur demande des parents ou du ministère public, si les conditions prévues par l'article 8 ont entre-temps disparu. Cependant, si le mineur a été placé dans une famille en vue de l'adoption (*affidamento preadottivo*) au sens des articles 22 à 24, l'état d'adoptabilité ne peut pas être révoqué.

L'article 44 prévoit certains cas d'adoption spéciale: l'adoption est possible au bénéfice des mineurs qui n'ont pas encore été déclarés adoptables. En particulier, l'article 44 d) prévoit l'adoption quand il est impossible de procéder à un placement en vue de l'adoption.

40. L'article 37bis de cette loi prévoit que la loi italienne s'applique aux mineurs étrangers qui sont en Italie pour ce qui est de l'adoption, du placement et des mesures urgentes.

Au sens de l'article 72 de la loi sur l'adoption internationale, celui qui introduit sur le territoire de l'État un mineur étranger en violation des dispositions prévues par ladite loi, afin de se procurer de l'argent ou d'autres bénéfices, et afin que le mineur soit confié définitivement à des citoyens italiens, commet une infraction pénale punie d'une peine d'emprisonnement de un à trois ans. Cette peine s'applique également à ceux qui, en échange d'argent ou d'autres bénéfices, accueillent des mineurs étrangers en « placement » de manière définitive. La condamnation pour cette infraction entraîne l'incapacité d'accueillir des enfants en placement (*affidi*) et l'incapacité de devenir tuteur.

E. Le recours en cassation aux termes de l'article 111 de la Constitution

41. Aux termes de l'article 111 alinéa 7 de la Constitution, il est toujours possible de se pourvoir en cassation pour alléguer la violation de la loi s'agissant de décisions judiciaires portant sur les restrictions à la liberté personnelle. La Cour de cassation a élargi le domaine d'application de ce remède aux procédures civiles lorsque la décision à contester a un impact substantiel sur des situations (*decisoria*) et elle ne peut pas être modifiée ou révoquée par le même juge qui l'a prononcée (*definitiva*).

Les décisions concernant des mesures urgentes à l'égard d'un mineur en état d'abandon prises par décision du tribunal pour mineurs sur la base de l'article 10 de la loi sur l'adoption (articles 330 et suivants du code civil, 742 du code de procédure civile) sont modifiables et révocables. Elles peuvent faire l'objet d'une réclamation devant la cour d'appel. S'agissant de décisions pouvant être modifiées et révoquées en tout temps, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en cassation (Cassation civile, Sec. I, arrêt du 18.10.2012, n° 17916)

III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. La Convention de la Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers

42. La Convention de la Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers a été conclue le 5 octobre 1961. Elle s'applique aux actes publics - tels que définis à l'article 1 - qui ont été établis sur le territoire d'un État contractant et qui doivent être produits sur le territoire d'un autre État contractant.

Article 2

« Chacun des États contractants dispense de légalisation les actes auxquels s'applique la présente Convention et qui doivent être produits sur son territoire. La légalisation au sens de la présente Convention ne recouvre que la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur lequel le territoire duquel l'acte doit être produit atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. »

Article 3

« La seule formalité qui puisse être exigée pour attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, est l'apposition de l'apostille définie à l'article 4, délivrée par l'autorité compétente de l'État d'où émane le document. »

Article 5

« L'apostille est délivrée à la requête du signataire ou de tout porteur de l'acte. Dûment remplie, elle atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. La signature, le sceau ou timbre qui figurent sur l'apostille sont dispensés de toute attestation ».

Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé.



B. Les dispositions pertinentes de droit russe

43. La loi fondamentale sur la protection de la santé des citoyens prévoit à son article 55 la maternité subrogée parmi les techniques de reproduction assistée. Peuvent accéder à ce type de techniques les couples mariés et non mariés, ainsi que les célibataires. La maternité subrogée est le fait de porter et remettre un enfant sur la base d'un contrat conclu par la mère porteuse et les parents « potentiels ». La mère porteuse doit être âgée d'au moins 20 ans et au maximum de 35 ans, avoir déjà eu un enfant en bonne santé et avoir donné son consentement écrit à l'intervention. Cette dernière ne peut se faire que dans les cliniques autorisées. Le décret du ministère de la Santé n° 67 de 2003 règle les modalités et les conditions.

Si les dispositions pertinentes ont été respectées, le résultat de la maternité subrogée est qu'un couple marié est reconnu comme couple de parents d'un enfant né d'une mère porteuse. Cette dernière doit donner son consentement écrit pour que le couple soit reconnu comme parents (article 51 § 4 du code de la famille du 29 décembre 1995).

C. Les principes adoptés par le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales du Conseil de l'Europe

44. Le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur du comité directeur de bioéthique, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé:

- « 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.
- 2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.
- 3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.
- 4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition:
 - a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
 - b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. »

EN DROIT

I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES AU NOM DE L'ENFANT

45. Les requérants se plaignent au nom de l'enfant de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et des mesures d'éloignement et placement

adoptées par les juridictions italiennes. Ils allèguent la violation des articles 6, 8 et 14 de la Convention, de la Convention de la Haye ainsi que de la Convention sur la protection des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

46. Selon le Gouvernement, les requérants ne peuvent pas représenter l'enfant devant la Cour, au motif que celui-ci est déjà représenté au niveau national par un tuteur qui est intervenu dans la procédure devant les juridictions nationales. Nommé le 20 octobre 2011 par le tribunal pour mineurs de Campobasso et confirmé par la cour d'appel de Campobasso le 21 février 2012, le tuteur représente l'enfant et gère ses biens. En conclusion, la requête présentée au nom de l'enfant par les requérants, qui défendent leur propre intérêt et non celui de l'enfant, serait, pour cette partie, incompatible *ratione personae*.

47. Les requérants contestent la thèse du Gouvernement.

48. La Cour rappelle qu'il convient d'éviter une approche restrictive ou purement technique en ce qui concerne la représentation des enfants devant les organes de la Convention; en particulier, il faut tenir compte des liens entre l'enfant concerné et ses « représentants », de l'objet et du but de la requête ainsi que de l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts (*Moretti et Benedetti c. Italie*, n° 16318/07, § 32, 27 avril 2010; voir aussi *S.D., D.P., et T. c. Royaume-Uni*, n° 23714/94, décision de la Commission du 20 mai 1996, non publiée).

49. En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que les requérants n'ont aucun lien biologique avec l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si le certificat de naissance établi en Russie a déployé des effets en Italie et lesquels, l'enfant a été placé sous tutelle depuis le 20 octobre 2011 et a été représenté par le tuteur dans les procédures internes. La procédure visant la reconnaissance du lien de filiation en Italie n'a pas abouti et l'enfant a une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance. Les requérants ont été déboutés de la procédure visant l'adoption de l'enfant. La procédure visant à donner en adoption l'enfant à une autre famille est en cours, et l'enfant est déjà placé dans une famille d'accueil. Aucune procuration n'a été signée en faveur des requérants pour que les intérêts de l'enfant soient représentés par eux devant la Cour. Ceci implique que les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire.

50. Dans ces circonstances, la Cour estime que les requérants n'ont pas qualité pour agir devant la Cour pour le compte de l'enfant (*Moretti et Benedetti*, précité, § 35). Cette partie de la requête doit donc être rejetée comme étant incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de celle-ci.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION PAR LES REQUÉRANTS EN LEUR NOM

51. Les requérants allèguent que le refus par les autorités italiennes d'enregistrer le certificat de naissance délivré en Russie et les décisions d'éloignement de l'enfant adoptées par les juridictions nationales ont méconnu la Convention de la Haye conclue le 5 octobre 1961 et ont porté atteinte à leur vie privée et familiale telle que garantie par l'article 8 de la Convention. Ils allèguent en outre la violation de l'article 6, au motif que la procédure portant sur l'éloignement du mineur n'a pas été équitable.

52. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

53. Selon une jurisprudence constante, les Parties contractantes sont responsables en vertu de l'article 1 de la Convention de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction à cet égard entre les différents types de normes ou de mesures et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention. La Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 33 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations avec les parties, en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (voir, entre autres, *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, §§ 168-169, CEDH 2012). Ainsi, même si le droit d'obtenir la transcription d'un certificat de naissance étranger ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention, la Cour va examiner la requête sous l'angle de la Convention dans le contexte des autres traités internationaux pertinents.

54. Maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, la Cour estime approprié d'examiner cette partie de la requête uniquement sous l'angle de l'article 8 de la Convention, lequel exige que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte, comme il se doit, les intérêts protégés par cette disposition (*Moretti et Benedetti*, précité, § 49; *Havelka et autres c. République tchèque*, n° 23499/06, §§ 34-35, 21 juin 2007; *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 56, CEDH 2002-I; *Wallová et Walla c. République tchèque*, n° 23848/04, § 47, 26 octobre 2006). L'article 8 de la Convention dispose ainsi dans ses parties pertinentes:

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...).

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Sur la recevabilité

1. Sur l'exception tirée de l'article 34 de la Convention

55. Le Gouvernement excipe que les requérants ne peuvent pas agir devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention, car l'enfant a été mis sous tutelle.

56. Les requérants s'opposent à cette thèse.

57. La Cour doit examiner la question de savoir si les requérants peuvent ester en justice et s'ils peuvent se prétendre victimes des violations alléguées au sens de l'article 34 de la Convention. Elle note à cet égard que les juridictions italiennes ont reconnu la qualité pour agir en justice des requérants, étant donné que ceux-ci étaient les parents de l'enfant d'après le certificat de naissance russe, et qu'au moins initialement, les intéressés avaient l'autorité

parentale sur l'enfant. Il s'ensuit que les requérants peuvent soulever leurs griefs devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention. L'exception du Gouvernement doit dès lors être rejetée.

2. Sur l'exception de non épuisement des voies de recours internes

58. Le Gouvernement a observé que les procédures nationales étaient pendantes. Il s'est référé en particulier à la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants et à la procédure se déroulant devant le tribunal pour mineurs de Campobasso. Invité par la suite (paragraphe 4 ci-dessus) à préciser s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant confirmé le refus de transcrire le certificat de naissance, et s'il existait un remède efficace pour contester la décision d'exclusion de la procédure du tribunal pour mineurs, le Gouvernement a répondu par l'affirmative. Toutefois, il n'a pas déposé de jurisprudence pertinente.

59. Les requérants s'opposent à la thèse du Gouvernement.

60. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes tels qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 65-69, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV). Elle se doit de décider si les requérants ont satisfait à cette condition.

61. La Cour relève en premier lieu que la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants était pendante au moment de l'introduction de la requête. Toutefois, elle note, d'une part, que les juridictions civiles ont adopté leurs décisions sans attendre l'issue de cette procédure, d'autre part, que les griefs des requérants ne visent pas la procédure pénale en tant que telle. Par conséquent, un problème de non-épuisement des voies de recours internes ne se pose pas sur ce point et la Cour considère que l'exception du Gouvernement n'est pas pertinente et doit être rejetée.

62. S'agissant de la procédure intentée par les requérants dans le but d'obtenir la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, la Cour note que les requérants n'ont pas formé un pourvoi en cassation contre la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant rejeté leur recours en date du 3 avril 2013. Le Gouvernement a affirmé l'existence et l'efficacité d'un tel pourvoi sans fournir de jurisprudence pertinente.

La Cour ne dispose donc pas de décisions rendues par la Cour de cassation dans des cas analogues, où l'enjeu serait également la reconnaissance d'un acte étranger contraire au droit national. Elle est toutefois convaincue que la situation dénoncée par les requérants aurait dû être soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, qui est l'instance nationale susceptible d'interpréter la loi. Il s'ensuit que, sur ce point, les requérants n'ont pas satisfait à la condition d'épuisement des voies de recours internes.

Le grief tiré de l'impossibilité d'obtenir la transcription du certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil doit dès lors être rejeté conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

63. S'agissant du grief tiré des mesures d'éloignement et mise sous tutelle de l'enfant, la Cour relève que la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 20 octobre 2011 a été attaquée devant la cour d'appel de Campobasso. Cette dernière a rejeté le recours des



requérants et a confirmé les mesures le 28 février 2012. Étant donné le caractère non définitif de ce type de décisions, il n'était pas possible de se pourvoir en cassation (paragraphe 41 ci-dessus).

La Cour estime dès lors que les requérants ont épuisé les voies de recours internes sur ce point. Elle constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

64. Quant à la décision prononcée par le tribunal pour mineurs de Campobasso le 5 juin 2013, ayant décrété que les intéressés ne pouvaient pas poursuivre la procédure concernant l'enfant dénommé Teodoro Campanelli car ils n'avaient plus la qualité pour agir, la Cour note que les requérants n'ont pas attaqué cette décision devant la cour d'appel et puis devant la Cour de cassation. Toutefois, au vu des circonstances de l'espèce, la Cour doute de l'efficacité de ces remèdes en l'espèce. En effet, la décision du tribunal pour mineurs en question a été prononcée environ vingt mois après le moment de l'éloignement de l'enfant. Ce dernier, considéré en état d'abandon à défaut de liens biologiques avec au moins un des requérants, avait été placé aux fins de l'adoption auprès d'une famille depuis au moins janvier 2013. Le tribunal pour mineurs était appelé à se prononcer sur l'adoption de l'enfant dans le cadre d'une autre procédure, ouverte entre-temps à l'égard de l'intéressé sous sa nouvelle identité, à laquelle les requérants n'avaient pas la possibilité de participer. De plus, le Gouvernement n'a fourni aucune décision montrant que dans un tel cas les recours disponibles auraient eu une chance raisonnable de succès. La Cour estime dès lors que même si des recours étaient ouverts contre la décision du tribunal pour mineurs du 5 avril 2013, les requérants n'étaient pas tenus de les épuiser (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 66-67, *Recueil* 1996-IV; *Scordino c. Italie* (déc.), n° 36813/97, CEDH 2003-IV)

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

65. Les requérants observent que le problème soulevé par la requête ne concerne ni la maternité de substitution, ni la procréation assistée, ni les liens génétiques entre parents et enfants ni, enfin, l'adoption. Le problème en cause est le refus de reconnaître un certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et l'éloignement de l'enfant décidé par les autorités italiennes. Malgré l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation et malgré l'éloignement de l'enfant, les requérants ont l'autorité parentale sur ce dernier, même s'ils ne sont pas ses parents biologiques, et ce grâce au certificat de naissance, délivré par les autorités russes compétentes.

Le certificat litigieux est authentique, comme le prouve l'apostille, et, au nom de la sécurité juridique, il aurait dû être enregistré conformément à la Convention de la Haye sur l'apostille conclue le 5 octobre 1961. Il a été délivré conformément au droit russe, selon lequel il n'est pas nécessaire d'avoir un lien génétique pour établir un lien de filiation. L'origine de l'enfant a été établie par les autorités russes compétentes qui ont tenu compte de toutes les circonstances de sa naissance. L'avocat des requérants a soumis à cet égard un article rédigé par lui-même et publié dans « Open Access Scientific Reports ». Il ressort de cet article que la donation de gamètes et d'embryons est permise en Russie, même au niveau commercial. La maternité subrogée à des fins commerciales n'est pas interdite non plus. Il est donc possible en Russie d'acheter des gamètes auprès d'une banque (*IVF clinic's database*); de cette façon



les gamètes achetés par les parents potentiels deviennent « leurs » gamètes, ce qui leur permettra d'être considérés comme parents.

Les requérants n'ont jamais commis d'infractions en Russie. Ils n'en ont pas commis non plus en Italie. Ils étaient libres de passer la frontière et d'aller là où la législation permet la fécondation *in vitro* hétérologue. En prétendant, à tort et sans fournir de raisons valables, que le certificat de naissance était faux, les autorités italiennes ont agi illégalement. Le seul critère qui aurait dû guider les autorités italiennes dans leurs décisions devait être l'intérêt de l'enfant: celui de pouvoir rester auprès des requérants.

66. Le Gouvernement fait observer qu'en délivrant les documents de voyage permettant à l'enfant de partir en Italie, le Consulat italien de Moscou a respecté ses obligations internationales. L'apostille apposée sur le certificat de naissance russe n'empêchait toutefois pas les autorités italiennes de vérifier la véracité du contenu du dossier lié à la naissance de l'enfant. Le droit italien trouve à s'appliquer en l'espèce. L'article 18 du DPR n° 396/2000 appelle les autorités italiennes à vérifier si l'acte de naissance est contraire ou non à l'ordre public interne et donc s'il est apte ou pas à être transcrit dans les registres de l'état civil. La filiation se détermine au sens de l'article 33 de la loi sur le droit international privé. Les juridictions nationales ont prouvé l'absence de tout lien biologique entre les requérants et l'enfant. Il s'agit donc d'un certificat de naissance faux dans son contenu. À supposer qu'il y ait eu une ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, celle-ci est conforme à l'article 8 de la Convention car elle repose sur une base légale, elle répond au but de protéger l'enfant et est nécessaire dans une société démocratique. Étant donné l'agrément qu'ils avaient obtenu, les requérants auraient pu adopter un enfant, d'autant plus que l'accord bilatéral conclu entre l'Italie et la Russie le 6 novembre 2008 a permis 781 adoptions régulières dans la seule année 2011. Le Gouvernement fait enfin observer qu'il n'y a pas de consensus européen en matière de gestation pour autrui.

2. Appréciation par la Cour

a) Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention

67. Conformément à sa jurisprudence, la Cour relève que la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31, Série A n° 31; *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 150, CEDH 2001-VII). La notion de « famille » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens « familiaux » *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 30, série A n° 297-C; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 55, série A n° 112; *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 36, *Recueil 1997-II*). Par ailleurs, les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille; il presuppose l'existence d'une famille (*Marckx*, précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62,

série A n° 94), ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (*Pini et autres c. Roumanie*, n°s 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V).

68. La Cour note que le cas d'espèce présente des similitudes avec l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007). Dans l'affaire luxembourgeoise il était question de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance au Luxembourg de la décision judiciaire péruvienne prononçant l'adoption plénière d'une requérante au profit d'une deuxième requérante. La Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale malgré l'absence de reconnaissance de l'adoption, en prenant en compte le fait que des liens familiaux *de facto* existaient depuis plus de dix ans entre les requérantes et que la deuxième se comportait à tous égards comme la mère de la mineure.

Dans une autre affaire (*Moretti et Benedetti*, précitée, §§ 50-52), il était question d'un couple marié de requérants qui avaient accueilli un enfant âgé d'un mois dans leur famille. Ils avaient passé dix-neuf mois avec lui avant que les juridictions italiennes ne décident de placer l'enfant auprès d'une autre famille aux fins d'adoption. La Cour a également conclu à l'existence d'une vie familiale *de facto*, confirmée entre autres par les expertises conduites sur la famille, malgré l'absence de tout rapport juridique de parenté (§§ 50-52).

69. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser la transcription de l'acte de naissance russe qui avait établi la filiation. Ce certificat n'ayant pas été reconnu en droit italien, il n'a pas fait naître un rapport juridique de parenté à proprement parler, même si les requérants ont eu, au moins initialement, l'autorité parentale sur l'enfant, comme le prouve la demande de suspension de l'autorité parentale introduite par le curateur. La Cour se doit dès lors de prendre en compte les liens familiaux *de facto*. À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie: six mois en Italie, à partir du troisième mois de vie de l'enfant. Avant cette période, la requérante avait déjà passé quelques semaines avec lui en Russie. Même si la période en tant que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale *de facto* entre les requérants et l'enfant. Il s'ensuit que l'article 8 de la Convention s'applique en l'espèce.

70. À titre surabondant, la Cour note que, dans le cadre de la procédure engagée pour obtenir la reconnaissance de la filiation, le requérant s'est soumis à un test ADN. Il est vrai qu'aucun lien génétique n'a été établi entre le requérant et l'enfant (*a contrario, Keegan*, précité, § 45). Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 protège non seulement la « vie familiale », mais aussi la « vie privée ». Cette dernière inclut, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (*mutatis mutandis, Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B.). Il semble d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de vie privée comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 39, série A n° 160). En l'espèce, le requérant a cherché, par la voie judiciaire, à établir s'il était géniteur. Sa demande de reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger s'est donc doublée d'une quête de la vérité biologique, visant à déterminer ses liens avec l'enfant. En conséquence, il existait une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée du requérant. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention (*Mikulić*, précité, § 55).



b) Sur l'observation de l'article 8 de la Convention

71. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser, de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Aux yeux de la Cour cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 123). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si elle remplit les conditions cumulatives d'être prévue par la loi, de poursuivre un but légitime, et d'être nécessaire dans une société démocratique. La notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 50, CEDH 2000-IX; *Pontes c. Portugal*, n° 19554/09, § 74, 10 avril 2012).

72. S'agissant de la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi », la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 5 de la Convention de la Haye de 1961, le seul effet de l'apostille est celui de certifier l'authenticité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé. En l'espèce, les juridictions italiennes ne se sont pas basées sur le certificat de naissance étranger mais elles ont opté pour l'application du droit italien s'agissant du lien de filiation. En fait, l'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu de ce que l'enfant est issu de gamète de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie. Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire. Enfin, la Cour relève que les mesures à l'égard de l'enfant prises par le tribunal pour mineurs et confirmées par la cour d'appel de Campobasso s'appuient sur les dispositions de droit interne. Il s'ensuit que l'ingérence – fondée en particulier sur les articles pertinents de la loi sur le droit international privé et de la loi sur l'adoption internationale – était « prévue par la loi ».

73. S'agissant du but légitime, aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu de douter que les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la « défense de l'ordre », dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la loi sur l'adoption internationale et le recours aux techniques de reproduction assistée hétérologue était, à l'époque des faits, interdit. En outre, les mesures en question visaient la protection des « droits et libertés » de l'enfant.

74. Pour apprécier la « nécessité » des mesures litigieuses « dans une société démocratique », la Cour examine, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8. Dans les affaires délicates et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude en matière d'adoption (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 127) ou pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en



particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 166, CEDH 2001-VII; *Kutzner*, précité, § 67).

75. Dans la présente affaire, la question est de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 133-134; *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 81, CEDH 2014 (extraits); *Labassee c. France*, n° 65941/11, § 60, 26 juin 2014).

76. La Cour relève qu'en l'espèce il y a l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas si entre les futurs parents et l'enfant à naître il faut un lien biologique. En outre, les requérants n'ont pas argué devant les juridictions nationales que le droit russe n'exigeait pas un lien génétique avec au moins un des futurs parents pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de comparer la législation des États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, la Cour est confrontée à un dossier dans lequel une société russe – pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg – a encaissé une somme d'argent des requérants; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons; elle a remis l'enfant aux requérants; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi « ses » embryons. Indépendamment de toute considération éthique quant aux agissements de la société Rosjurconsulting, les conséquences de ces agissements ont été très lourdes pour les requérants, surtout si l'on prend en compte le fait que le requérant était certain d'être le père biologique de l'enfant et qu'à ce jour il n'a pas été démontré qu'il n'était pas de bonne foi.

77. L'application du droit national a eu pour conséquence la non reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient pas un lien génétique avec l'enfant. La Cour ne néglige pas les aspects émotionnels de ce dossier où il a été question, pour les requérants, de constater leur incapacité à procréer; de demander l'agrément pour adopter; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, d'attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables; de nourrir un espoir lorsqu'en 2010, les requérants se sont résolus à souscrire un contrat avec Rosjurcosulting et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant; de sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Elles ont toutefois estimé que la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut. Selon la Cour, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable (*a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).



78. Il reste néanmoins à savoir si, dans une telle situation, les mesures prises à l’égard de l’enfant – notamment son éloignement et sa mise sous tutelle – peuvent passer pour des mesures proportionnées, à savoir si l’intérêt de l’enfant a été pris en compte de manière suffisante par les autorités italiennes.

79. La Cour note à cet égard que le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l’enfant était sans environnement familial adéquat aux termes de la loi sur l’adoption internationale. Pour parvenir à cette conclusion, les juges nationaux ont pris en compte le fait que l’enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d’illégalité dans laquelle les requérants versaient: ces derniers avaient amené l’enfant en Italie en faisant croire qu’il s’agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l’adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s’étaient adressés à Rosjurconsulting une volonté de court-circuiter la loi sur l’adoption malgré l’agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d’un désir narcissique du couple ou que l’enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors on pouvait douter de leurs capacités affective et éducative. Il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l’enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui. La perspective suivie par les juridictions nationales répondait manifestement au besoin de mettre un terme à la situation d’illégalité.

80. Selon la Cour, la référence à l’ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l’obligation de prendre en compte l’intérêt supérieur de l’enfant incombe à l’État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre. À cet égard, la Cour rappelle que dans l’affaire *Wagner et J.M.W.L.* précitée, les autorités luxembourgeoises n’avaient pas reconnu la filiation établie à l’étranger au motif que celle-ci se heurtait à l’ordre public; cependant, elles n’avaient adopté aucune mesure visant l’éloignement du mineur ou l’interruption de la vie familiale. En effet, l’éloignement de l’enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu’en tout dernier ressort. Pour qu’une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l’enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n° 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 136, CEDH 2010; *Y.C. c. Royaume-Uni*, n° 4547/10, §§ 133-138, 13 mars 2012; *Pontes c. Portugal*, n° 19554/09, §§ 74-80, 10 avril 2012). Le seuil établi dans la jurisprudence est très élevé, et la Cour estime utile de rappeler les passages suivants tirés de l’arrêt *Pontes* précité:

« § 74. La Cour rappelle que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (*Kutzner*, précité, § 58) et que des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l’article 8 de la Convention (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 151, CEDH 2001-VII). Pareille ingérence méconnaît l’article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire, dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Couillard Maugery c. France*, n° 64796/01, § 237, 1^{er} juillet 2004).

§ 75. Si l’article 8 tend pour l’essentiel à prémunir l’individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l’État des obligations

positives inhérentes au « respect » effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés (voir, par exemple, *Eriksson c. Suède*, 22 juin 1989, § 71, série A n° 156; *Olsson c. Suède* (n° 2), 27 novembre 1992, § 90, série A n° 250; *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, § 94, CEDH 2000-I; *Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 51, CEDH 2000-IX et, dernièrement, *Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC]*, n° 41615/07, § 140, CEDH 2010). La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents - ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public - (*Maumousseau et Washington c. France*, n° 93388/05, § 62, CEDH 2007-XIII), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante (dans ce sens *Gnahoré*, précité, § 59, CEDH 2000-IX), pouvant, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents (*Sahin c. Allemagne [GC]*, n° 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). L'intérêt de ces derniers, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu (*Haase c. Allemagne*, n° 11057/02, § 89, CEDH 2004-III (extraits), ou *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 58). Dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 121, §§ 60 et 61, et *Gnahoré*, précité, § 52). La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités internes pour réglementer la prise en charge d'enfants par l'administration publique et les droits des parents de ces enfants, mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A).

§ 76. La Cour rappelle que, si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel lié aux mesures d'ingérence doit être équitable et propre à respecter les intérêts protégés par cette disposition. Il échoue dès lors de déterminer, en fonction des circonstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour « nécessaire » au sens de l'article 8 (*W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, § 64, série A n° 121).

§ 77. Pour apprécier la « nécessité » de la mesure litigieuse « dans une société démocratique », la Cour considérera si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les motifs invoqués à l'appui de celle-ci étaient pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. À cette fin, elle tiendra compte du fait que l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité (*Scozzari et Giunta c. Italie [GC]*, nos 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII).

§ 78. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier en particulier la nécessité de prendre en charge un enfant, il lui faut en revanche exercer un contrôle plus rigoureux sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les



autorités au droit de visite des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et des enfants au respect de leur vie familiale. Ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un jeune enfant (*Gnahoré* précité, § 54, et *Sahin c. Allemagne* [GC], n°30943/96, § 65, CEDH 2003-VIII).

§ 79. D'un côté, il est certain que garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de ses enfants (*Sahin* précité, § 66). De l'autre côté, il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne: briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille (*Gnahoré* précité, § 59).

§ 80. La Cour rappelle par ailleurs que, dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent (*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, précité, § 102; *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI). »

La Cour estime utile de rappeler également les passages suivants tirés de l'arrêt *Zhou c. Italie*, n° 33773/11, §§ 55-56, 21 janvier 2014):

« § 55 La Cour rappelle que dans des cas si délicats et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], précité, § 166; *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 67, CEDH 2002-I).

§ 56 À la différence d'autres affaires que la Cour a eu l'occasion d'examiner, l'enfant de la requérante en l'espèce n'avait pas été exposée à une situation de violence ou de maltraitance physique ou psychique (voir, *a contrario*, *Dewinne c. Belgique* (déc.), n° 56024/00, 10 mars 2005; *Zakharova c. France* (déc.), n°57306/00, 13 décembre 2005), ni à des abus sexuels (voir, *a contrario*, *Covezzi et Morselli c. Italie*, n° 52763/99, § 104, 9 mai 2003). La Cour rappelle avoir conclu à la violation dans l'affaire *Kutzner c. Allemagne*, (§ 68, précité) dans laquelle les tribunaux avaient retiré l'autorité parentale aux requérants après avoir constaté un déficit affectif de ces-derniers, et a déclaré la non violation de l'article 8 dans l'affaire *Aune c. Norvège*, (n°52502/07, 28 octobre 2010), où la Cour avait relevé que l'adoption du mineur n'avait en fait pas



empêché la requérante de continuer à entretenir une relation personnelle avec l'enfant et n'avait pas eu pour conséquences de couper l'enfant de ses racines. Elle a également constaté la violation de l'article 8 dans une affaire (*Saviny c. Ukraine*, n 39948/06, 18 décembre 2008) où le placement des enfants des requérants avait été justifié en raison de leur incapacité de garantir des conditions de vie adéquates (le manque de moyens financiers et de qualités personnelles des intéressés mettaient en péril la vie, la santé et l'éducation morale des enfants). Au demeurant, dans une affaire où le placement des enfants avait été ordonné en raison d'un déséquilibre psychique des parents, la Cour a conclu à la non violation de l'article 8 en tenant en compte également de ce que le lien entre les parents et les enfants n'avait été coupé (*Couillard Maugery c. France*, précité). »

81. La Cour reconnaît que la situation qui se présentait aux juges nationaux en l'espèce était délicate. En effet, de graves soupçons pesaient sur les requérants. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Cependant la Cour estime que les conditions pouvant justifier le recours aux mesures litigieuses n'étaient pas remplies, et ce pour les raisons suivantes.

82. Tout d'abord, le seul fait que l'enfant aurait développé un lien affectif plus fort vis-à-vis de ses parents d'intention pour le cas où il serait resté auprès d'eux ne suffit pas pour justifier son éloignement.

83. Ensuite, s'agissant de la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants, la Cour note d'emblée que la cour d'appel de Campobasso avait estimé qu'il n'était pas nécessaire d'en attendre l'issue car la responsabilité pénale des intéressés ne jouait aucun rôle (paragraphe 25 ci-dessus), de sorte que les soupçons pesant sur les intéressés ne suffisent pas non plus pour justifier les mesures litigieuses. Aux yeux de la Cour, il n'est en tout cas pas possible de spéculer sur l'issue de la procédure pénale. En outre, seulement en cas de condamnation pour l'infraction prévue à l'article 72 de la loi sur l'adoption les requérants seraient devenus légalement incapables d'adopter ou accueillir l'enfant en placement.

84. À ce dernier égard, la Cour relève que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément (paragraphe 12 ci-dessus), ont été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux.

85. Enfin, la Cour note que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (voir l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3).

86. Compte tenu de ces éléments, la Cour n'est pas convaincue du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

87. En conclusion, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

88. Compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés.

III. SUR LES AUTRES VIOLATIONS

89. Les requérants allèguent enfin que la non reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger constitue une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, et de l'article 1 du protocole n° 12.

La Cour relève d'emblée qu'à ce jour, l'Italie n'a pas ratifié le Protocole n° 12, de sorte que ce grief est incompatible *ratione personae* et doit être rejeté conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention. Cette partie de la requête doit dès lors être examinée sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. L'article 14 de la Convention dispose:

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

90. Dans la mesure où cette partie de la requête se rapporte au refus de transcrire le certificat de naissance dans les registres de l'état civil, la Cour estime que – tout comme le grief tiré de l'article 8 de la Convention invoqué isolément (voir paragraphe 62 ci-dessus) elle doit être rejetée pour non épuisement des voies de recours internes, conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

91. Pour autant que cette partie de la requête concerne les mesures adoptées à l'égard de l'enfant, la Cour rappelle que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (*Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 46, CEDH 2000-II). Une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*Mazurek* précité, § 48). Après examen du dossier, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des dispositions invoquées. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

92. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement



les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

93. Les requérants sollicitent le versement de 100 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral.

94. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme et insiste pour le rejet de la requête. En tout état de cause, le dommage n'a pas été démontré et l'enfant a le droit de vivre dans un environnement familial « légitime et tranquille ».

95. Statuant en équité, la Cour accorde 20 000 EUR conjointement aux requérants.

B. Frais et dépens

96. Les requérants demandent 29 095 EUR pour le remboursement des frais exposés devant les juridictions nationales et dans la procédure à Strasbourg.

97. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme.

1. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour estime raisonnable la somme de 10 000 EUR tous frais confondus et l'accorde conjointement aux requérants.

C. Intérêts moratoires

99. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief soulevé par les requérants en leur nom et tiré de l'article 8 de la Convention au sujet des mesures adoptées à l'égard de l'enfant et irrecevable pour le surplus;

2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;

3. *Dit*, par cinq voix contre deux,

a) que l'État défendeur doit verser conjointement aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes:

i) 20 000 EUR (vingt mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral;

ii) 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, pour frais et dépens;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 27 janvier 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith, Greffier, İşıl Karakaş, Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Raimondi et Spano.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE DES JUDGES RAIMONDI AND SPANO

1. Avec tout le respect que nous devons à nos collègues de la majorité, nous ne pouvons partager leur avis d'après lequel l'article 8 de la Convention aurait été violé en l'espèce.

2. Nous pouvons accepter, mais avec une certaine hésitation et sous réserve des remarques qui suivent, les conclusions de la majorité selon lesquelles l'article 8 de la Convention est applicable en l'espèce (paragraphe 69 de l'arrêt) et il y a eu ingérence dans les droits des requérants.

3. En effet, la vie familiale (ou vie privée) de facto des requérants avec l'enfant se fondait sur un lien ténu, en particulier si l'on tient compte de la période très brève au cours de laquelle ils en auraient eu la garde. Nous estimons que la Cour, dans des situations telles que celle à laquelle elle était confrontée dans cette affaire, doit prendre en compte les circonstances dans lesquelles l'enfant a été placé sous la garde des personnes concernées dans son examen de la question de savoir si une vie familiale de facto a été développée ou pas. Nous soulignons que l'article 8 § 1 ne peut pas, à notre avis, être interprété comme consacrant une « vie familiale » entre un enfant et des personnes dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public. En tout cas, nous estimons que les considérations liées à une éventuelle illégalité à l'origine de l'établissement



d'une vie familiale de facto doivent entrer en ligne de compte dans l'analyse de la proportionnalité qui s'impose dans le contexte de l'article 8.

4. Cela dit, il faut constater que les requérants se sont vu refuser, tant de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso que de la part du registre de l'état civil et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance du certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, no 76240/01, 28 juin 2007, § 123).

5. À notre avis, cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique.

6. Quant à la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi » et poursuivait un « but légitime » nous souscrivons à l'analyse de la majorité (paragraphes 72-73 de l'arrêt).

7. En outre, à notre avis, l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés concurrents en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale.

8. En l'espèce, il y a d'abord l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas s'il faut un lien biologique entre les futurs parents et l'enfant à naître. En outre, les requérants n'ont pas soutenu devant les juridictions nationales qu'en droit russe l'existence d'un lien génétique avec au moins un des futurs parents n'était pas nécessaire pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de comparer les législations des différents États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, nous sommes confrontés à un dossier dans lequel une société russe – pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg – a encaissé une somme d'argent des requérants; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait planter les embryons; elle a remis l'enfant aux requérants; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi « ses » embryons.

9. L'application du droit national a eu pour conséquence la non-reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient aucun lien génétique avec l'enfant. Nous ne négligeons pas les aspects émotionnels de ce dossier où les requérants ont dû constater leur incapacité à procréer; demander l'agrément pour adopter; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables; nourrir un espoir lorsqu'en 2010, lorsqu'ils se sont résolus à souscrire un contrat avec *Rosjurconsulting* et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant; et enfin, sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

10. Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Toutefois, la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut. À notre avis,

en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas été déraisonnables (voir, *a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

11. Le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant ne bénéficiait pas d'un environnement familial adéquat au sens de la loi sur l'adoption internationale. Les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants s'étaient retrouvés: ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à *Rosjurconsulting* une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'accord obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors, le tribunal a jugé que l'on pouvait douter des capacités affectives et éducatives des requérants, et qu'il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui.

12. Nous remarquons d'emblée que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'accord, ont été considérés comme incapables d'éduquer et d'aimer l'enfant uniquement sur la base de présomptions et déductions, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux. Cependant, nous reconnaissions que la situation qui se présentait aux juges nationaux était délicate et revêtait un caractère d'urgence. En effet, nous n'avons pas de raisons de considérer comme arbitraire la position des juges nationaux, qui ont estimé que les soupçons qui pesaient sur les requérants étaient graves et qu'il était essentiel d'éloigner l'enfant et de le mettre en sécurité sans permettre aux requérants de le contacter. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Compte tenu de ces éléments, nous n'avons pas de raisons de douter du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes ont agi dans le respect de la loi, en vue de la défense de l'ordre et dans le but de protéger les droits et la santé de l'enfant, et ont préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

13. À notre avis, il n'y a aucune raison de remettre en jeu l'évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la « quatrième instance ».

14. Dans ce genre d'affaires, dans lesquelles les juridictions nationales sont confrontées à des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l'enfant d'une part et des exigences d'ordre public de l'autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l'évaluation des juges nationaux est entachée d'arbitraire. Les arguments développés par la majorité (paragraphes 82-84 de l'arrêt) ne sont pas convaincants. En particulier nous estimons que la question de l'établissement de l'identité de l'enfant n'a pas d'impact sur la décision de 2011 de séparer des requérants et pourrait former l'objet, à la limite, d'un grief de l'enfant lui-même.

15. En outre, la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (*Mennesson c. France*, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et *Labassee c. France*, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant.

Hof van Justitie, zaak C-375/13, Harald Kolassa tegen Barclays Bank plc, arrest van 28 januari 2015

Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Verordening (EG) nr. 44/2001 – Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken – Door consumenten gesloten overeenkomsten – In een lidstaat wonende consument die door een in een andere lidstaat gevestigde bank uitgegeven effecten van een in een derde lidstaat gevestigde tussenpersoon heeft verworven – Bevoegdheid voor vorderingen tegen de bank die deze effecten heeft uitgegeven

Espace de liberté, de sécurité et de justice – Règlement (CE) n° 44/2001 – Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Contrats conclus par les consommateurs – Consommateur, domicilié dans un État membre, ayant acheté des titres, émis par une banque établie dans un autre État membre, auprès d'un intermédiaire établi dans un troisième État membre – Compétence pour connaître des recours dirigés contre la banque émettrice desdits titres

Procestaal: Duits.

In zaak C-375/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Handelsgerecht Wien (Oostenrijk) bij beslissing van 20 juni 2013, ingekomen bij het Hof op 3 juli 2013, in de procedure

Harald Kolassa

tegen

Barclays Bank plc,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, K. Jürimäe, J. Malenovský, M. Safjan (rapporteur) en A. Prechal, rechters, advocaat-generaal: M. Szpunar, griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechting op 21 mei 2014,

gelet op de opmerkingen van:

- Kolassa, vertegenwoordigd door P. Miller, Rechtsanwalt,
- Barclays Bank plc, vertegenwoordigd door H. Bielez, Rechtsanwalt,

- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en J. Kemper als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. Bulterman als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door B. Eggers en A.-M. Rouchaud-Joët als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 september 2014,

het navolgende Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 5, punt 1, sub a, en 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1).
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen de heer Kolassa, woonachtig te Wenen (Oostenrijk), en Barclays Bank plc (hierna: "Barclays Bank"), gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), over schadevordering op grond van contractuele en precontractuele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van deze bank wegens de waardevermindering van een financiële investering die hij met een door deze laatste uitgegeven financieel instrument had gerealiseerd.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

3. De punten 2 en 11 tot en met 15 van de considerans van verordening nr. 44/2001 luiden als volgt:

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

[...]

(11) De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerde; de bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het

voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt. Voor rechtspersonen moet de woonplaats autonoom worden bepaald om de gemeenschappelijke regels doorzichtiger te maken en jurisdictiegeschillen te voorkomen.

(12) Naast de woonplaats van de verweerde moeten er alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken.

(13) In het geval van verzekerings-, consumenten- en arbeidsovereenkomsten moet de zwakke partij worden beschermd door bevoegdheidsregels die gunstiger zijn voor haar belangen dan de algemene regels.

(14) De autonomie van de partijen bij een andere overeenkomst dan een verzekerings-, consumenten- of arbeidsovereenkomst, waarvoor slechts een beperkte autonomie geldt met betrekking tot de keuze van het bevoegde gerecht, moet worden geëerbiedigd, behoudens de exclusieve bevoegdheidsgronden die in de verordening zijn neergelegd.

(15) Met het oog op een harmonische rechtsbedeling in de Gemeenschap moeten parallel lopende processen zoveel mogelijk worden beperkt en moet worden voorkomen dat in twee lidstaten onverenigbare beslissingen worden gegeven. [...]”

4. De artikelen 2 tot en met 31 van voormelde verordening, die in hoofdstuk II van deze laatste staan, bevatten bevoegdheidsregels.

5. Afdeling 1 van dit hoofdstuk II, met het opschrift “Algemene bepalingen”, is geformuleerd als volgt:

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

6. Artikel 5, punten 1 en 3, van deze verordening bepaalt:

Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen:

“1) a) ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst: voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd;

b) voor de toepassing van deze bepaling is, tenzij anders is overeengekomen, de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt:

- voor de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken, de plaats in een lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden;
- voor de verstrekking van diensten, de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekken werden of verstrekken hadden moeten worden;

c) punt a) is van toepassing indien punt b) niet van toepassing is;

[...]

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

7. In afdeling 4 van hetzelfde hoofdstuk II, “Bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten”, staat onder meer artikel 15 van verordening nr. 1408/71, dat in het eerste lid bepaalt:

“Voor overeenkomsten gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, wordt de bevoegdheid geregeld door deze afdeling, onverminderd artikel 4 en artikel 5, punt 5, wanneer

- a) het gaat om koop en verkoop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken,
- b) het gaat om leningen op afbetaling of andere krediettransacties ter financiering van de verkoop van zulke zaken,
- c) in alle andere gevallen, de overeenkomst is gesloten met een persoon die commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in de lidstaat waar de consument woonplaats heeft, of dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op die lidstaat, of op meerdere staten met inbegrip van die lidstaat, en de overeenkomst onder die activiteiten valt.”

8. Artikel 16 van verordening nr. 44/2001, dat is opgenomen is dezelfde afdeling 4 van hoofdstuk II, bevat in de leden 1 en 2 de volgende bepalingen:

“1. De rechtsvordering die door een consument wordt ingesteld tegen de wederpartij bij de overeenkomst, kan worden gebracht hetzij voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan die partij woonplaats heeft, hetzij voor het gerecht van de plaats waar de consument woonplaats heeft.

2. De rechtsvordering die tegen de consument wordt ingesteld door de wederpartij bij de overeenkomst kan slechts worden gebracht voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de consument woonplaats heeft.”

9. Hoofdstuk II van voormelde verordening bevat voorts een afdeling 8, met het opschrift “Toetsing van de bevoegdheid en de ontvankelijkheid”, waarin zijn opgenomen de artikelen 25 en 26 met de volgende bepalingen:

“Artikel 25

Het gerecht van een lidstaat waarbij een geschil aanhangig is gemaakt met als inzet een vordering waarvoor krachtens artikel 22 een gerecht van een andere lidstaat bij uitsluiting bevoegd is, verklaart zich ambtshalve onbevoegd.

Artikel 26

1. Wanneer de verweerdeer met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat voor een gerecht van een andere lidstaat wordt opgeroepen en niet verschijnt, verklaart het gerecht zich ambtshalve onbevoegd indien zijn bevoegdheid niet berust op deze verordening.
2. Het gerecht is verplicht zijn uitspraak aan te houden zolang niet vaststaat dat de verweerdeer in de gelegenheid is gesteld het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was, te ontvangen, of dat daartoe al het nodige is gedaan.

[...]"

Oostenrijks recht

10. Artikel 11 van het Kapitalmarktgesetz (wet op de kapitaalmarkt), in de versie die op de feiten van het hoofdgeding van toepassing is, bepaalde:

"1. Tegenover iedere belegger zijn voor de schade die deze heeft geleden als gevolg van het feit dat hij zijn vertrouwen heeft gesteld in de informatie in het prospectus of in de andere krachtens deze federale wet vereiste informatie (§ 6), die voor de beoordeling van de effecten of investeringen relevant is, aansprakelijk:

1) de uitgevende instelling, voor de onjuiste of onvolledige informatie door haar schuld of door de schuld van haar medewerkers of andere personen op wie voor de opstelling van het prospectus een beroep is gedaan;

2) de controleur van het prospectus, voor de onjuiste of onvolledige controles door zijn schuld of door de schuld van zijn medewerkers of andere personen op wie voor de controle van het prospectus een beroep is gedaan;

[...]

3) de persoon die in eigen naam of namens een ander de contractuele verbintenis van de belegger in ontvangst heeft genomen en de bemiddelaar bij de overeenkomst, voor zover de aangesproken personen beroepshalve handelen of bemiddelen in effecten of beleggingen en zij of hun medewerkers wisten dat de in punt 1 bedoelde informatie of de controle onjuist of onvolledig was dan wel daar wegens grove nalatigheid geen weet van hadden [...]

2. Bij waardepapieren of beleggingen van buitenlandse uitgevende instellingen rust de in het eerste lid bedoelde aansprakelijkheid ook op de persoon die in Oostenrijk het aan de prospectusplicht onderworpen aanbod doet.

3. Wanneer meerdere personen aansprakelijk zijn, zijn deze hoofdelijk aansprakelijk. Aan de aansprakelijkheid van iedere persoon wordt niet afgedaan doordat andere personen tot vergoeding van dezelfde schade gehouden zijn.

4. De aansprakelijkheid kan niet vooraf worden uitgesloten of beperkt ten nadele van de beleggers.

[...]

8. Het voorgaande doet niet af aan schadevorderingen wegens schending van andere wettelijke voorschriften of schending van overeenkomsten.”

11. Artikel 26 van het Investmentfondsgesetz (wet op de investeringsfondsen), in de versie van toepassing op de feiten in het hoofdging, bepaalde:

“1. Aan de verkrijger van een aandeel in een buitenlands beleggingsfonds moeten vóór de sluiting van de overeenkomst kosteloos het fondsreglement en/of de statuten van de beleggingsmaatschappij, een prospectus van de buitenlandse beleggingsmaatschappij en een kopie van het verzoek tot sluiting van een overeenkomst worden verstrekt. Het aanvraagformulier moet informatie bevatten over de emissiepremie en de aan de beleggingsmaatschappij te betalen jaarlijkse vergoeding.

2. Het prospectus dient alle informatie te bevatten die op het tijdstip van de indiening van het verzoek van wezenlijk belang is voor de waardering van de aandelen in het buitenlandse beleggingsfonds. [...] Voorts moet het prospectus met name de volgende informatie bevatten:

1) de naam of handelsnaam, de rechtsvorm, de zetel en het eigen kapitaal (het maatschappelijke kapitaal, verminderd met het niet gestorte geplaatste kapitaal en vermeerderd met de reserves) van de buitenlandse beleggingsmaatschappij, van de onderneming die over de belegging van het ingelegde geld beslist (beheersmaatschappij), van de onderneming die de aandelen verkoopt (verkoopmaatschappij) en van de depositobank;

2) de handelsnaam, de zetel en het adres van de vertegenwoordiger en de uitkerende organen;

3) welke zaken voor het vermogen mogen worden verworven, volgens welke beginselen zij worden gekozen, of alleen tot de beurs – en in voorkomend geval tot welke beurzen – toegelaten effecten worden verworven, hoe de opbrengst van het vermogen wordt besteed en, in voorkomend geval, binnen welke grenzen een deel van het vermogen in banktegoeden wordt gehouden;

4) de voorwaarden waaronder de houders van aandelen betaling van het met hun aandeel overeenstemmende deel van het vermogen kunnen verlangen en de hiervoor bevoegde organen;

[...] De juistheid en de volledigheid van het prospectus en van de wijzigingen ervan worden door de vertegenwoordiger als controleur van het prospectus gecontroleerd. Voor de opstelling, de wijziging en de controle van het prospectus en voor de verantwoordelijkheid voor de inhoud van het prospectus zijn zowel voor de emittent als voor de controleur van het prospectus de bepalingen van [de wet op de kapitaalmarkt] van overeenkomstige toepassing. [...]"

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

12. Kolassa heeft als consument met tussenkomst van de Oostenrijkse bank direktanlage.at AG (hierna: "directanlage.at") 68 180,36 EUR geïnvesteerd in X1 Global EUR Index-certificaten (hierna: "certificaten"). De certificaten zijn uitgegeven door Barclays Bank, een in het handelsregister van het Verenigd Koninkrijk ingeschreven bank die ook te Frankfurt am Main (Duitsland) een filiaal heeft.

13. Bij de uitgifte van de certificaten heeft Barclays Bank een basisprospectus gedateerd 22 september 2005 verspreid. De certificaten zijn onderworpen aan algemene voorwaarden die op 20 december 2005 ter kennis van het publiek zijn gebracht. Op verzoek van Barclays Bank is het basisprospectus ook in Oostenrijk verspreid. Het openbaar aanbod tot inschrijving vond plaats tussen 20 december 2005 en 24 februari 2006, de certificaten werden op 31 maart 2006 uitgegeven. De terugbetaling vervalt in 2016. Volgens de ...voorwaarden kan de inschrijvingsovereenkomst bovendien worden opgezegd.

14. De certificaten worden uitgegeven in de vorm van obligaties aan toonder. Het terug te betalen bedrag, en daarmee de waarde van die obligaties, worden bepaald door een index van een portefeuille van onderliggende fondsen, zodat die waarde rechtstreeks op die portefeuille is geïndexeerd. De portefeuille moet worden gecreëerd en beheerd door de vennootschap X1 Fund Allocation GmbH, die door Barclays Bank is belast met het investeren van het geld van de uitgifte van de certificaten. Dat geld is grotendeels verloren gegaan. Op dit moment wordt de waarde van genoemde certificaten geschat op nul euro, hetgeen Kolassa echter bestrijdt.

15. Blijkens de verwijzingsbeslissing zijn de certificaten verkocht aan institutionele beleggers, die ze hebben doorverkocht, onder meer aan consumenten. In casu heeft direktanlage.at de certificaten waarop Kolossa wenste in te schrijven besteld bij haar Duitse moedermaatschappij, DAB Bank AG, gevestigd te München (Duitsland), die ze op haar beurt bij Barclays Bank heeft gekocht. De bestellingen werden steeds namens de betrokken ondernemingen geplaatst en uitgevoerd. Overeenkomstig haar algemene voorwaarden heeft direktanlage.at de bestelling van Kolossa "via de effectenrekening" uitgevoerd, dat wil zeggen zij heeft als dekkingsfonds de certificaten in eigen naam en voor rekening van haar cliënten te München in bewaring gehouden. Kolassa kon slechts aanspraak maken op levering van de certificaten ter hoogte van zijn aandeel in het dekkingsfonds, de certificaten zelf konden niet aan hem worden overgedragen.

16. Als benadeelde belegger heeft Kolassa bij het Handelsgerecht Wien beroep ingesteld en betaling van een bedrag van 73 705,07 EUR wegens contractuele en precontractuele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad van Barclays Bank gevorderd. Hij heeft betoogd dat indien deze laatste zich rechtmatig had gedragen, hij de investering niet zou hebben gerealiseerd, maar zijn kapitaal in een neutraal gericht fonds zou hebben geplaatst, in welk geval hij op de vervaldatum het gevorderde bedrag, te weten de investering vermeerderd met interesten, zou hebben ontvangen.

17. Kolassa betoogt dat voormeld gerecht bevoegd is, primair op grond van artikel 15, lid 1, sub c, van verordening nr. 44/2001, of subsidiair op grond van artikel 5, punten 1, sub a, en 3, van die verordening.

18. Voor het verwijzende gerecht betwist Barclays Bank zowel de grieven van Kolassa ten gronde als de bevoegdheid van het aangezochte gerecht.

19. Daarop heeft het Handelsgericht Wien de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1. a) Moet de zinsnede ‘[v]oor overeenkomsten gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd’ in artikel 15, lid 1, van verordening [nr. 44/2001] aldus worden uitgelegd dat

i) een verzoeker die als consument op de secundaire markt een obligatie aan toonder heeft verworven en thans vorderingen instelt tegen de uitgivende instelling uit hoofde van prospectusaansprakelijkheid, wegens niet-nakoming van informatie- en toezichtverplichtingen en op grond van de voorwaarden van de obligatielening, zich kan beroepen op deze bevoegdheidsgrond wanneer hij, door het stuk van een derde te kopen, indirect is toegetreden tot de overeenkomst tussen de uitgivende instelling en de oorspronkelijke inschrijver op de obligatielening?

ii) (indien de eerste vraag, sub a-i, bevestigend wordt beantwoord) de verzoeker zich ook kan beroepen op de bevoegdheidsgrond van het bovenvermelde artikel 15 wanneer de derde van wie hij de toonderobligatie heeft gekocht, deze obligatie tevoren heeft verworven voor een gebruik dat als bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, dit wil zeggen dat de verzoeker de obligatieovereenkomst overneemt van een persoon die geen consument is?

iii) (indien de eerste vraag, sub a-i en ii, bevestigend wordt beantwoord) de verzoeker zich ook kan beroepen op de in het bovenvermelde artikel 15 bedoelde bevoegdheidsgrond voor consumentenovereenkomsten wanneer hij niet zelf de obligatie houdt maar de derde die door hem is belast met de verwerving van de obligatie en zelf geen consument is, die het stuk zoals overeengekomen op eigen naam als trustee voor de verzoeker in bewaring houdt en jegens wie de verzoeker enkel een verbintenisrechtelijke aanspraak op levering heeft?

b) (Indien de eerste vraag, sub a-i, bevestigend wordt beantwoord) Verleent artikel 15, lid 1, van verordening [nr. 44/2001] het gerecht dat kennis neemt van contractuele vorderingen verband houdend met de verwerving van een obligatie, tevens een accessoire bevoegdheid tot kennisneming van vorderingen uit onrechtmatige daad verband houdend met diezelfde verwerving?

2. a) Moet de uitdrukking ‘ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst’ in artikel 5, punt 1, sub a, van verordening [nr. 44/2001] aldus worden uitgelegd dat

i) een verzoeker die op de secundaire markt een toonderobligatie heeft verworven en thans vorderingen instelt tegen de uitgivende instelling uit hoofde van prospectusaansprakelijkheid, wegens niet-nakoming van informatie- en toezichtverplichtingen en op grond van de voorwaarden van

de obligatielening, zich kan beroepen op deze bevoegdheidsgrond wanneer hij, door de obligatie van een derde te kopen, indirect is toegetreden tot de overeenkomst tussen de uitgevende instelling en de oorspronkelijke inschrijver op de obligatielening?

ii) (indien de tweede vraag, sub a-i, bevestigend wordt beantwoord) de verzoeker zich ook kan beroepen op de in het bovenvermelde artikel 5, punt 1, sub a, bedoelde bevoegdheidsgrond wanneer hij niet zelf de obligatie houdt maar de derde die door hem is belast met de aankoop van het stuk, die het zoals overeengekomen op eigen naam als trustee voor de verzoeker in bewaring houdt en jegens wie de verzoeker enkel een verbintenisrechtelijke aanspraak op levering heeft?

b) (Indien de tweede vraag, sub a-i, bevestigend wordt beantwoord) Verleent artikel 5, punt 1, sub a, van verordening [nr. 44/2001] het gerecht dat kennis neemt van contractuele vorderingen verband houdend met de verwerving van een obligatie, tevens een accessoire bevoegdheid tot kennisneming van vorderingen uit onrechtmatige daad verband houdend met diezelfde verwerving?

3. a) Zijn kapitaalmarktrechtelijke, op prospectusaansprakelijkheid gegronde vorderingen en vorderingen wegens niet-nakoming van beschermings- en informatieverplichtingen in verband met de uitgifte van een obligatielening aan toonder vorderingen uit hoofde van verbintenissen uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, punt 3, van verordening [nr. 44/2001]?

i) (Indien de derde vraag, sub a, eerste alinea, bevestigend wordt beantwoord) Geldt dat ook wanneer deze vorderingen tegen de uitgevende instelling worden ingesteld door een persoon die niet zelf de obligatie houdt, maar die enkel een verbintenisrechtelijke aanspraak op levering heeft jegens degene die het stuk als trustee voor hem in bewaring houdt?

b) Moet de uitdrukking ‘plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen’ in artikel 5, punt 3, van verordening [nr. 44/2001] aldus worden uitgelegd dat in geval van aankoop van een waardepapier op grond van opzettelijk onjuiste informatie,

i) ervan moet worden uitgegaan dat de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan, de woonplaats van de gelaedeerde is, als het centrum van zijn vermogen?

ii) (Indien de derde vraag, sub b-i, bevestigend wordt beantwoord) Geldt dat ook wanneer de kooporder en de overschrijving van het geld kunnen worden herroepen totdat de transactie is afgewikkeld, en de afwikkeling in een andere lidstaat plaatsvond enige tijd na de debitering van de bankrekening van de gelaedeerde?

4. Is het gerecht in het kader van de toetsing van de bevoegdheid overeenkomstig de artikelen 25 en 26. van verordening [nr. 44/2001] verplicht om betwiste feiten die zowel voor de bevoegdheidsvraag als voor het bestaan van het ingeroepen vorderingsrecht relevant zijn (‘dubbel relevante feiten’), te onderwerpen aan een



uitgebreide bewijsprocedure of moet het bij zijn uitspraak over de bevoegdheidsvraag ervan uitgaan dat de stellingen van de verzoekende partij juist zijn?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

20. Met zijn eerste vraag wenst het verwijzende gerecht in hoofdzaak te vernemen of artikel 15, lid 1, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat een verzoeker die als consument bij een beroepsматig handelende derde een obligatie aan toonder heeft verworven, zich op de in deze bepaling neergelegde bevoegdheid kan beroepen voor de vordering die hij tegen de emittent van die obligatie instelt op grond van de voorwaarden van de obligatielening, niet-nakoming van de informatie- en toezichtverplichtingen en de prospectusaansprakelijkheid.

21. Om te beginnen zij in herinnering gebracht dat voor zover verordening nr. 44/2001 in de plaats is getreden van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij de achtereenvolgende verdragen voor de toetreding van de nieuwe lidstaten tot dat verdrag, de door het Hof verstrekte uitlegging met betrekking tot de in dit verdrag neergelegde bepalingen ook geldt voor die van de verordening, wanneer de bepalingen van deze instrumenten als gelijkwaardig kunnen worden aangemerkt (arrest Maletic, C-478/12, EU:C:2013:735, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22. Voorts moet aan de in verordening nr. 44/2001 gebruikte begrippen, inzonderheid die in artikel 15, lid 1, van deze verordening, een autonome uitlegging moet worden gegeven, waarbij vooral te rade moet worden gegaan bij het stelsel en de doelstellingen van deze verordening, teneinde de uniforme toepassing daarvan in alle lidstaten te verzekeren (zie arrest Česká spořitelna, C-419/11, EU:C:2013:165, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23. Artikel 15, lid 1, van verordening nr. 44/2001 is van toepassing indien is voldaan aan drie voorwaarden, te weten, in de eerste plaats dat een contractpartij een consument is die handelt in een kader dat als niet bedrijfs- of beroepsматig kan worden beschouwd; in de tweede plaats dat de overeenkomst tussen deze consument en een beroepsbeoefenaar daadwerkelijk is gesloten, en in de derde plaats dat een dergelijke overeenkomst valt onder een van de in lid 1, sub a tot en met c, van dit artikel 15 bedoelde categorieën. Dit zijn cumulatieve voorwaarden, zodat wanneer aan een van de drie voorwaarden niet is voldaan, de bevoegdheid niet kan worden vastgesteld volgens de regels inzake door consumenten gesloten overeenkomsten (arrest Česká spořitelna, EU:C:2013:165, punt 30).

24. In dit verband volgt uit het dossier waarover het Hof beschikt dat aan de in het voorgaande punt vermelde eerste en derde voorwaarde in casu is voldaan, zoals de advocaat-generaal overigens in punt 28 van zijn conclusie opmerkt.

25. Volstaan kan dus worden met te onderzoeken of de tweede voorwaarde, te weten dat een overeenkomst is gesloten met de verwerende beroepsbeoefenaar, in omstandigheden als in het hoofdgeding vervuld is.

26. In dit verband volgt uit de beknopte weergave van de feiten door het verwijzende gerecht dat – het staat niettemin aan dit laatste gerecht dit te verifiëren – er geen overeenkomst is gesloten tussen Barclays Bank en Kolassa, daar deze laatste niet de houder is van de in punt 14 van het onderhavige arrest vermelde obligaties, die door direktanlage.at als dekkingsfonds in eigen naam in bewaring werden gehouden. Daarentegen kon Kolassa, eveneens volgens voormeld gerecht, aanspraak maken op levering van de certificaten voor het aandeel in het dekkingsfonds, zonder dat de certificaten zelf aan hem konden worden overgedragen.

27. Volgens Kolassa gebiedt in dergelijke omstandigheden de doelstelling de consument te beschermen, te kiezen voor een economische benadering en te constateren dat inderdaad een overeenkomst is gesloten, in de zin van artikel 15, lid 1, van verordening nr. 44/2001, tussen hem en Barclays Bank, daar direktanlage.at de rol van tussenpersoon heeft gespeeld.

28. Dienaangaande moet in herinnering worden gebracht dat artikel 15, lid 1, van verordening nr. 44/2001 afwijkt zowel van de algemene bevoegdheidsregel van artikel 2, lid 1, van deze verordening, waarbij bevoegdheid wordt verleend aan de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de verweerde woonplaats heeft, als van de in artikel 5, punt 1, van deze verordening geformuleerde bijzondere bevoegdheidsregel inzake overeenkomsten, volgens welke de bevoegdheid toekomt aan het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Dit artikel 15, lid 1, moet dus noodzakelijkerwijs eng worden uitgelegd (zie arrest Česká spořitelna, EU:C:2013:165, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29. Voorts kan met de voorwaarde dat er een overeenkomst is gesloten tussen de consument en de verwerende beroepsbeoefenaar worden gewaarborgd dat voorzienbaar is welk gerecht bevoegd is, volgens punt 11 van de considerans van verordening nr. 44/2001 een van de doelstellingen van deze laatste.

30. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het vereiste dat een overeenkomst is gesloten met de verwerende beroepsbeoefenaar zelf, niet aldus kan worden uitgelegd het ook vervuld is in geval van een reeks overeenkomsten uit hoofde waarvan de verwerende beroepsbeoefenaar tegenover de consument bepaalde rechten en verplichtingen heeft.

31. Dit wordt bevestigd bij lezing van artikel 15 van verordening nr. 44/2001, in samenhang met artikel 16 van deze verordening.

32. De bevoegdheidsregels die voor door consumenten gesloten overeenkomsten zijn neergelegd in artikel 16, lid 1, van voormelde verordening zijn volgens de bewoordingen van dit artikel immers enkel van toepassing op de vordering van de consument tegen de wederpartij bij de overeenkomst, hetgeen noodzakelijkerwijs impliceert dat de consument met de verwerende beroepsbeoefenaar een overeenkomst heeft gesloten.

33. Het Hof heeft weliswaar verklaard dat het begrip “wederpartij bij de overeenkomst” in artikel 16, lid 1, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het ook betrekking heeft op de contractpartij van de marktdeelnemer waarmee de consument die overeenkomst heeft gesloten (arrest Maletic, EU:C:2013:735, punt 32), maar deze uitlegging berust op specifieke omstandigheden waarin de consument vanaf het begin onlosmakelijk contractueel gebonden was aan twee contractpartijen. Voor het overige zou uitsluiting van de

in de lidstaat van de consument gevestigde contractpartij van het toepassingsgebied van genoemd artikel 16 tot gevolg hebben gehad dat het gerecht waarbij de vordering tot hoofdelijke veroordeling van de twee contractpartijen aanhangig was gemaakt, enkel bevoegd zou zijn geweest jegens de in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer.

34. Deze uitlegging kan niet opgaan in de omstandigheden van het hoofdgeding, waarin met de verwerende beroepsbeoefenaar in het geheel geen overeenkomst is gesloten.

35. Blijkens het voorgaande moet artikel 15, lid 1, van verordening nr. 44/2001 aldus worden uitgelegd dat in omstandigheden als die in het hoofdgeding een verzoeker die als consument bij een beroepsmatig handelende derde een obligatie aan toonder heeft verworven, zonder dat tussen die consument en de emittent van die obligatie een overeenkomst wordt gesloten – het is aan het verwijzende gerecht om dit te verifiëren – zich niet op de in deze bepaling neergelegde bevoegdheid kan beroepen voor de vordering die hij tegen die emittent instelt op grond van de voorwaarden van de obligatielening, niet-nakoming van de informatie- en toezichtverplichtingen en de prospectusaansprakelijkheid.

Tweede vraag

36. Met zijn tweede vraag wenst het verwijzende gerecht in hoofdzaak te vernemen of artikel 5, punt 1, sub a, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat voor de vordering tegen de instelling die een obligatie aan toonder heeft uitgegeven, die is gebaseerd op de voorwaarden van de obligatielening, niet-nakoming van de informatie- en toezichtverplichtingen en de prospectusaansprakelijkheid, een verzoeker die die obligatie van een derde heeft verworven de in deze bepaling vastgelegde bevoegdheid kan inroepen.

37. Voor de beantwoording van deze vraag zij meteen al in herinnering gebracht dat het begrip “verbintenissen uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001 niet kan worden geacht te verwijzen naar de kwalificatie die de toepasselijke nationale wet geeft aan de voor de nationale rechter aan de orde zijnde rechtsverhouding. Dit begrip moet daarentegen autonoom moet worden uitgelegd onder verwijzing naar het stelsel en de doelstellingen van deze verordening, ten einde de eenvormige toepassing van deze laatste in alle lidstaten te waarborgen (arresten Handte, C-26/91, EU:C:1992:268, punt 10, en Česká spořitelna, EU:C:2013:165, punt 45).

38. Anders dan artikel 15, lid 1, van verordening nr. 44/2001 vereist, vormt de sluiting van een overeenkomst geen voorwaarde voor toepassing van artikel 5, punt 1, van deze verordening, zodat indien bevoegdheid op grond van de eerste bepaling is uitgesloten, daarmee niet noodzakelijkerwijs wordt vooruitgelopen op de toepasselijkheid van de tweede bepaling.

39. Ofschoon echter artikel 5, punt 1, sub a, van verordening nr. 44/2001 niet vereist dat een overeenkomst is gesloten, moet er voor de toepassing van dit artikel wel een verbintenis zijn, aangezien de rechterlijke bevoegdheid op grond van deze bepaling wordt bepaald door de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Voor toepassing van de in voormalde bepaling neergelegde bijzondere bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit overeenkomst is derhalve vereist dat een door een persoon tegenover een andere persoon vrijwillig aangegane verbintenis kan worden

aangewezen waarop de vordering van de verzoeker berust (zie arrest Česká spořitelna, EU:C:2013:165, punten 46 en 47).

40. In dit verband blijkt uit de beknopte weergave van de feiten door het verwijzende gerecht dat in de omstandigheden van het hoofdgeding geen sprake is van een door Barclays Bank jegens Kolassa vrijwillig aangegeven verbintenis, ook al heeft Barclays Bank op grond van het toepasselijke nationale recht bepaalde verplichtingen jegens Kolassa.

41. Uit het voorgaande volgt dat artikel 5, punt 1, sub a, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat in omstandigheden als die in het hoofdgeding een verzoeker die van een derde een obligatie aan toonder heeft verworven, zonder dat de instelling die die obligatie heeft uitgegeven jegens die verzoeker vrijwillig een verbintenis is aangegaan – het is aan het verwijzende gerecht om dit te verifiëren – zich niet op de in deze bepaling neergelegde bevoegdheid kan beroepen voor de vordering die hij tegen die emittent instelt op grond van de voorwaarden van de obligatielening, niet-nakoming van de informatie- en toezichtverplichtingen en de prospectusaansprakelijkheid.

Derde vraag

42. Met zijn derde vraag wenst het verwijzende gerecht in hoofdzaak te vernemen of artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op een vordering waarmee de emittent van een certificaat aansprakelijk wordt gesteld voor het prospectus voor dit certificaat en wegens niet-nakoming van andere op die emittent rustende wettelijke informatieverplichtingen, zodat de bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van de verzoeker als plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen erop kan worden gebaseerd.

43. In dit verband zij meteen al eraan herinnerd dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 autonoom en eng moet worden uitgelegd (zie in die zin arrest Coty Germany, C-360/12, EU:C:2014:1318, punten 43-45).

44. Dat neemt niet weg dat het begrip “verbintenissen uit onrechtmatige daad” in de zin van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 elke vordering omvat die ertoe strekt een verweerde aansprakelijk te stellen en die geen verband houdt met een “verbintenis uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, punt 1, sub a, van die verordening (arrest Brogsitter, C-548/12, EU:C:2014:148, punt 20). Vastgesteld moet dus worden dat de vorderingen tegen een emittent op grond van het prospectus en wegens niet-nakoming van andere wettelijke verplichtingen tot informatie van de beleggers vorderingen uit onrechtmatige daad zijn voor zover zij niet worden gedeckt door het begrip “verbintenissen uit overeenkomst” zoals gedefinieerd in punt 39 van het onderhavige arrest.

45. Voor de toepassing van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 in omstandigheden als die in het hoofdgeding zij in herinnering gebracht dat de woorden “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen” in deze bepaling zowel doelt op de plaats waar de schade is ingetreden als op de plaats van de gebeurtenis die met de schade in een oorzakelijk verband staat, zodat de verweerde naar keuze van de eiser voor het gerecht van de ene dan wel van de andere plaats kan worden opgeroepen (arrest Coty Germany, EU:C:2014:1318, punt 46).



46. In dit verband is het vaste rechtspraak dat de bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 berust op het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en de gerechten van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen, op grond waarvan het om redenen verband houdend met een goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting gerechtvaardigd is dat deze laatste bevoegd zijn (arrest Coty Germany, EU:C:2014:1318, punt 47).

47. Aangezien de bepaling van een van de aanknopingspunten die in de in punt 45 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak zijn erkend, het mogelijk moet maken de bevoegdheid te leggen bij het gerecht dat objectief gezien het best in staat is om te beoordelen of de verwerende partij aansprakelijk kan worden gesteld, kan enkel het gerecht van het rechtsgebied waar het relevante aanknopingspunt zich bevindt, rechtsgeldig worden aangezocht (arrest Coty Germany, EU:C:2014:1318, punt 48).

48. Het Hof heeft verklaard dat met de uitdrukking “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” niet wordt gedoeld op de plaats waar de verzoeker woont enkel op grond dat deze aldaar financiële schade heeft geleden die voortvloeit uit het in een andere verdragsluitende staat ingetreden en door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen (arrest Kronhofer, C-168/02, EU:C:2004:364, punt 21).

49. Zo rechtvaardigt het enkele feit dat de verzoeker financiële gevolgen ondervindt niet dat de gerechten van de woonplaats van deze laatste bevoegd zijnwanneer – zoals in de zaak waarin het arrest Kronhofer (EU:C:2004:364) is gewezen – zowel de schadebrengende gebeurtenis als het intreden van de schade zich op het grondgebied van een andere lidstaat voordoen (zie in die zin arrest Kronhofer, EU:C:2004:364, punt 20).

50. Daarentegen is bevoegdheid van die gerechten gerechtvaardig voor zover de woonplaats van de verzoeker inderdaad de plaats is van de schadebrengende gebeurtenis of het intreden van de schade.

51. In dit verband volgt uit de verwijzingsbeslissing dat de waardedaling van de certificaten niet te wijten was aan de wisselvalligheden van de financiële markten, maar aan het beheer van de fondsen waarin het geld uit de uitgifte van die certificaten is geïnvesteerd, dat aan het einde een positieve waardeontwikkeling ervan heeft belet, en dat het handelen of nalaten dat Barclays Bank werd verweten in verband met de wettelijke informatieverplichtingen, had plaatsgevonden vóór de belegging door Kolassa en volgens deze laatste bepalend was voor die belegging.

52. In de veronderstelling dat het doen en het niet doen van Barclays Bank een voor het intreden van de door Kolassa geleden schade noodzakelijke voorwaarde hebben gevormd, wat voor de toepassing van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 volstaat (zie in die zin arrest DFDS Torline, C-18/02, EU:C:2004:74, punt 34), moet in dit verband wel nog worden onderzocht in hoeverre op grond van de omstandigheden in het hoofdgeding kan worden geconstateerd dat de woonplaats van de verzoeker de plaats van het schadebrengende feit of van het intreden van de schade is.

53. Aangaande de gebeurtenis die de gestelde schade heeft veroorzaakt, te weten de beweerde niet-nakoming door Barclays Bank van haar wettelijke verplichtingen op het gebied van het prospectus en informatie van de beleggers, moet worden opgemerkt dat het handelen of het nalaten dat een dergelijke niet-nakoming kan opleveren niet kan worden gesitueerd in

de woonplaats van de beweerdelijk benadeelde belegger, daar niets in het dossier erop wijst dat de besluitvorming voor de door deze bank voorgestelde investeringsmodaliteiten en voor de inhoud van de desbetreffende prospectussen heeft plaatsgevonden in de lidstaat waar die belegger woont, noch dat die prospectussen oorspronkelijk elders dan in de lidstaat van vestiging van genoemde bank zijn opgesteld en uitgegeven.

54. Aangaande het intreden van de schade daarentegen moet worden geconstateerd dat in omstandigheden zoals die samengevat in punt 51 van het onderhavige arrest de schade zich voordoet op de plaats waar de belegger ze ondervindt.

55. De gerechten van de woonplaats van de verzoeker zijn – uit hoofde van het intreden van de schade – bevoegd om van een dergelijke vordering kennis te nemen, onder meer wanneer die schade zich rechtstreeks voordoet op een bankrekening van die verzoeker bij een in het rechtsgebied van die gerechten gevestigde bank.

56. De aldus bepaalde plaats waar de schade intreedt, strookt in omstandigheden zoals die bedoeld in punt 51 van het onderhavige arrest met het doel van verordening nr. 44/2001, de rechtsbescherming van in de Unie gevestigde personen te versterken – de verzoeker kan gemakkelijk bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en de verweerde kan redelijkerwijs voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen (zie in die zin arrest Kronhofer, EU:C:2004:364, punt 20) – daar de emittent van een certificaat die zijn wettelijke verplichtingen met betrekking tot het prospectus niet nakomt erop moet rekenen, wanneer hij besluit het prospectus voor dat certificaat in andere lidstaten te laten notificeren, dat in die lidstaten wonende onvoldoende geïnformeerde marktdeelnemers in dat certificaat investeren en schade lijden.

57. Gelet op een en ander moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op een vordering waarmee de emittent van een certificaat aansprakelijk wordt gesteld voor het prospectus voor dit certificaat en wegens niet-nakoming van andere op die emittent rustende informatieverplichtingen, voor zover die aansprakelijkheid niet berust op een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 5, punt 1, van die verordening. Op grond van punt 3 van voormeld artikel 5 zijn de gerechten van de woonplaats van de verzoeker – uit hoofde van het intreden van de schade – bevoegd om van een dergelijke vordering kennis te nemen, onder meer wanneer de beweerde schade zich rechtstreeks voordoet op een bankrekening van de verzoeker bij een in het rechtsgebied van die gerechten gevestigde bank.

Vierde vraag

58. Met zijn vierde vraag wenst het verwijzende gerecht in hoofdzaak te vernemen of in het kader van de toetsing van de internationale bevoegdheid overeenkomstig verordening nr. 44/2001, betwiste feiten die zowel voor de bevoegdheidsvraag als voor het bestaan van het ingeroepen vorderingsrecht relevant zijn aan een uitgebreide bewijsprocedure moeten worden onderworpen of dat veeleer voor de beslissing over de bevoegdheidsvraag ervan moet worden uitgegaan dat de beweringen van enkel de verzoekende partij juist zijn.

59. Vast staat dat verordening nr. 44/2001 de omvang van de controleverplichtingen die op de nationale gerechten bij de verificatie van hun internationale bevoegdheid rusten, niet uitdrukkelijk bepaalt.

60. Het betreft hier weliswaar een aspect van intern procesrecht, dat voormelde verordening niet unificeert (zie in die zin arrest G, C-92/10, EU:C:2012:142, punt 44), maar de toepassing van de relevante nationale regels mag geen afbreuk doen aan het nuttig effect van verordening nr. 44/2001 (zier arrest Shevill e.a., C-68/93, EU:C:1995:61, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61. In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat het doel van rechtszekerheid verlangt dat de nationale rechter zich gemakkelijk over zijn eigen bevoegdheid kan uitspreken, zonder dat hij de zaak ten gronde hoeft te onderzoeken (zie arrest Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, punt 27). Aangaande de toepassing van dit vereiste in het kader van de bijzondere bevoegdheden die in het hoofdgeding aan de orde zijn heeft het Hof om te beginnen verklaard dat de rechter die een uit een overeenkomst ontstaan geschil moet beoordelen, de voornaamste voorwaarden voor zijn bevoegdheid – ook ambtshalve – mag nagaan in het licht van de door de belanghebbende partij verstrekt overtuigende en relevante gegevens waaruit het al dan niet bestaan van de overeenkomst blijkt (arrest Effer, 38/81, EU:C:1982:79, punt 7).

62. Voorts heeft het Hof, specifiek voor artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, gepreciseerd dat de aangezochte rechter in de fase van het onderzoek van zijn internationale bevoegdheid, niet de ontvankelijkheid of de grondheid van de vordering volgens de regels van nationaal recht beoordeelt, maar uitsluitend de aanknopingspunten met de forumstaat identificeert die zijn bevoegdheid op grond van deze bepaling rechtvaardigen (arrest Folien Fischer en Fofitec, C-133/11, EU:C:2012:664, punt 50). De verwijzende rechter mag dus uitgaan van verzoekers beweringen inzake de voorwaarden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zij het enkel om na te gaan of hij krachtens die bepaling bevoegd is (arrest Hi Hotel HCF, C-387/12, EU:C:2014:215, punt 20).

63. Indien reeds in dit stadium van de procedure moest worden overgegaan tot een gedetailleerde bewijsvoering met betrekking tot de zowel voor de bevoegdheid als voor de grondheid relevante feiten, zou daarmee vooruit worden gelopen op het onderzoek van de grondheid.

64. Wanneer de verweerde de beweringen van de verzoeker betwist hoeft de nationale rechter dus weliswaar niet in het stadium van de bepaling van de bevoegdheid over te gaan tot een bewijsprocedure, maar zowel het doel van een goede rechtsbedeling – dat aan verordening nr. 44/2001 ten grondslag ligt – als de geboden eerbiediging van de autonomie van de rechter in de uitoefening van zijn functies vereisen dat het aangezochte gerecht zijn internationale bevoegdheid kan toetsen aan alle te zijner beschikking staande gegevens, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerde.

65. Gelet op het voorgaande moet op de vierde vraag worden geantwoord dat in het kader van de toetsing van de bevoegdheid overeenkomstig verordening nr. 44/2001, geen uitgebreide bewijsprocedure hoeft te worden gevoerd met betrekking tot betwiste feiten die zowel voor de bevoegdheidsvraag als voor het bestaan van het ingeroepen vorderingsrecht relevant zijn. Het aangezochte gerecht kan zijn internationale bevoegdheid echter toetsen aan alle te zijner beschikking staande gegevens, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerde.



Kosten

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

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken moet aldus worden uitgelegd dat in omstandigheden als die in het hoofdgeding een verzoeker die als consument bij een beroepsmaatig handelende derde een obligatie aan toonder heeft verworven, zonder dat tussen die consument en de emittent van die obligatie een overeenkomst wordt gesloten – het is aan het verwijzende gerecht om dit te verifiëren – zich niet op de in deze bepaling neergelegde bevoegdheid kan beroepen voor de vordering die hij tegen die emittent instelt op grond van de voorwaarden van de obligatielening, niet-nakoming van de informatie- en toezichtverplichtingen en de prospectusaansprakelijkheid.
- 2) Artikel 5, punt 1, sub a, van verordening nr. 44/2001 moet aldus worden uitgelegd dat in omstandigheden als die in het hoofdgeding een verzoeker die van een derde een obligatie aan toonder heeft verworven, zonder dat de instelling die die obligatie heeft uitgegeven jegens die verzoeker vrijwillig een verbintenis is aangegaan – het is aan het verwijzende gerecht om dit te verifiëren – zich niet op de in deze bepaling neergelegde bevoegdheid kan beroepen voor de vordering die hij tegen die emittent instelt op grond van de voorwaarden van de obligatielening, niet-nakoming van de informatie- en toezichtverplichtingen en de prospectusaansprakelijkheid.
- 3) Artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 moet aldus worden uitgelegd dat het van toepassing is op een vordering waarmee de emittent van een certificaat aansprakelijk wordt gesteld voor het prospectus voor dit certificaat en wegens niet-nakoming van andere op die emittent rustende informatieverplichtingen, voor zover die aansprakelijkheid niet berust op een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 5, punt 1, van die verordening. Op grond van punt 3 van voormeld artikel 5 zijn de gerechten van de woonplaats van de verzoeker – uit hoofde van het intreden van de schade – bevoegd om van een dergelijke vordering kennis te nemen, onder meer wanneer de beweerde schade zich rechtstreeks voordoet op een bankrekening van de verzoeker bij een in het rechtsgebied van die gerechten gevestigde bank.
- 4) In het kader van de toetsing van de bevoegdheid overeenkomstig verordening nr. 44/2001, hoeft geen uitgebreide bewijsprocedure te worden gevoerd met betrekking tot betwiste feiten die zowel voor de bevoegdheidsvraag als voor het bestaan van het ingeroepen vorderingsrecht relevant zijn. Het aangezochte gerecht kan zijn internationale bevoegdheid echter toetsen aan alle te zijner beschikking staande gegevens, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerde.

Hof van Justitie, zaak C-441/13, Pez Hejduk tegen EnergieAgentur.NRW GmbH, arrest van 22 januari 2015

Prejudiciële verwijzing – Verordening (EG) nr. 44/2001 – Artikel 5, punt 3 – Bijzondere bevoegdheden ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad – Auteursrechten – Content in gedematerialiseerde vorm – Op internet plaatsen – Bepaling van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – Criteria

Renvoi préjudiciel – Règlement (CE) n° 44/2001 – Article 5, point 3 – Compétences spéciales en matière délictuelle ou quasi délictuelle – Droits d'auteur – Contenu dématérialisé – Mise en ligne – Détermination du lieu du fait dommageable – Critères

Procestaal: Duits.

In zaak C-441/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Handelsgericht Wien (Oostenrijk) bij beslissing van 3 juli 2013, ingekomen bij het Hof op 5 augustus 2013, in de procedure

Pez Hejduk

tegen

EnergieAgentur.NRW GmbH,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, K. Jürimäe, J. Malenovský, M. Safjan (rapporteur) en A. Prechal, rechters, advocaat-generaal: P. Cruz Villalón, griffier: A. Calot Escobar,

gelet op de opmerkingen van:

- P. Hejduk, vertegenwoordigd door M. Pilz, Rechtsanwalt,
- EnergieAgentur.NRW GmbH, vertegenwoordigd door M. Wukoschitz, Rechtsanwalt,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en J. Vláčil als gemachtigden,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes en E. Pedrosa als gemachtigden,

- de Zwitserse regering, vertegenwoordigd door M. Jametti als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door A.-M. Rouchaud-Joët en M. Wilderspin als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechting van 11 september 2014,

het navolgende Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1).
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de in Wenen (Oostenrijk) wonende P. Hejduk en de in Düsseldorf gevestigde onderneming EnergieAgentur.NRW GmbH (hierna: "EnergieAgentur"), betreffende een verzoek tot vaststelling dat Hejdus auteursrechten zijn geschonden omdat door haar gemaakte foto's op de website van EnergieAgentur beschikbaar zijn gesteld zonder dat zij daarvoor toestemming heeft gegeven.

Toepasselijke bepalingen

Verordening nr. 44/2001

3. Uit overweging 2 van verordening nr. 44/2001 blijkt dat deze verordening ertoe strekt, met het oog op de goede werking van de interne markt, "[b]epalingen [ten uitvoer te leggen] die de eenvormigheid van de regels inzake jurisdictiegeschillen in burgerlijke en handelszaken mogelijk maken alsook de vereenvoudiging van de formaliteiten met het oog op een snelle en eenvoudige erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissingen van de lidstaten waarvoor deze verordening verbindend is".

4. De overwegingen 11, 12 en 15 van deze verordening luiden als volgt:

"(11) De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegronde wordt op de woonplaats van de verweerde; de bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt. Voor rechtspersonen moet de woonplaats autonoom worden bepaald om de gemeenschappelijke regels doorzichtiger te maken en jurisdictiegeschillen te voorkomen.

(12) Naast de woonplaats van de verweerde moeten er alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken.

[...]

(15) Met het oog op een harmonische rechtsbedeling in de Gemeenschap moeten parallel lopende processen zoveel mogelijk worden beperkt en moet worden voorkomen dat in twee lidstaten onverenigbare beslissingen worden gegeven. [...]"

5. De bevoegdheidsregels zijn opgenomen in hoofdstuk II van verordening nr. 44/2001.
6. Artikel 2, lid 1, van deze verordening, dat deel uitmaakt van afdeling 1 ("Algemene bepalingen") van hoofdstuk II, luidt:

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

7. Artikel 3, lid 1, van deze verordening, dat deel uitmaakt van diezelfde afdeling 1, bepaalt:

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

8. Artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, dat is opgenomen in afdeling 2 ("Bijzondere bevoegdheid") van hoofdstuk II, luidt:

"Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen:

[...]

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

Richtlijn 2001/29/EG

9. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167, blz. 10) luidt als volgt:

"Deze richtlijn heeft betrekking op de rechtsbescherming van het auteursrecht en de naburige rechten in het kader van de interne markt, met bijzondere klemtoon op de informatiemaatschappij."

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

10. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat Hejduk een professionele architectuurfotografe is en dat zij met name de auteur is van fotografische werken die gebouwen van architect Georg W. Reinberg tonen. Op een door EnergieAgentur georganiseerde conferentie, die heeft plaatsgevonden op 16 september 2004, heeft deze architect ter illustratie van zijn gebouwen de foto's van Hejduk getoond. Hij had daarvoor Hejduks toestemming gekregen.

11. Vervolgens heeft EnergieAgentur deze foto's op haar website geplaatst, waar zij te bekijken en te downloaden waren. Hejduk had hiervoor geen toestemming gegeven en op de site werd ook nergens vermeld wie de auteursrechten op de foto's bezat.

12. Aangezien verzoekster van mening was dat EnergieAgentur haar auteursrechten had geschonden, heeft zij bij het Handelsgericht Wien een beroep ingesteld, in het kader waarvan zij verzocht om een schadevergoeding van 4 050 EUR en een machtiging om het arrest op kosten van EnergieAgentur te publiceren.

13. De verwijzende rechter zet uiteen dat Hejduk haar keuze om de zaak bij hem aanhangig te maken rechtvaardigt op grond van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001. EnergieAgentur heeft met een exceptie de internationale en territoriale bevoegdheid van het Handelsgericht Wien betwist. Tot staving van die exceptie betoogt zij dat haar website niet op Oostenrijk gericht is en dat de loutere mogelijkheid om die site vanuit die lidstaat te raadplegen geen voldoende grondslag voor de bevoegdheid van de verwijzende rechter vormt.

14. In die omstandigheden heeft het Handelsgericht Wien de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Moet artikel 5, punt 3, van verordening [nr. 44/2001] aldus worden uitgelegd dat in een geding inzake de schending van naburige rechten van het auteursrecht die erin bestond dat een foto kon worden bekeken op een website die werd geëxploiteerd onder het topleveldomein van een andere lidstaat dan die waar de houder van de rechten zijn woonplaats heeft, enkel de gerechten bevoegd zijn van:

- de lidstaat waar de vermeende inbreukpleger is gevestigd, en
- de lidstaat of lidstaten waarop de website volgens de inhoud ervan gericht is?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

15. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat de aangezochte rechter bevoegd is om kennis te nemen van een aansprakelijkheidsvordering waarmee wordt aangevoerd dat de door de lidstaat van die rechter gewaarborgde naburige rechten van het auteursrecht zijn geschonden doordat beschermde foto's op een website zijn geplaatst die ook in het rechtsgebied van deze rechter kon worden geraadpleegd.

16. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 autonoom en strikt moet worden uitgelegd (zie in die zin arrest Coty Germany, C-360/12, EU:C:2014:1318, punten 43-45).

17. Hoofdstuk II, afdeling 2, van verordening nr. 44/2001 bevat slechts als afwijking van het fundamentele beginsel van artikel 2, lid 1, van deze verordening, dat de gerechten van de lidstaat waar de verweerde woont bevoegd verklaart, een aantal bijzondere bevoegdheden, waaronder die van artikel 5, punt 3, van deze verordening (arrest Coty Germany, EU:C:2014:1318, punt 44).

18. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de uitdrukking “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen” in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, zowel doelt op de plaats waar de schade is ingetreden als op de plaats van de gebeurtenis die de oorzaak van de schade vormt, zodat de verweerde naar keuze van de eiser voor het gerecht van de ene dan wel van de andere plaats kan worden opgeroepen (arrest Coty Germany, EU:C:2014:1318, punt 46).

19. In dit verband is het vaste rechtspraak dat de bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 berust op het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en de gerechten van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich dreigt voor te doen, op grond waarvan het om redenen van een goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting gerechtvaardigd is dat deze laatste bevoegd zijn (arrest Coty Germany, EU:C:2014:1318, punt 47).

20. Aangezien uit de vaststelling van een van de aanknopingspunten die volgens de in punt 18 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak worden erkend, de bevoegdheid moet kunnen worden afgeleid van het gerecht dat objectief gezien het best in staat is om te beoordelen of de verweerde aansprakelijk kan worden gesteld, kan enkel het gerecht worden aangezocht in het rechtsgebied waarvan het relevante aanknopingspunt zich bevindt (arrest Coty Germany, EU:C:2014:1318, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21. Voorts zij gepreciseerd dat Hejduk in het hoofdgeding weliswaar aanvoert dat haar auteursrecht is geschonden doordat haar foto's zonder haar toestemming op een website zijn geplaatst, maar dat deze bewering volgens de verwijzende rechter specifiek de naburige rechten van het auteursrecht betreft.

22. Dienaangaande moet in herinnering worden gebracht dat de rechten van auteurs, met name krachtens richtlijn 2001/29, weliswaar automatisch moeten worden beschermd in alle lidstaten, maar dat zij onderworpen zijn aan het territorialiteitsbeginsel. Die rechten kunnen dus in elk van de onderscheiden lidstaten worden geschonden, naargelang van het toepasselijke materiële recht (zie arrest Pinckney, C-170/12, EU:C:2013:635, punt 39).

23. Ten eerste moet worden vastgesteld dat de veroorzakende gebeurtenis, die wordt gedefinieerd als het feit waarin de vermeende schade haar oorsprong vindt (zie arrest Zuid-Chemie, C-189/08, EU:C:2009:475, punt 28), niet relevant is om de bevoegdheid vast te stellen van de rechter waarbij een zaak als die van het hoofdgeding aanhangig is gemaakt.

24. In een situatie als die van het hoofdgeding, waarin de vermeende inbreuk erin bestaat dat het auteursrecht en de naburige rechten van het auteursrecht zijn geschonden doordat foto's zonder toestemming van de auteur ervan op een bepaalde website zijn geplaatst, moet immers als veroorzakende gebeurtenis worden aangemerkt het begin van het technisch proces om deze foto's raadpleegbaar te maken op die website. Het feit dat de vermeende inbreuk op

het auteursrecht heeft veroorzaakt, is dus het gedrag van de eigenaar van deze website (zie naar analogie arrest Wintersteiger, C-523/10, EU:C:2012:220, punten 34 en 35).

25. In een zaak als die van het hoofdgeding kan de plaats van het optreden of nalaten dat een dergelijke vermeende inbreuk zou kunnen uitmaken, zich enkel bevinden op de zetel van EnergieAgentur, aangezien die onderneming aldaar het besluit om foto's op een bepaalde website te plaatsen heeft genomen en uitgevoerd. Het staat vast dat die zetel zich niet bevindt in de lidstaat van de verwijzende rechter.

26. In omstandigheden als die van het hoofdgeding moet het veroorzakende feit dus worden gesitueerd op de zetel van deze onderneming, zodat de aangezochte rechter niet op die grond bevoegd kan worden verklaard.

27. Ten tweede moet dus worden nagegaan of deze rechter bevoegd kan worden verklaard op basis van de plaats waar de vermeende schade is ingetreden.

28. Te dien einde moet worden bepaald onder welke omstandigheden de schade die voortvloeit uit de vermeende schending van de auteursrechten zich, voor de toepassing van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, voordoet of dreigt voor te doen in een andere lidstaat dan die waar de verweerde het besluit om foto's op een bepaalde website te plaatsen heeft genomen en uitgevoerd.

29. In dit verband heeft het Hof reeds gepreciseerd dat de plaats waar de schade is ingetreden in de zin van die bepaling kan verschillen naargelang de aard van het recht dat zou zijn geschonden, maar ook dat de schade alleen maar kan intreden in een bepaalde lidstaat indien het recht dat zou zijn geschonden, in die lidstaat wordt beschermd (zie arrest Pinckney, EU:C:2013:635, punten 32 en 33).

30. Wat dit tweede aspect betreft, voert Hejduk in het hoofdgeding aan dat haar auteursrechten zijn geschonden door de publicatie van haar foto's op de website van EnergieAgentur. Zoals uit punt 22 van het onderhavige arrest blijkt, staat vast dat de rechten waarop zij zich beroept worden beschermd in Oostenrijk.

31. Wat het risico betreft dat de schade intreedt in een andere lidstaat dan die waar EnergieAgentur haar zetel heeft, benadrukt deze onderneming dat haar website, waarop de litigieuze foto's zijn gepubliceerd, wordt geëxploiteerd onder een Duits topleveldomein (te weten ".de") en niet op Oostenrijk gericht is, zodat de schade niet is ingetreden in die laatste lidstaat.

32. Dienaangaande volgt uit de rechtspraak van het Hof dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 – anders dan artikel 15, lid 1, onder c), van deze verordening, dat is uitgelegd in het arrest Pammer en Hotel Alpenhof (C-585/08 en C-144/09, EU:C:2010:740) – niet vereist dat de betrokken website “gericht is op” de lidstaat van de aangezochte rechter (zie arrest Pinckney, EU:C:2013:635, punt 42).

33. Dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde website niet is bestemd voor de lidstaat van de aangezochte rechter, is dus niet relevant om de plaats van het intreden van de schade te bepalen, die ingevolge artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 als basis kan dienen om de rechterlijke bevoegdheid vast te stellen.

34. In omstandigheden als die van het hoofdgeding dient dus te worden aangenomen dat het intreden van de schade en/of het risico dat dit gebeurt, voortvloeien uit het feit dat in de lidstaat van de aangezochte rechter via de website van EnergieAgentur toegang kon worden verkregen tot de foto's die het voorwerp uitmaken van de rechten waarop Hejduk zich beroept.

35. Verder moet de omvang van de schade die Hejduk stelt te hebben geleden, worden bepaald in het kader van het onderzoek van het verzoek ten gronde. Deze kwestie is irrelevant in de fase van de vaststelling van de rechterlijke bevoegdheid.

36. Niettemin moet eraan worden herinnerd dat de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten van het auteursrecht die wordt verleend door de lidstaat van de aangezochte rechter enkel geldt in deze lidstaat, zodat de rechter die wordt aangezocht op grond van de plaats waar de vermeende schade is ingetreden, slechts uitspraak mag doen over de schade die is ingetreden op het grondgebied van deze lidstaat (zie in die zin arrest Pinckney, EU:C:2013:635, punt 45).

37. De gerechten van de andere lidstaten blijven krachtens artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 en het territorialiteitsbeginsel in beginsel immers bevoegd om uitspraak te doen over de schade die binnen hun respectieve lidstaten is veroorzaakt door de schending van het auteursrecht en de naburige rechten van dat recht, aangezien zij beter in staat zijn om te beoordelen of deze door de betrokken lidstaat gewaarborgde rechten daadwerkelijk zijn geschonden en om de aard van de veroorzaakte schade vast te stellen (zie in die zin arrest Pinckney, EU:C:2013:635, punt 46).

38. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat de aangezochte rechter, als rechter van de plaats waar de schade is ingetreden, bevoegd is om kennis te nemen van een aansprakelijkheidsvordering waarmee wordt aangevoerd dat de door de lidstaat van die rechter gewaarborgde auteursrechten en naburige rechten van de auteursrechten zijn geschonden doordat beschermde foto's beschikbaar zijn gesteld op een website die in het rechtsgebied van deze rechter kon worden geraadpleegd. Deze rechter mag slechts uitspraak doen over de schade die is veroorzaakt op het grondgebied van zijn eigen lidstaat.

Kosten

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

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken moet aldus worden uitgelegd dat de aangezochte rechter, als rechter van de plaats waar de schade is ingetreden, bevoegd is om kennis te nemen van een aansprakelijkheidsvordering waarmee wordt aangevoerd

dat de door de lidstaat van die rechter gewaarborgde auteursrechten en naburige rechten van de auteursrechten zijn geschonden doordat beschermde foto's beschikbaar zijn gesteld op een website die in het rechtsgebied van deze rechter kon worden geraadpleegd. Deze rechter mag slechts uitspraak doen over de schade die is veroorzaakt op het grondgebied van zijn eigen lidstaat.

Hof van Justitie, zaak C-498/14 PPU, David Bradbrooke tegen Anna Aleksandrowicz, arrest van 9 januari 2015

Prejudiciële verwijzing – Prejudiciële spoedprocedure – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en ten uitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Verordening (EG) nr. 2201/2003 – Artikel 11, leden 7 en 8

Renvoi préjudiciel – Procédure préjudicielle d'urgence – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Règlement (CE) no 2201/2003 – Article 11, paragraphes 7 et 8

Procestaal: Frans.

In zaak C-498/14 PPU,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Cour d'appel te Brussel (België) bij beslissing van 7 november 2014, ingekomen bij het Hof op 10 november 2014, in de procedure

David Bradbrooke

tegen

Anna Aleksandrowicz,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen (rapporteur), kamerpresident, K. Jürimaä, J. Malenovský, M. Safjan en A. Prechal, rechters, advocaat-generaal: N. Jääskinen, griffier: V. Tourrès, administrateur,

gezien het verzoek van de verwijzende rechterlijke instantie van 7 november 2014, ingekomen bij het Hof op 10 november 2014, om de prejudiciële verwijzing overeenkomstig artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof volgens de spoedprocedure te behandelen,

gezien de beslissing van de Vierde kamer van 18 november 2014 om dit verzoek in te willigen,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 december 2014,

gelet op de opmerkingen van:

- de Belgische regering, vertegenwoordigd door C. Pochet, J.-C. Halleux en L. Van den Broeck als gemachtigden,
 - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Wilderspin als gemachtigde,
- de advocaat-generaal gehoord,

het navolgende Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 11, leden 7 en 8, van verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000 (PB L 338, blz. 1; hierna: "verordening").
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de heer D. Bradbrooke en mevrouw A. Aleksandrowicz betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid voor hun zoon Antoni, die door Aleksandrowicz wordt vastgehouden in Polen.

Toepasselijke bepalingen

Haags Verdrag van 1980

3. Artikel 3 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (hierna: "Haags Verdrag van 1980") bepaalt:

"Het overbrengen of het niet doen terugkeren van een kind wordt als ongeoorloofd beschouwd, wanneer

- a) dit geschiedt in strijd met een gezagsrecht, dat is toegekend aan een persoon, een instelling of enig ander lichaam, alleen of gezamenlijk, ingevolge het recht van de staat waarin het kind onmiddellijk voor zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had, en
- b) dit recht alleen of gezamenlijk daadwerkelijk werd uitgeoefend op het tijdstip van het overbrengen of het niet doen terugkeren, dan wel zou zijn uitgeoefend, indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden.

Het onder a) bedoelde gezagsrecht kan in het bijzonder voortvloeien uit een toekenning van rechtswege, een rechterlijke of administratieve beslissing of een overeenkomst die geldig is ingevolge het recht van die staat."

4. Artikel 12 van dit Verdrag is als volgt verwoord:

"Wanneer een kind ongeoorloofd is overgebracht of wordt vastgehouden in de zin van artikel 3 en er minder dan één jaar is verstrekken tussen de overbrenging of het niet doen terugkeren en het tijdstip van de indiening van het verzoek bij de rechterlijke of

administratieve autoriteit van de verdragsluitende staat waar het kind zich bevindt, gelast de betrokken autoriteit de onmiddellijke terugkeer van het kind.

[...]"

5. Artikel 13 van het Haags Verdrag van 1980 bepaalt:

"Niettegenstaande het bepaalde in het voorgaande artikel, is de rechterlijke of administratieve autoriteit van de aangezochte staat niet gehouden de terugkeer van het kind te gelasten, indien de persoon, de instelling of het lichaam dat zich tegen de terugkeer verzet, aantoont dat:

- a) de persoon, de instelling of het lichaam dat de zorg had voor de persoon van het kind, het recht betreffende het gezag niet daadwerkelijk uitoefende ten tijde van de overbrenging of het niet doen terugkeren, of naderhand in deze overbrenging of het niet doen terugkeren had toegestemd of berust; of dat
- b) er een ernstig risico bestaat dat het kind door zijn terugkeer wordt blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondragelijke toestand wordt gebracht.

[...]"

6. Het Haags Verdrag van 1980 is in werking getreden op 1 december 1983. Alle lidstaten van de Europese Unie zijn verdragsluitende partij bij dit Verdrag.

Recht van de Unie

7. De overwegingen 12, 17, 18 en 33 van de verordening luiden als volgt:

"(12) De in deze verordening opgenomen bevoegdheidsregels met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid zijn zodanig opgezet dat zij in het belang van het kind zijn, en met name beantwoorden aan het criterium van de nauwe verbondenheid. Dit betekent dat de bevoegdheid in de eerste plaats bij de gerechten van de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind moet berusten, behalve in bepaalde gevallen waarin het kind van verblijfplaats is veranderd of wanneer er een overeenkomst bestaat tussen de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen.

[...]

(17) In geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van het kind dient de terugkeer van het kind onverwijd te worden verkregen en te dien einde dient [het Haags Verdrag van 1980] van toepassing te blijven, zoals aangevuld door de bepalingen van deze verordening, in het bijzonder artikel 11. De gerechten van de lidstaat waarnaar het kind ongeoorloofd is overgebracht of waar het ongeoorloofd wordt vastgehouden, dienen in staat te zijn zich in welbepaalde, naar behoren gemotiveerde gevallen tegen de terugkeer van het kind te verzetten. Een dergelijke beslissing moet evenwel kunnen worden vervangen door een latere beslissing van het gerecht van de lidstaat waar het kind vóór de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had. Brengt deze laatste beslissing de terugkeer

van het kind met zich, dan dient de terugkeer plaats te vinden zonder dat enigerlei bijzondere procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waar het ontvoerde kind zich bevindt.

(18) Indien krachtens artikel 13 van [het Haags Verdrag van 1980] een beslissing houdende de niet-terugkeer is gegeven, dient het gerecht dit te melden aan het bevoegde gerecht of de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind vóór zijn ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had. Tenzij de zaak reeds bij hem aanhangig is gemaakt, dient dit gerecht of de centrale autoriteit een oproep te richten aan de partijen. Deze verplichting dient voor de centrale autoriteit van de lidstaat geen beletsel te vormen om ook een oproep te richten aan de betrokken overheidsinstanties, zulks in overeenstemming met het nationale recht.

[...]

(33) Deze verordening erkent de grondrechten en is in overeenstemming met de beginselen, die zijn erkend bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [hierna: ‚Handvest’]. In het bijzonder beoogt zij de grondrechten van het kind, zoals die in artikel 24 van het [Handvest] zijn erkend, ten volle te eerbiedigen.”

8. Artikel 1, leden 1 en 2, van de verordening bepaalt het volgende:

“1. Deze verordening is, ongeacht de aard van het gerecht, van toepassing op burgerlijke zaken betreffende:

[...]

b) de toekenning, de uitoefening, de overdracht, de beperking of de beëindiging van de ouderlijke verantwoordelijkheid.

2. De in lid 1, onder b), bedoelde zaken hebben met name betrekking op:

a) het gezagsrecht en het omgangsrecht;

[...]"

9. Artikel 2 van de verordening preciseert:

“In deze verordening wordt verstaan onder:

1. ‘gerecht’: alle autoriteiten in de lidstaten die bevoegd zijn ter zake van de aangelegenheden die overeenkomstig artikel 1 binnen het toepassingsgebied van deze verordening vallen;

[...]

7. ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’: alle rechten en verplichtingen die ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst aan een natuurlijke persoon of aan een rechtspersoon zijn toegekend met betrekking tot de persoon of het

vermogen van een kind. De term omvat onder meer het gezagsrecht en het omgangsrecht;

8. ‘persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt’: elke persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind draagt;

9. ‘gezagsrecht’: de rechten en verplichtingen die betrekking hebben op de zorg voor de persoon van een kind, in het bijzonder het recht de verblijfplaats van het kind te bepalen;

10. ‘omgangsrecht’: omvat in het bijzonder het recht om een kind voor een beperkte tijd mee te nemen naar een andere plaats dan zijn gewone verblijfplaats;

11. ‘ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van een kind’: het overbrengen of niet doen terugkeren van een kind:

a) wanneer dit geschieft in strijd met het gezagsrecht dat ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst is toegekend overeenkomstig het recht van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor zijn overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had,

en

b) indien dit gezagsrecht op het tijdstip van overbrenging of niet doen terugkeren, alleen of gezamenlijk, daadwerkelijk werd uitgeoefend, dan wel zou zijn uitgeoefend indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden. Het gezag wordt geacht gezamenlijk te worden uitgeoefend als een van de personen die, ingevolge een beslissing of van rechtswege, de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, de verblijfplaats van het kind niet kan bepalen zonder de instemming van een andere persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt.”

10. Artikel 8 van de verordening, “Algemene bevoegdheid”, bepaalt:

“1. Ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid zijn bevoegd de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak bij het gerecht aanhangig wordt gemaakt.

2. Het bepaalde in lid 1 geldt onder voorbehoud van de artikelen 9, 10 en 12.”

11. Artikel 11 van de verordening, “Terugkeer van het kind”, luidt als volgt:

“1. Wanneer een persoon, instelling of ander lichaam met gezagsrecht bij de bevoegde autoriteiten van een lidstaat een verzoek indient om op grond van [artikel 13 van het Haags Verdrag van 1980] een beslissing te nemen teneinde de terugkeer te verkrijgen van een kind dat ongeoorloofd is overgebracht of vastgehouden in een andere lidstaat dan de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, zijn de leden 2 tot en met 8 van toepassing.

[...]

3. Het gerecht waarbij een in lid 1 bedoeld verzoek om terugkeer van het kind is ingediend, beschikt met bekwame spoed, met gebruikmaking van de snelste procedures die in het nationale recht beschikbaar zijn.

Onverminderd de eerste alinea beslist het gerecht uiterlijk zes weken nadat het verzoek aanhangig is gemaakt, tenzij dit als gevolg van uitzonderlijke omstandigheden onmogelijk blijkt.

[...]

6. Indien een gerecht op grond van artikel 13 van het [Haags Verdrag van 1980] een beslissing houdende de niet-terugkeer heeft gegeven, zendt het onmiddellijk, rechtstreeks dan wel door tussenkomst van zijn centrale autoriteit, een afschrift van het bevel en van de desbetreffende stukken, met name het zittingsverslag toe aan het bevoegde gerecht of de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, zulks in overeenstemming met het nationale recht. Dit gerecht dient alle bedoelde stukken te ontvangen binnen een maand te rekenen vanaf de datum waarop de beslissing houdende de niet-terugkeer is gegeven.

7. Tenzij één van de partijen zich reeds heeft gewend tot de gerechten van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, stelt het gerecht of de centrale autoriteit die de in lid 6 bedoelde informatie ontvangt, de partijen daarvan op de hoogte en nodigt hen uit binnen drie maanden na de oproeping overeenkomstig het nationale recht conclusies in te dienen, opdat de rechterlijke instantie de kwestie van het gezagsrecht kan onderzoeken.

Onverminderd de bevoegdheidsregels van deze verordening verklaart het gerecht de zaak gesloten indien het binnen die termijn geen conclusie heeft ontvangen.

8. Niettegenstaande een beslissing houdende de niet-terugkeer op grond van het [Haags Verdrag van 1980], is een latere beslissing die de terugkeer van het kind met zich brengt, gegeven door een gerecht dat krachtens deze verordening bevoegd is, overeenkomstig afdeling 4 van hoofdstuk III uitvoerbaar, zulks teneinde de terugkeer van het kind te verzekeren.”

12. Artikel 15 van de verordening, “Verwijzing naar een gerecht dat beter in staat is de zaak te behandelen”, bepaalt in lid 1:

“De gerechten van een lidstaat die bevoegd zijn om ten gronde over een zaak te beslissen, kunnen bij wijze van uitzondering, indien naar hun inzicht een gerecht van een andere lidstaat waarmee het kind een bijzondere band heeft beter in staat is de zaak of een specifiek onderdeel daarvan te behandelen, in het belang van het kind:

a) de behandeling van de zaak of het betrokken onderdeel daarvan aanhouden en de partijen uitnodigen om overeenkomstig lid 4 een daartoe strekkend verzoek te richten aan het gerecht van die andere lidstaat; of

b) het gerecht van een andere lidstaat verzoeken zijn bevoegdheid overeenkomstig lid 5 uit te oefenen.”

Belgisch recht

13. Artikel 1322 decies van het Gerechtelijk Wetboek, zoals gewijzigd bij de wet van 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank (hierna: “Gerechtelijk Wetboek”), luidt als volgt:

“§ 1. De beslissing houdende de niet-terugkeer van het kind, gewezen in het buitenland, alsook de documenten die als bijlage gaan, toegezonden aan de Belgische Centrale Autoriteit overeenkomstig artikel 11, 6, van de in artikel 1322 bis, 3°, bedoelde Verordening van de Raad, worden bij ter post aangetekende brief toegezonden aan de griffier van de rechtbank van eerste aanleg die zitting houdt ter zetel van het hof van beroep in wiens rechtsgebied het kind onmiddellijk voor zijn ongeoorloofde overbrenging of ongeoorloofde niet-terugkeer zijn gewone verblijfplaats had.

§ 2. Vanaf de ontvangst van de stukken en uiterlijk binnen drie werkdagen brengt de griffier de informatie bedoeld in artikel 11, 7, van de in § 1 bedoelde Verordening van de Raad bij gerechtsbrief ter kennis aan de partijen en aan het openbaar ministerie. De gerechtsbrief bevat de volgende vermeldingen:

1° de tekst van artikel 11 van de in artikel 1322 bis, 3°, bedoelde Verordening van de Raad;

2° een verzoek aan de partijen om de conclusies binnen drie maanden te rekenen vanaf de kennisgeving bij de griffie neer te leggen. Deze neerlegging maakt het geschil aanhangig bij de familierechtbank.

§ 3. Indien ten minste een van de partijen conclusies neerlegt, roept de griffier de partijen onmiddellijk op voor de eerste dienstige terechting.

§ 4. De aanhangigmaking bij de familierechtbank leidt tot de opschoring van de procedures ingesteld voor de hoven en rechtbanken waarbij een geschil inzake ouderlijke verantwoordelijkheid of een daarmee samenhangend geschil aanhangig is gemaakt.

§ 5. Ingeval de partijen binnen de termijn omschreven in § 2, 2°, geen opmerkingen naar voren brengen, wijst de familierechtbank een beschikking waarin zulks wordt vastgesteld. De griffier brengt die beschikking ter kennis van de partijen, van de Centrale Autoriteit en van het openbaar ministerie.

§ 6. De beslissing gewezen over het gezag over het kind op grond van artikel 11, 8, van de in § 1 bedoelde Verordening van de Raad, kan op verzoek van een van de partijen tevens betrekking hebben op het omgangsrecht, ingeval in de beslissing de terugkeer van het kind naar België zou worden bevolen.



§ 7. De griffier brengt de in § 6 bedoelde beslissing bij gerechtsbrief ter kennis van de partijen, van het openbaar ministerie en van de Belgische Centrale Autoriteit.

§ 8. Enkel de Belgische Centrale Autoriteit is gemachtigd om de overzending te waarborgen van de beslissing en van de stukken die als bijlage gaan aan de bevoegde overheden van de Staat waarin de beslissing houdende de niet-terugkeer werd gewezen.

§ 9. Voor de toepassing van artikel 11, 7 en 8, van de in § 1 bedoelde Verordening van de Raad, wordt het kind gehoord overeenkomstig artikel 42, 2, a), van bovengenoemde Verordening en Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

14. Antoni is een kind dat op 21 december 2011 in Polen is geboren uit een verhouding tussen Aleksandrowicz, die de Poolse nationaliteit heeft, en Bradbrooke, die de Britse nationaliteit heeft en in België verblijft.

15. Moeder en kind hebben zich in juli en augustus 2012 gevestigd te Brussel (België), toen het kind zeven maanden oud was. Vanaf hun verhuizing woonde het kind bij zijn moeder en heeft het regelmatig zijn vader ontmoet.

16. De vader en de moeder hebben in de loop van augustus en september 2013 deelgenomen aan een lokale bemiddeling om het eens te worden over een wisselende verblijfplaats van het kind, maar zij hebben geen overeenstemming bereikt.

17. Op 16 oktober 2013 heeft de moeder de vader laten weten dat ze samen met het kind met vakantie ging in Polen.

18. Bij een op 18 oktober 2013 neergelegd verzoekschrift heeft de vader het Tribunal de la jeunesse (jeugdrechtbank) te Brussel verzocht met name uitspraak te doen over de wijze van uitoefening van het ouderlijk gezag en het verblijf van het kind.

19. Bij dagvaarding van 23 oktober 2013 heeft de vader tevens de kortgedingrechter verzocht om een dringende en voorlopige maatregel tot vaststelling van een tweede verblijfplaats van het kind bij hem.

20. Toen de vader heeft ingezien dat de moeder niet voornemens was om naar België terug te keren met hun kind, heeft hij de door hem bij de kortgedingrechter en het Tribunal de la jeunesse te Brussel ingestelde vorderingen gewijzigd en met name verzocht dat de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag aan hem werd toekend, dat de hoofdverblijfplaats van het kind bij hem werd vastgesteld en dat de moeder werd verboden om met het kind het Belgische grondgebied te verlaten. De moeder heeft harerzijds de internationale bevoegdheid van de Belgische rechterlijke instanties betwist en gevorderd dat artikel 15 van de verordening werd toegepast en de zaak werd verwezen naar de Poolse rechterlijke instanties die een bijzondere band met de situatie van het kind hebben, aangezien het in Polen verblijft en er inmiddels naar de kleuterschool gaat.



21. Bij beschikking van 19 december 2013 heeft de kortgedingrechter zich bevoegd verklaard en – als voorlopige en dringende maatregel – de verzoeken van de vader toegewezen.

22. Bij vonnis van 26 maart 2014 heeft het Tribunal de la jeunesse te Brussel vastgesteld dat het bevoegd was, verklaard dat het ouderlijk gezag door partijen gezamenlijk diende te worden uitgeoefend, de hoofdverblijfplaats van het kind aan de moeder toevertrouwd, en aan de vader op voorlopige basis een secundair verblijf van het kind bij hem toegekend, te weten om het andere weekend, op voorwaarde dat hij zich naar Polen begaf.

23. Volgens de vader bekrachtigde dit vonnis de ongeoorloofde overbrenging van het gemeenschappelijke kind naar Polen en verbond het aldus een positief rechtsgevolg aan dit voldongen feit, zodat hij hoger beroep tegen dit vonnis heeft ingesteld bij de Cour d'appel (hof van beroep) te Brussel en hij primair om de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag en de vaststelling van de hoofdverblijfplaats van het kind bij hem heeft verzocht.

24. Naast deze procedure ten gronde voor de Belgische gerechten heeft de vader op 20 november 2013 bij de Belgische Centrale Autoriteit een verzoek om de onmiddellijke terugkeer van het kind naar België ingediend, volgens de terugkeerprocedure die in het Haags Verdrag van 1980 is vastgesteld.

25. Op 13 februari 2014 heeft de districtsrechtsbank van Płońsk (Polen) geconstateerd dat het kind door zijn moeder ongeoorloofd was overgebracht en dat het voor zijn overbrenging zijn gewone verblijfplaats in België had. Niettemin heeft deze rechtsbank het verzoek om terugkeer van het kind afgewezen, om redenen die op artikel 13, onder b), van het Haags Verdrag van 1980 waren gebaseerd.

26. De Belgische Centrale Autoriteit, die van de Poolse centrale autoriteit een afschrift van de beslissing houdende de niet-terugkeer en van de desbetreffende stukken heeft ontvangen, heeft dit dossier op 10 april 2014 neergelegd ter griffie van het Tribunal de première instance francophone (Franstalige rechtsbank van eerste aanleg) te Brussel, dat partijen heeft verzocht om conclusies in te dienen. Doordat de vader op 9 juli 2014 conclusies bij deze rechterlijke instantie heeft ingesteld, is de zaak aanhangig gemaakt bij de voorzitter van het Tribunal de première instance francophone, die krachtens artikel 1322 decies van het Gerechtelijk Wetboek, in de versie die van toepassing was voordat de wet van 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtsbank in werking is getreden, bevoegd was om de kwestie van het gezag over hun kind te onderzoeken, overeenkomstig artikel 11, leden 6 en 7, van de verordening. Volgens artikel 1322 decies van het Gerechtelijk Wetboek leidt de aanhangigmaking van de zaak bij deze rechtsbank tot de opschorting van de procedures die zijn ingesteld voor de hoven en rechtsbanken waarbij een geschil inzake ouderlijke verantwoordelijkheid of een daarmee samenhangend geschil aanhangig is gemaakt. Na de inwerkingtreding van die wet is de zaak aan het Tribunal de la famille (familierechtsbank) te Brussel toegewezen.

27. Bij een – jegens de moeder bij verstek uitgesproken – tussenarrest van 30 juli 2014 heeft de Cour d'appel te Brussel het vonnis van het Tribunal de la jeunesse te Brussel bevestigd door vast te stellen dat de Belgische rechter internationaal bevoegd was om ten gronde over de kwesties met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid te beslissen. Rekening ermee houdend dat partijen ondertussen een op artikel 11, leden 6 en 7, van de

verordening gebaseerde vordering bij de voorzitter van het Tribunal de première instance francophone te Brussel hadden ingesteld, heeft de Cour d'appel de uitspraak ten gronde evenwel aangehouden en de Belgische Centrale Autoriteit verzocht om aan het procesdossier alle stukken toe te voegen die deze Autoriteit overeenkomstig artikel 1322 decies van het Gerechtelijk Wetboek ter griffie van het Tribunal de première instance francophone te Brussel had neergelegd. Ten slotte heeft de Cour d'appel te Brussel, in afwachting van de uitkomst – voor dit Tribunal – van de procedure bedoeld in artikel 11, leden 6 tot en met 8, van de verordening, een voorlopige beslissing genomen en de moeder gelast om de vader het adres van haar nieuwe verblijfplaats met het kind mee te delen en nader bepaald hoe de vader zijn omgangsrecht jegens het kind kon uitoefenen.

28. Aangezien de moeder heeft geweigerd om de vader het adres mee te delen waar zij met het kind verblijft, heeft de vader geen gebruik kunnen maken van het hem door de Cour d'appel verleende omgangsrecht.

29. Naast de door de vader in België ingeleide procedures heeft de moeder in Polen diverse vorderingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid ingesteld. De Poolse rechterlijke instanties hebben vastgesteld dat de zaak reeds bij het Belgische gerecht aanhangig was en dat dit laatste zijn internationale bevoegdheid had erkend, en derhalve geoordeeld dat zij ter zake niet bevoegd waren.

30. Bij eindvonnis van 8 oktober 2014 heeft het Tribunal de la famille te Brussel de zaak terugverwezen naar de Cour d'appel te Brussel, op grond dat de vader zich tot de Belgische rechterlijke instanties had gewend vóór de ongeoorloofde overbrenging van het kind in de zin van artikel 11, lid 7, van de verordening en het bodemgeding bij deze Cour d'appel aanhangig was.

31. De Cour d'appel te Brussel meent dat zij volgens het Belgische recht niet mag oordelen dat de procedure van artikel 11, leden 6 tot en met 8, van de verordening bij haar aanhangig is gemaakt bij wege van het op 8 oktober 2014 uitgesproken verwijzingsvonnis van het Tribunal de la famille te Brussel. Volgens de Cour d'appel kan deze procedure immers enkel bij haar worden ingeleid via een beroep dat een partij tegen dit vonnis instelt.

32. Deze rechterlijke instantie vraagt zich af of, gelet op de vereisten van spoed en doeltreffendheid waaraan de procedure van artikel 11, leden 6 tot en met 8, van de verordening moet beantwoorden, lid 7 van dit artikel zich ertegen verzet dat het recht van een lidstaat de exclusieve bevoegdheid om kennis te nemen van deze procedure aan een gespecialiseerd gerecht toekent, terwijl het tegelijkertijd bepaalt dat alle procedures inzake het ouderlijk gezag ingesteld bij een hof of rechtbank worden opgeschort zodra de zaak bij dit gespecialiseerde gerecht aanhangig is gemaakt.

33. Volgens de Cour d'appel te Brussel moet dan ook bij het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 11, leden 7 en 8, van de verordening worden ingediend, teneinde te kunnen bepalen welke Belgische rechterlijke instantie volgens het recht van de Unie bevoegd is, en inzonderheid om vast te stellen of het aan haar staat om, nu de bodemprocedure betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid bij haar aanhangig is gemaakt, de zaak af te doen, volgens de procedure van artikel 11, leden 6 tot en met 8, van de verordening.

34. In die omstandigheden heeft de Cour d'appel te Brussel de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Kan artikel 11, leden 7 en 8, van [de verordening] aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat:

- in gevallen van ontvoering van een kind door een ouder voorrang geeft aan gespecialiseerde rechters wat de procedure betreft waarin deze [bepalingen] voorzien, zelfs wanneer bij een hof of rechtbank reeds een bodemprocedure inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind aanhangig is gemaakt?
- de rechter bij wie een bodemprocedure inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind aanhangig is gemaakt, de bevoegdheid ontneemt over het gezagsrecht uitspraak te doen, terwijl hij zowel internationaal als in de eigen rechtsorde bevoegd is uitspraak te doen over de kwesties met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind?”

Prejudiciële spoedprocedure

35. De Cour d'appel te Brussel heeft verzocht om de prejudiciële verwijzing overeenkomstig artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof volgens de spoedprocedure te behandelen, gelet op de bijzondere spoedeisendheid van de zaak in het hoofdging. Deze betreft immers de uitoefening van het ouderlijk gezag en het gezagsrecht over het kind in omstandigheden waarin gevaar bestaat voor onherstelbare schade van de band tussen vader en zoon, aangezien deze laatste momenteel geen contact heeft met zijn vader.

36. Vastgesteld moet worden, ten eerste, dat de prejudiciële verwijzing de uitlegging van de verordening betreft die in het bijzonder is vastgesteld op basis van artikel 61, onder c), EG, thans artikel 67 VWEU, dat deel uitmaakt van titel V van het derde deel van het VWEU over de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, zodat deze verwijzing binnen de werkingssfeer van de prejudiciële spoedprocedure valt zoals gedefinieerd in artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering.

37. Ten tweede blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat Aleksandrowicz weigert te voldoen aan het arrest van de Cour d'appel te Brussel van 30 juli 2014, waarbij deze rechterlijke instantie om te beginnen Aleksandrowicz heeft bevolen om Bradbrooke binnen een termijn van acht dagen vanaf de kennisgeving van dat arrest het adres van haar nieuwe verblijfplaats met het kind mee te delen, en voorts voor recht heeft verklaard dat Bradbrooke, behoudens andersluidende afspraken tussen partijen, één op de drie weekends recht op persoonlijk contact met Antoni heeft.

38. In dit verband moet erop worden gewezen dat de onderhavige zaak betrekking heeft op een kind van drie jaar, dat al meer dan een jaar gescheiden is van zijn vader. Indien de huidige situatie, waarin bovendien sprake is van een grote afstand tussen de verblijfplaats van de vader en de woonst van het kind, nog langer zou voortduren, kan dit ertoe leiden dat de band tussen kind en vader ernstige schade lijdt.

39. In die omstandigheden heeft de Vierde kamer van het Hof besloten om overeenkomstig artikel 108 van het Reglement voor de procesvoering, op voorstel van de

rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, het verzoek van de verwijzende rechterlijke instantie om de prejudiciële verwijzing volgens de spoedprocedure te behandelen, toe te wijzen.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

40. Met haar vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of artikel 11, leden 7 en 8, van de verordening aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat een gespecialiseerd gerecht de bevoegdheid verleent om vragen betreffende de terugkeer van of het gezagsrecht over het kind te onderzoeken in het kader van de procedure die in deze bepalingen is vastgesteld, zelfs wanneer elders bij een hof of een rechtbank reeds een bodemgeding inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind aanhangig is gemaakt.

41. In herinnering moet worden gebracht dat de verordening weliswaar niet tot doel heeft, de regels van materieel recht en de procedureregels van de verschillende lidstaten eenvormig te maken, maar dat het niettemin van belang is dat de toepassing van die nationale regels geen afbreuk doet aan het nuttig effect van de verordening (zie in die zin arrest Rinau, C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punt 82).

42. In die context moet eveneens worden onderstreept dat uit overweging 33 van de verordening volgt dat deze verordening de grondrechten erkent en de bij het Handvest erkende beginselen naleeft, waarbij zij in het bijzonder beoogt de grondrechten van het kind, zoals die in artikel 24 van het Handvest zijn vastgelegd, onder meer het recht om regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, ten volle te eerbiedigen (zie in die zin arrest McB, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punt 60).

43. Artikel 11, lid 6, van de verordening bepaalt dat indien een gerecht na de ontvoering van een kind een beslissing houdende de niet-terugkeer geeft op grond van artikel 13 van het Haags Verdrag van 1980, dit gerecht onmiddellijk een afschrift van het rechterlijk bevel van niet-terugkeer en van de desbetreffende stukken moet zenden aan het bevoegde gerecht of de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk vóór zijn ongeoorloofde overbrenging of niet-terugkeer zijn gewone verblijfplaats had, overeenkomstig het nationale recht. Benadrukt moet worden dat de uitdrukkelijke verwijzing naar het nationale recht met name aangeeft dat de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd overgebracht zijn gewone verblijfplaats had, met inachtneming van de doelstellingen van de verordening moet uitmaken welk gerecht bevoegd is om over de kwestie van de terugkeer van het kind te beslissen nadat in de lidstaat waar het wordt vastgehouden, een beslissing tot niet-terugkeer is uitgesproken.

44. Artikel 11, lid 7, van de verordening bepaalt dat indien een rechterlijke beslissing houdende de niet-terugkeer is vastgesteld, tenzij de zaak reeds aanhangig is gemaakt bij de gerechten van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor een ongeoorloofde overbrenging of niet-terugkeer zijn gewone verblijfplaats had, het gerecht of de centrale autoriteit die de informatie betreffende die rechterlijke beslissing ontvangt, de partijen daarvan op de hoogte moet stellen en hen moet uitnodigen opmerkingen bij de rechterlijke instantie in te dienen, opdat deze de kwestie van het gezagsrecht kan onderzoeken. Noch die bepaling van de verordening, noch artikel 11, lid 6, ervan bepaalt echter welke nationale rechterlijke instantie



bevoegd is om de vraag van het gezagsrecht over het kind te onderzoeken nadat een beslissing tot niet-terugkeer is vastgesteld. Dat is evenmin het geval in lid 8 van dat artikel.

45. Het is dienaangaande juist dat het gerecht of de centrale autoriteit overeenkomstig artikel 11, lid 7, van de verordening partijen met name een afschrift van de op grond van artikel 13 van het Haags Verdrag van 1980 genomen rechterlijke beslissing tot niet-terugkeer dient te doen toekomen, teneinde in voorkomend geval het onderzoek van de vraag van het gezagsrecht mogelijk te maken, tenzij de zaak reeds aanhangig is gemaakt bij de gerechten van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of niet-terugkeer zijn gewone verblijfplaats had. De vraag of, wanneer die aanhangigmaking heeft plaatsgevonden, het door de lidstaat bevoegd geachte en voor dit onderzoek aangewezen gerecht zijn bevoegdheid aan andere rechterlijke instanties van deze lidstaat kan overdragen, valt echter onder het nationale recht.

46. Zoals de advocaat-generaal in punt 60 van zijn standpuntbepaling heeft opgemerkt, is artikel 11, lid 7, van de verordening immers geen bepaling die ertoe strekt het bevoegde gerecht vast te stellen, doch veeleer een technische bepaling die voornamelijk tot doel heeft nader vast te leggen hoe de informatie betreffende de beslissing tot niet-terugkeer moet worden meegeleid.

47. Bovendien zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof uit artikel 11, lid 7, van de verordening niet kan worden afgeleid dat een beslissing over het gezag over het kind noodzakelijkerwijs een voorafgaande voorwaarde vormt voor de eventuele vaststelling van een beslissing die de terugkeer van het kind met zich brengt. Deze laatste tussenbeslissing dient immers ook de verwezenlijking van de doelstelling van de administratieve en de rechterlijke procedures, namelijk de situatie van het kind te regulariseren (zie in die zin arrest Povse, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400, punt 53).

48. Voor zover de Belgische regering stelt dat het gespecialiseerde gerecht waarbij de vraag van de terugkeer van het kind aanhangig is overeenkomstig artikel 11, leden 6 tot en met 8, van de verordening, volgens het nationale procesrecht de zaak op verzoek van een van de partijen kan verwijzen naar het hof van beroep waarbij het bodemgeding betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid is ingeleden, zodat dit laatste zowel de vraag van de terugkeer als de kwestie van het gezagsrecht over het kind kan afdoen, moet worden vastgesteld dat dit punt de uitlegging van het nationale recht betreft en niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort. Het staat dus aan de Belgische rechterlijke instanties om hierover te beslissen.

49. Uit het voorgaande volgt dat de vaststelling van de nationale rechterlijke instantie die bevoegd is om de terugkeer of het gezagsrecht over het kind te onderzoeken in het kader van de procedure van artikel 11, leden 6 tot en met 8, van de verordening, aan de keuze van de lidstaten wordt overgelaten, zelfs wanneer op de datum van de kennisgeving van de beslissing tot het niet doen terugkeren van een kind bij een hof of rechtbank reeds een bodemprocedure inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor dit kind aanhangig is gemaakt.

50. Zoals uit punt 41 van het onderhavige arrest blijkt, mag die keuze echter geen afbreuk doen aan het nuttige effect van de verordening.

51. Dat een lidstaat een gespecialiseerd gerecht de bevoegdheid verleent om vragen betreffende de terugkeer of het gezagsrecht over het kind te onderzoeken, in het kader van de procedure die in artikel 11, leden 7 en 8, van de verordening is vastgesteld, zelfs wanneer

voor het overige bij een hof of rechbank reeds een bodemprocedure inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind aanhangig is gemaakt, doet op zich echter geen afbreuk aan het nuttig effect van de verordening.

52. Niettemin dient ervoor te worden gezorgd dat een dergelijke bevoegdheidsverlening in een situatie zoals die in het hoofdging verenigbaar is met de grondrechten van het kind zoals die in artikel 24 van het Handvest zijn neergelegd, en inzonderheid met de doelstelling van voortvarendheid van de procedure.

53. Wat dit doel van een snelle beslissing betreft, moet eraan worden herinnerd dat de nationale rechter bij de toepassing van de relevante bepalingen van het interne recht deze bepalingen in het licht van het recht van de Unie en met name van de verordening moet uitleggen.

54. Gelet op een en ander dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 11, leden 7 en 8, van de verordening aldus moet worden uitgelegd dat het zich er in beginsel niet tegen verzet dat een lidstaat een gespecialiseerd gerecht de bevoegdheid verleent om vragen betreffende de terugkeer van of het gezagsrecht over het kind te onderzoeken in het kader van de procedure die in deze bepalingen is vastgesteld, zelfs wanneer bij een hof of rechbank voor het overige reeds een bodemprocedure inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind aanhangig is gemaakt.

Kosten

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

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 11, leden 7 en 8, van verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkennung en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er in beginsel niet tegen verzet dat een lidstaat een gespecialiseerd gerecht de bevoegdheid verleent om vragen betreffende de terugkeer van of het gezagsrecht over het kind te onderzoeken in het kader van de procedure die in deze bepalingen is vastgesteld, zelfs wanneer bij een hof of rechbank voor het overige reeds een bodemprocedure inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind aanhangig is gemaakt.

Hof van Justitie, gevoegde zaken C-400/13 en C-408/13, Sophia Marie Nicole Sanders tegen David Verhaegen (C-400/13) en Barbara Huber tegen Manfred Huber (C-408/13), arrest van 18 december 2014

Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening nr. 4/2009 – Artikel 3 – Bevoegdheid om uitspraak te doen op een vordering inzake onderhoudsverplichtingen jegens een persoon die in een andere lidstaat woont – Nationale regeling waarbij in een bevoegdheidsconcentratie wordt voorzien

Renvoi préjudiciel – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Coopération en matière civile – Règlement n° 4/2009 – Article 3 – Compétence pour statuer sur un recours relatif à une obligation alimentaire à l'égard d'une personne domiciliée dans un autre État membre – Réglementation nationale instaurant une concentration des compétences

Procestaal: Duits.

In de gevoegde zaken C-400/13 en C-408/13,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Amtsgericht Düsseldorf en het Amtsgericht Karlsruhe (Duitsland) bij beslissingen van respectievelijk 9 juli en 17 juni 2013, ingekomen bij het Hof op 16 en 18 juli 2013, in de procedures

Sophia Marie Nicole Sanders, vertegenwoordigd door Marianne Sanders,

tegen

David Verhaegen (C-400/13),

en

Barbara Huber

tegen

Manfred Huber (C-408/13),

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: M. Ilešić, kamerpresident, A. Ó Caomh, C. Toader (rapporteur), E. Jarašiūnas en C. G. Fernlund, rechters, advocaat-generaal: N. Jääskinen, griffier: A. Calot Escobar,



gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en J. Kemper als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door B. Eggers en A.-M. Rouchaud-Joët als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechting van 4 september 2014,

het navolgende Arrest

1. De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van artikel 3, sub a en b, van verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen (PB 2009, L 7, blz. 1).

2. Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van twee gedingen over uitkeringen tot levensonderhoud, enerzijds tussen de minderjarige S. Sanders – vertegenwoordigd door haar moeder, M. Sanders – en haar vader, D. Verhaegen, en anderzijds tussen B. Huber en haar echtgenoot, M. Huber, van wie zij gescheiden leeft.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

3. De punten 4, 9, 11, 15, 23, 44 en 45 van de considerans van verordening nr. 4/2009 luiden:

“(4) De Europese Raad van Tampere van 15 en 16 oktober 1999 heeft de Raad en de Commissie verzocht speciale gemeenschappelijke procedureregels vast te stellen ter vereenvoudiging en versnelling van de beslechting van grensoverschrijdende geschillen over onder andere levensonderhoud. Hij heeft tevens opgeroepen tot de afschaffing van de intermediaire maatregelen die nog altijd noodzakelijk zijn voor de erkenning en de tenuitvoerlegging in de aangezochte staat van een in een andere lidstaat gewezen beslissing, met name een beslissing inzake levensonderhoud.

[...]

(9) Een onderhoudsgerechtigde dient in een lidstaat gemakkelijk een beslissing te kunnen verkrijgen die automatisch, zonder enige andere formaliteit uitvoerbaar is in een andere lidstaat.

[...]

(11) Alle onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk of aanverwantschap, dienen binnen de werkingssfeer van de verordening te vallen, dit om de gelijke behandeling van alle onderhoudsgerechtigden te garanderen. Voor de toepassing van deze verordening moet het begrip ‘onderhoudsverplichting’ autonoom geïnterpreteerd worden.

[...]

(15) Teneinde de behartiging van de belangen van onderhoudsgerechtigden te waarborgen en een goede rechtsbedeling in de Europese Unie te bevorderen, dienen de bevoegdheidsregels die voortvloeien uit verordening (EG) nr. 44/2001 [van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1)] te worden aangepast. Het feit dat de verweerde zijn gewone verblijfplaats in een derde staat heeft, mag niet langer een reden zijn om de toepassing van communautaire bevoegdheidsregels uit te sluiten, en er dient geen enkele verwijzing naar de bevoegdheidsregels van het nationale recht meer te worden opgenomen. In deze verordening dient dus te worden bepaald in welk gevallen een gerecht van lidstaat een subsidiaire bevoegdheid kan uitoefenen.

[...]

(23) Teneinde de kosten verbonden aan de door deze verordening geregelde procedures te beperken, is het nuttig dat zoveel mogelijk gebruik wordt gemaakt van moderne communicatietechnologieën, met name bij het horen van partijen.

[...]

(44) Deze verordening dient verordening [...] nr. 44/2001 te wijzigen door in de plaats te treden van de bepalingen daarvan die betrekking hebben op onderhoudsverplichtingen. Onder voorbehoud van de overgangsbepalingen van de onderhavige verordening dienen de lidstaten vanaf de datum waarop zij van kracht wordt, op onderhoudsverplichtingen de bepalingen van deze verordening over bevoegdheid, erkenning, uitvoerbaarheid en tenuitvoerlegging van beslissingen, en over rechtsbijstand, toe te passen in plaats van die van verordening [...] nr. 44/2001.

(45) Daar de doelstellingen van deze verordening, namelijk het treffen van een aantal maatregelen om de daadwerkelijke inning van levensonderhoud in grensoverschrijdende gevallen te waarborgen en derhalve het vrije verkeer van personen in de Europese Unie te vergemakkelijken, niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve, wegens de omvang en de gevolgen van deze verordening, beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt, mag de Gemeenschap maatregelen nemen overeenkomstig het in artikel 5 [VEU] neergelegde subsidiariteitsbeginsel. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze verordening niet verder dan nodig is om deze doelstellingen te verwezenlijken.”

4. Artikel 1, lid 1, van verordening nr. 4/2009 luidt:



“Deze verordening is van toepassing op onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk of aanverwantschap.”

5. Artikel 3 van deze verordening bepaalt:

“In de lidstaten zijn op het gebied van onderhoudsverplichtingen bevoegd:

- a) het gerecht van de plaats waar de verweerde zijn gewone verblijfplaats heeft, of
- b) het gerecht van de plaats waar de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft, [...]”

6. De artikelen 4 en 5 van deze verordening betreffen respectievelijk de forumkeuze en de bevoegdheid gebaseerd op de verschijning van de verweerde.

7. Artikel 5 van verordening nr. 44/2001 bepaalt:

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

[...]

2) ten aanzien van onderhoudsverplichtingen: voor het gerecht van de plaats waar de tot onderhoud gerechtigde woonplaats of zijn gewone verblijfplaats heeft of, indien het een bijkomende eis is die verbonden is met een vordering betreffende de staat van personen, voor het gerecht dat volgens zijn eigen recht bevoegd is daarvan kennis te nemen, behalve in het geval dat deze bevoegdheid uitsluitend berust op de nationaliteit van een der partijen;

[...]"

Duits recht

8. § 28 van het Auslandsunterhaltsgesetz (wet inzake de inning van levensonderhoud in de betrekkingen met andere staten) van 23 mei 2011 (BGBI. 2011 I, blz. 898, hierna: “AUG”), met het opschrift “Bevoegdheidsconcentratie; regelgevende bevoegdheid”, bepaalt:

“1) Wanneer een deelnemer in de procedure zijn gewone verblijfplaats niet in Duitsland heeft, is in zaken over onderhoudsverplichtingen als bedoeld in artikel 3, sub a en b, van verordening [...] nr. 4/2009 uitsluitend tot uitspraak bevoegd het Amtsgericht dat bevoegd is voor de vestigingsplaats van het Oberlandesgericht in het rechtsgebied waarvan de verweerde of de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft.

Voor het rechtsgebied van het Kammergericht (Berlin) is het Amtsgericht Pankow-Weißensee bevoegd.

2) De regeringen van de Länder mogen deze bevoegdheid bij verordening toewijzen aan een ander Amtsgericht binnen het rechtsgebied van het Oberlandesgericht of,

wanneer een Land meerdere Oberlandesgerichte heeft, aan één Amtsgericht voor de rechtsgebieden van alle of een aantal Oberlandesgerichte. De regeringen van de Länder kunnen bij verordening deze machtiging delegeren aan de Landesjustizverwaltungen.”

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

Zaak C-400/13

9. Verzoekster in het hoofdgeding, die haar gewone verblijfplaats in Mettmann (Duitsland) heeft, heeft op 29 mei 2013 bij het Amtsgericht van haar verblijfplaats – het Amtsgericht Mettmann – een vordering ingesteld om kinderalimentatie te krijgen van haar vader, Verhaegen, die in België woont. Die rechter heeft, na de partijen te hebben gehoord, de zaak op grond van § 28, lid 1, AUG verwezen naar het Amtsgericht Düsseldorf.

10. Het Amtsgericht Düsseldorf is van oordeel dat het volgens artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009 niet bevoegd is om kennis te nemen van het geschil. Volgens die rechter is immers het gerecht bevoegd van de plaats in de lidstaat waar de verzoeker zijn gewone verblijfplaats heeft, in casu het Amtsgericht Mettmann.

11. De verwijzende rechter heeft in het bijzonder twijfels over de in § 28 AUG neergelegde regel inzake “bevoegdheidsconcentratie” bij procedures inzake onderhoudsverplichtingen. Een dergelijke bevoegdheidsconcentratie zou er meer bepaald toe leiden dat kinderen die op het nationale grondgebied verblijven, zich niet kunnen wenden tot de voor hun gewone verblijfplaats bevoegde rechter.

12. In die omstandigheden heeft het Amtsgericht Düsseldorf de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Schendt § 28, lid 1, [AUG] artikel 3, sub a en b, van verordening [nr. 4/2009]?”

Zaak C-408/13

13. Mevrouw Huber woont in Kehl (Duitsland) en vordert van haar echtgenoot, die in Barbados woont, alimentatie wegens scheiding. Zij heeft deze vordering ingesteld bij het Amtsgericht van haar woonplaats, het Amtsgericht Kehl. Dit Amtsgericht heeft de zaak op grond van § 28, lid 1, AUG verwezen naar het Amtsgericht Karlsruhe, dat bevoegd is omdat verzoekster haar gewone verblijfplaats in het rechtsgebied van het Oberlandesgericht Karlsruhe heeft.

14. De verwijzende rechter betwijfelt eveneens of § 28, lid 1, AUG verenigbaar is met artikel 3, sub a en b, van verordening nr. 4/2009.

15. Volgens deze rechter schakelt verordening nr. 4/2009 de nationale bevoegdheidsregels volledig uit, gezien het beginsel van voorrang van het Unierecht. Mocht artikel 3, sub a en b, van deze verordening inderdaad een regeling voor zowel de internationale als de relatieve bevoegdheid bevatten, dan is het de lidstaten verboden om van de verordening afwijkende bevoegdheidsregels vast te stellen.

16. Het Amtsgericht Karlsruhe is van oordeel dat die nationale bepaling, tegen de doelstelling van verordening nr. 4/2009 in, de internationale invordering van uitkeringen tot levensonderhoud in niet geringe mate bemoeilijkt, doordat onderhoudsgerechtigden hun vorderingen bij een andere rechter dan die van hun woonplaats aanhangig moeten maken, wat tot tijdverlies leidt. Bovendien beschikt die andere rechter niet over de relevante gegevens inzake de plaatselijke economische situatie van de onderhoudsgerechtigde om diens behoefte te bepalen, of inzake de draagkracht van de onderhoudsplichtige.

17. De verwijzende rechter wijst er voorts op dat de partijen in het hoofdgeding de rechter van de verblijfplaats van verzoekster in het hoofdgeding – het Amtsgericht Kehl – als bevoegde rechter wensen aan te duiden, hetzij door forumkeuze, hetzij door verschijning van de verweerde.

18. In die omstandigheden heeft het Amtsgericht Karlsruhe de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Is § 28, lid 1, eerste alinea, AUG, die bepaalt dat wanneer een partij in een procedure zijn gewone verblijfplaats niet op het nationale grondgebied heeft, uitsluitend het Amtsgericht dat bevoegd is voor de vestigingsplaats van het Oberlandesgericht in het rechtsgebied waarvan de verweerde of de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft, bevoegd is uitspraak te doen inzake vorderingen op het gebied van onderhoudsverplichtingen in de gevallen als bedoeld in artikel 3, sub a en b, van verordening nr. 4/2009, verenigbaar met laatstgenoemde bepaling?”

19. Bij beschikking van de president van het Hof van 25 juli 2013 zijn de zaken C-400/13 en C-408/13 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en het arrest.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

20. Met de vermelding van de in punt 17 van dit arrest aangehaalde omstandigheden suggereert het Amtsgericht Karlsruhe dat de Duitse wet mogelijk onverenigbaar is met de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 4/2009. Zoals de Commissie heeft gesteld, heeft deze rechter het Hof echter enkel een vraag gesteld over de draagwijdte van artikel 3 van die verordening.

21. Daarnaast blijkt uit de verzoeken om een prejudiciële beslissing duidelijk dat de hoofdgedingen alleen betrekking hebben op het geval waarin de onderhoudsplichtige door de onderhoudsgerechtigde wordt gedagvaard voor de rechter van de gewone verblijfplaats van de gerechtigde. De vragen van de verwijzende rechters moeten dus enkel tegen de achtergrond van artikel 3, sub b, van die verordening worden beantwoord.

22. Met hun vragen wensen de verwijzende rechters in wezen te vernemen of artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling zoals die in de hoofdgedingen, op grond waarvan de rechterlijke bevoegdheden inzake grensoverschrijdende onderhoudsverplichtingen worden geconcentreerd bij de rechter in eerste aanleg die bevoegd is voor de vestigingsplaats van de appelleerchter.

23. Om te beginnen zij verduidelijkt dat, zoals de advocaat-generaal in punt 33 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de rechtspraak van het Hof over de bevoegdheidsregels inzake onderhoudsverplichtingen die voorkomen in het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32; hierna: “Executieverdrag”) en in verordening nr. 44/2001 – die in het verlengde van het Executieverdrag ligt – relevant blijft voor de analyse van de overeenkomstige bepalingen in verordening nr. 4/2009, voor zover de bepalingen van verordening nr. 44/2001 zijn vervangen bij de bepalingen betreffende bevoegdheidsregels van verordening nr. 4/2009.

24. Voorts zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat de bepalingen inzake bevoegdheidsregels autonoom moeten worden uitgelegd aan de hand van de doelstellingen en het stelsel van de betrokken verordening, alsook aan de hand van de algemene beginselen die voortvloeien uit de nationale rechtsordes (zie naar analogie arresten Cartier parfums-lunettes en Axa Corporate Solutions assurances, C-1/13, EU:C:2014:109, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en flyLAL-Lithuanian Airlines, C-302/13, EU:C:2014:2319, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25. Artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009 moet dus worden uitgelegd tegen de achtergrond van de doelstellingen en de bewoordingen ervan, alsook van het stelsel waarvan het deel uitmaakt.

26. Dienaangaande blijkt in de eerste plaats uit punt 45 van de considerans van verordening nr. 4/2009 dat deze ertoe strekt een aantal maatregelen vast te stellen om de daadwerkelijke invordering van levensonderhoud in grensoverschrijdende gevallen te waarborgen en derhalve het vrije verkeer van personen in de Unie te vergemakkelijken. Volgens punt 9 van de considerans van die verordening dient een onderhoudsgerechtigde gemakkelijk in een lidstaat een beslissing te kunnen verkrijgen die automatisch, zonder enige andere formaliteit, uitvoerbaar is in een andere lidstaat.

27. In de tweede plaats heet het in punt 15 van de considerans van die verordening dat de bevoegdheidsregels die voortvloeien uit verordening nr. 44/2001 moeten worden aangepast, teneinde de behartiging van de belangen van onderhoudsgerechtigden te waarborgen en een goede rechtsbedeling in de Unie te bevorderen.

28. Wat de bevoegdheidsregels in grensoverschrijdende gedingen inzake levensonderhoud betreft, heeft het Hof reeds de gelegenheid gehad in de context van artikel 5, punt 2, van het Executieverdrag te verduidelijken dat de afwijking voor bevoegdheidsregels inzake onderhoudsverplichtingen tot doel heeft de onderhoudsgerechtigde, die in een dergelijke procedure als de zwakste partij wordt beschouwd, een bijzondere bescherming te bieden (zie in die zin arresten Farrell, C-295/95, EU:C:1997:168, punt 19, en Blijdenstein, C-433/01, EU:C:2004:21, punten 29 en 30). In dat verband strekken de in verordening nr. 4/2009 neergelegde bevoegdheidsregels er, net zoals die van genoemd artikel 5, punt 2, toe om te waarborgen dat het bevoegde gerecht zich in de nabijheid van de onderhoudsgerechtigde bevindt, zoals ook de advocaat-generaal in punt 49 van zijn conclusie heeft opgemerkt.

29. Eveneens zij benadrukt dat de doelstelling van een goede rechtsbedeling niet alleen moet worden benaderd vanuit de invalshoek van een optimalisering van de rechterlijke organisatie, maar ook – zoals de advocaat-generaal in punt 69 van zijn conclusie heeft opgemerkt – vanuit het belang van de partijen, ongeacht of het dat van de verzoeker of dat

van de verweerde betreft, die met name eenvoudig toegang tot de rechter moeten kunnen hebben en in staat moeten zijn de bevoegdheidsregels te voorzien.

30. Artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009 bepaalt het criterium aan de hand waarvan de rechter wordt aangewezen die bevoegd is om uitspraak te doen in grensoverschrijdende geschillen inzake onderhoudsverplichtingen, namelijk “de plaats waar de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft”. Die bepaling, waarin zowel de internationale als de relatieve bevoegdheid wordt vastgesteld, beoogt eenheid te brengen in de regels inzake jurisdictiegeschillen (zie in die zin arrest Color Drack, C-386/05, EU:C:2007:262, punt 30).

31. De Duitse regering en de Commissie hebben in hun schriftelijke opmerkingen bij het Hof benadrukt dat ofschoon artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009 zowel de internationale als de relatieve bevoegdheid bepaalt van de gerechten die kennis mogen nemen van grensoverschrijdende geschillen inzake levensonderhoud, het niettemin enkel aan de lidstaten staat om in het kader van hun rechterlijke organisatie het gerecht aan te wijzen dat concreet bevoegd is om uitspraak te doen in dergelijke geschillen en de rechtsgebieden te bepalen van de gerechten van de plaats waar de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft in de zin van artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009.

32. Dienaangaande zij vastgesteld dat de regels inzake jurisdictiegeschillen weliswaar zijn geharmoniseerd door de vaststelling van gemeenschappelijke aanknopingspunten, maar de lidstaten bevoegd blijven om de bevoegde rechter te bepalen (zie in die zin arresten Mulox IBC, C-125/92, EU:C:1993:306, punt 25, en GIE Groupe Concorde e.a., C-440/97, EU:C:1999:456, punt 31), op voorwaarde dat die nationale wettelijke regeling de doelstellingen van verordening nr. 4/2009 niet ontermijnt of deze haar nuttig effect niet ontneemt (zie met name in die zin arrest Zuid-Chemie, C-189/08, EU:C:2009:475, punt 30, en naar analogie arrest C., C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, punt 79).

33. In casu moet in de eerste plaats worden onderzocht of in procedures inzake levensonderhoud een bevoegdheidsconcentratie zoals die aan de orde in de hoofdgedingen ertoe leidt dat personen die op het nationale grondgebied verblijven het aan verordening nr. 4/2009 ontleende voordeel verliezen dat zij de procedure kunnen voeren voor de rechter die voor hun gewone verblijfplaats bevoegd is.

34. In dat verband “is het gerecht van de woonplaats van de tot onderhoud gerechtigde het beste in staat om vast te stellen of hij behoeftig is en om de omvang van de behoeftigheid te bepalen”, zoals wordt vermeld op bladzijde 25 van het rapport van P. Jenard over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1979, C 59, blz. 1).

35. Gepreciseerd zij echter dat de uitvoering van de in de punten 28 en 29 van het onderhavige arrest vermelde doelstellingen niet betekent dat de lidstaten op elke plaats in een bevoegd gerecht moeten voorzien.

36. Daarentegen is het van belang dat onder de gerechten die zijn aangewezen om uitspraak te doen in geschillen inzake onderhoudsverplichtingen, het gerecht bevoegd is dat een bijzonder nauwe band heeft met de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde.

37. De Commissie benadrukt in dat verband dat verordening nr. 4/2009 de vrijheid van de lidstaten om de bevoegde rechter te bepalen beperkt, voor zover de relatieve bevoegdheid moet afhangen van de plaats waar de onderhoudsgerechtigden hun gewone verblijfplaats hebben. De bevoegde rechter moet dus, in het kader van de eigen rechterlijke organisatie van de betrokken lidstaat, worden aangewezen op basis van een zinvolle band tussen die rechter en de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde.

38. In casu is op grond van de regel van § 28 AUG het Amtsgericht bevoegd dat bevoegd is voor de vestigingsplaats van het relatief bevoegde Oberlandesgericht waarvoor de onderhoudsgerechtigde eventueel moet verschijnen in geval van hoger beroep.

39. Die nationale bepaling, die als gerecht van de plaats waar de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft in de zin van artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009, een gerecht aanwijst waarvan het rechtsgebied mogelijk niet samenvalt met dat van het gerecht dat bevoegd is voor interne geschillen met hetzelfde voorwerp, draagt dus niet noodzakelijkerwijs bij tot de verwezenlijking van de doelstelling van nabijheid.

40. Nabijheid tussen de bevoegde rechter en de onderhoudsgerechtigde – een van de doelstellingen van artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009 – is evenwel niet de enige doelstelling van verordening nr. 4/2009, zoals in de punten 26 tot en met 29 van dit arrest in herinnering is gebracht.

41. In de tweede plaats moet dus worden onderzocht of een nationale regeling zoals die in de hoofdgedingen de doelstelling van verordening nr. 4/2009 om de inning van internationale vorderingen tot levensonderhoud zo veel mogelijk te vergemakkelijken, kan ondermijnen, omdat zij de procedure zou verzwaren door partijen een niet te verwaarlozen bijkomend tijdverlies te bezorgen.

42. De Duitse regering en de Commissie stellen dat een concentratie van rechterlijke bevoegdheden inzake onderhoudsverplichtingen zoals die aan de orde in de hoofdgedingen, een gunstig effect op de rechtsbedeling heeft, omdat aldus wordt voorzien in toegang tot gespecialiseerde gerechten, die dus meer expertise hebben in dit soort geschillen, die volgens hen feitelijk en rechtens vaak complex zijn.

43. In dat verband moet enerzijds worden opgemerkt dat ofschoon de omstandigheid dat de voor onderhoudsverplichtingen bevoegde gerechten een ander geografisch rechtsgebied hebben, met zich brengt dat de onderhoudsgerechtigde bij een grensoverschrijdend geschil in bepaalde gevallen een grotere afstand moet afleggen, deze veronderstelling niet noodzakelijk strookt met de werkelijkheid. De aanhangigmaking van een zaak betekent immers niet dat de partijen zich systematisch verplaatsen in elk stadium van de procedure. Teneinde de kosten verbonden aan de door verordening nr. 4/2009 geregelde procedures te beperken, is het derhalve in het bijzonder nuttig, zoals ook in punt 23 van de considerans van die verordening wordt gepreciseerd, dat zo veel mogelijk gebruik wordt gemaakt van moderne communicatietechnologieën, met name bij het horen van partijen, aangezien die procedurele middelen partijen een verplaatsing kunnen besparen.

44. Anderzijds kan een bevoegdheidsregel zoals die in de hoofdgedingen tegelijk aan de in de punten 26 tot en met 29 van dit arrest vermelde vereisten voldoen, namelijk maatregelen treffen om de daadwerkelijke invordering van levensonderhoud in grensoverschrijdende

gevallen te waarborgen, de belangen van onderhoudsgerechtigden behartigen en een goede rechtsbedeling bevorderen.

45. Een bevoegdheidsconcentratie zoals die aan de orde in de hoofdgedingen draagt immers bij tot de ontwikkeling van bijzondere expertise, die de doeltreffendheid van de invordering van een uitkering tot levensonderhoud verbetert en tegelijk een goede rechtsbedeling waarborgt en de belangen van de procespartijen behartigt.

46. Uitgesloten kan echter niet worden dat een dergelijke bevoegdheidsconcentratie de daadwerkelijke invordering van uitkeringen tot levensonderhoud in grensoverschrijdende gevallen beperkt, wat betekent dat het aan de verwijzende rechters staat om de bestaande situatie in de betrokken lidstaat concreet te onderzoeken.

47. Gelet op een en ander moet artikel 3, sub b, van verordening nr. 4/2009 aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling zoals die in de hoofdgedingen, op grond waarvan de rechterlijke bevoegdheden inzake grensoverschrijdende onderhoudsverplichtingen worden geconcentreerd bij de rechter in eerste aanleg die bevoegd is voor de vestigingsplaats van de appelrechter, tenzij deze regel bijdraagt tot de verwezenlijking van de doelstelling van een goede rechtsbedeling en de belangen van de onderhoudsgerechtigden behartigt, alsook de daadwerkelijke invordering van uitkeringen tot levensonderhoud vergemakkelijkt. Het staat aan de verwijzende rechters dit na te gaan.

Kosten

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

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 3, sub b, van verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling zoals die in de hoofdgedingen, op grond waarvan de rechterlijke bevoegdheden inzake grensoverschrijdende onderhoudsverplichtingen worden geconcentreerd bij de rechter in eerste aanleg die bevoegd is voor de vestigingsplaats van de appelrechter, tenzij deze regel bijdraagt tot de verwezenlijking van de doelstelling van een goede rechtsbedeling en de belangen van de onderhoudsgerechtigden behartigt, alsook de daadwerkelijke invordering van uitkeringen tot levensonderhoud vergemakkelijkt. Het staat aan de verwijzende rechters dit na te gaan.

Hof van Cassatie, A. A. tegen procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen, arrest van 23 januari 2015

Huwelijk – Schijnhuwelijk – Artikel 146bis BW – Nationaliteit

Mariage – Mariage simulé – Article 146bis C. civ. – Nationalité

A. A.,

eiser,

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

tegen

PROCUREUR-GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN, met kantoor te 2000 Antwerpen, Waalse Kaai 35A,

verweerde.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 28 november 2012.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft op 27 oktober 2014 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Raadsheer Alain Smets heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

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

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. Krachtens artikel 16, § 2, 1°, WBN, zoals hier toepasselijk, kan de vreemdeling, die huwt met een Belg of wiens echtgenoot gedurende het huwelijk de Belgische nationaliteit krijgt, door een overeenkomstig artikel 15 aangelegde verklaring de staat van Belg verkrijgen indien de echtgenoten gedurende ten minste drie jaar in België samen hebben verbleven en zolang zij in België samenleven.

Krachtens artikel 146bis Burgerlijk Wetboek is er geen huwelijk wanneer, ondanks de gegeven formele toestemmingen tot het huwelijk, uit een geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet is gericht op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het verkrijgen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van de gehuwde.

2. Het algemeen rechtsbeginsel "*fraus omnia corruptit*" staat eraan in de weg dat het bedrog de dader voordeel verschaft.

3. Hieruit volgt dat het huwelijk met een Belg een noodzakelijke voorwaarde uitmaakt voor de in artikel 16, § 2, 1°, WBN bedoelde verklaring van nationaliteitskeuze en dat, wanneer vaststaat dat er *ex tunc* geen huwelijk is in de zin van artikel 146bis Burgerlijk Wetboek, er ook nooit aan de voorwaarde van artikel 16, § 2, 1°, WBN werd voldaan.

4. De appelrechters stellen vast dat de eiser op 21 juni 2002 huwde met een Belgische vrouw en op 6 juli 2006 door een verklaring op grond van artikel 16 WBN de Belgische nationaliteit verkreeg.

Zij oordelen dat dit huwelijk manifest een schijnhuwelijk is, aangezien de eiser en zijn Belgische echtgenote "*nooit de intentie hebben gehad om een duurzame levensgemeenschap tussen hen tot stand te brengen*" en het instituut van het huwelijk hebben misbruikt om een verblijfsrecht in België te bezorgen aan de eiser en het mogelijk te maken dat de eerste echtgenote van de eiser en hun drie kinderen zich hier zouden kunnen vestigen.

Zij oordelen voorts dat de nietigverklaring van dit huwelijk terugwerkende kracht heeft en moet geacht worden er nooit te zijn geweest, zodat de eiser "*aan dat huwelijk geen recht kan onttrekken op het verkrijgen c.q. behoud van de Belgische nationaliteit*".

5. De appelrechters die aldus oordelen verantwoorden hun beslissing naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiser op 699,60 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit afdelingsvoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, en de raadsheren Alain Smeyns, Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Bart Willeman, en in openbare rechtszitting van 23 januari 2015 uitgesproken door afdelingsvoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal André Van Ingelgem, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.

Hof van Cassatie, Office National des Pensions tegen M. R., arrest van 15 december 2014

Huwelijk – Gevolgen van een polygaam huwelijk gesloten in Marokko – Overlevingspensioen – Internationale openbare orde

Mariage – Effets d'un mariage polygame contracté au Maroc – Pension de survie – Ordre public international

OFFICE NATIONAL DES PENSIONS, établissement public dont le siège est établi à Saint-Gilles, Tour du Midi, place Bara, 3,

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. R.,

défenderesse en cassation.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre larrêt rendu le 8 janvier 2014 par la cour du travail de Bruxelles.

Le 6 octobre 2014, 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

- *article 24, § 2, de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le royaume de Belgique et le royaume du Maroc, signée à Rabat le 24 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, et, pour autant que de besoin, article unique de ladite loi;*
- *article 3, alinéa 3, du Code civil, tel qu'il était applicable avant son abrogation par la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé;*

- articles 2, 15, 21, 46 et 127 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé ;
- article 570, spécialement alinéa 2, 1^o et 2^o, du Code judiciaire, dans sa version antérieure à sa modification par la loi du 16 juillet 2004;
- articles 30 et 31 du Code du statut personnel et des successions (*Moudawana*) du royaume du Maroc, dont les livres Ier et II, contenant ces articles, ont été promulgués par le dahir n° 1-57-343 du 22 novembre 1957, tels qu'ils étaient en vigueur antérieurement à leur modification par le dahir n° 1-93-347 du 10 septembre 1993 et leur abrogation par l'article 397 du Code de la famille porté par la loi n° 70-03 promulguée par le dahir n° 1-04-22 du 3 février 2004.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt dit l'appel du demandeur non fondé.

En confirmant le jugement entrepris, l'arrêt

- annule la décision du 7 septembre 2010 par laquelle, par révision de la décision du 15 septembre 2009 et en application de la convention bilatérale belgo-marocaine, le demandeur répartit le montant de la pension de survie allouable à parts égales entre les deux veuves de M. E.-S., soit 4.751,89 euros par an par veuve,
- dit pour droit que la défenderesse peut prétendre, en sa qualité de veuve de M. E.-S., à l'intégralité de la pension de survie depuis le 1^{er} septembre 2009,
- condamne le demandeur à payer à la défenderesse l'intégralité de la pension de survie, soit, à la date du 1^{er} septembre 2009, la somme de 9.503,76 euros par an, à l'indice 125,73, majorée des intérêts moratoires au taux légal depuis chaque échéance, calculés sur la différence entre les sommes dues et les sommes versées, puis des intérêts judiciaires.

L'arrêt se fonde sur les motifs suivants:

« I. Les antécédents du litige

1. [La défenderesse] est née au Maroc en 1933 et a épousé le 25 août 1950 à [...], au Maroc, M. E.-S., né le 10 mars 1927, de nationalité marocaine;

2. [La défenderesse] a été domiciliée en Belgique, à Forest, à partir du 15 mars 1971;

[La défenderesse] a acquis la nationalité belge le 16 janvier 2001;

Son mari, qui était bénéficiaire d'une pension de retraite belge, est décédé le 17 août 2009;

Par décision notifiée le 15 septembre 2009, [le demandeur] a accordé à [la défenderesse] une pension de survie de 791,98 euros par mois;

3. Par lettre datée du 24 septembre 2009, envoyée de Nador au Maroc, madame A., née en 1960, de nationalité marocaine, a sollicité le bénéfice d'une pension de survie en qualité de veuve de M. E.-S.;

Elle a produit, à l'appui de sa demande, la traduction d'un acte de mariage consigné le 23 novembre 1987 au registre des mariages de la division du notariat de Driouch, dont il ressort que les adouls ont reçu le 12 novembre 1987 la déclaration de mariage de M. E.-S. avec madame A., tous deux de nationalité marocaine;

De cette union [...] sont nés trois enfants, en 1989 et 1994;

4. [Le demandeur] a accordé à madame A. une pension correspondant à la moitié de la pension de survie précédemment accordée à [la défenderesse];

Par décision notifiée le 7 septembre 2010, [le demandeur] a réduit de moitié la pension de survie de [la défenderesse] à partir du 1^{er} septembre 2009;

[La défenderesse] a contesté cette décision par une requête déposée au greffe le 4 octobre 2010;

[...] 5. Par jugement du 10 février 2012, le tribunal du travail a fait droit à la demande de [la défenderesse] et a dit pour droit que [celle-ci] pouvait prétendre à l'entièreté de la pension de survie à compter du 1^{er} septembre 2009;

[Le demandeur] a interjeté appel du jugement par une requête reçue au greffe de la cour du travail le 13 mars 2012;

II. Objet de l'appel et des demandes

6. [Le demandeur] demande à la cour du travail de réformer le jugement et de rétablir la décision administrative en toutes ses dispositions;

[La défenderesse] demande la confirmation du jugement;

III. Discussion

7. Il n'est pas contesté que le second mariage de M. E.-S. a été conclu en conformité avec la loi marocaine en vigueur à l'époque;

La question délicate qui se pose en l'espèce est si un organisme belge de sécurité sociale doit donner pleinement effet à cette seconde union, y compris à l'égard de [la défenderesse], alors qu'à la date à laquelle le droit à la prestation sociale litigieuse est né, elle résidait en Belgique depuis trente-huit ans et était belge depuis huit ans, et que le droit à cette prestation découle de périodes de travail ou assimilées effectuées par M. E.-S. lorsqu'il cohabitait avec [la défenderesse] en Belgique;

8. L'article 21 du Code de droit international privé prévoit la possibilité d'écartier un droit étranger (ou une institution de droit étranger) au nom de l'ordre public. Cette disposition précise:

'L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public.

Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée';

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;

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;

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' ;

9. La Convention générale sur la sécurité sociale entre le royaume de Belgique et le royaume du Maroc, signée à Rabat le 24 juin 1968, dispose en son article 24, § 2, que la pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré;

Cette disposition n'a pas pour conséquence que le partage de la pension de survie est justifié dans tous les cas de polygamie : il n'y a lieu à partage que si l'exception d'ordre public international ne s'oppose pas à la reconnaissance de la situation de polygamie;

La Cour constitutionnelle a rappelé, en ce sens, que, 'en permettant de tenir compte du statut personnel du travailleur marocain, l'article 24, § 2, de la Convention fait application d'une règle de droit international privé reprise à l'article 21 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, qui admet qu'on puisse reconnaître en Belgique les effets découlant de mariages contractés à l'étranger conformément au statut personnel des époux et sous réserve de ce que ces effets ne troublent pas l'ordre public international belge, ce qu'il appartient au juge à quo de contrôler in concreto' ;

Ainsi, même lorsque la Convention générale sur la sécurité sociale est d'application, le mariage polygamique peut être écarté si les conséquences concrètes de sa reconnaissance troublent de manière trop directe l'ordre juridique belge, en particulier lorsqu'une ou plusieurs parties entretiennent un lien étroit avec la Belgique;



10. Dans une affaire dans laquelle un second mariage, contracté au Maroc, était opposé à une veuve de nationalité belge, la Cour de cassation a décidé:

'L'ordre public international belge s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger lorsque l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie.'

En constatant, tant par ses motifs propres que par ceux du jugement entrepris qu'il adopte, que la demanderesse et son défunt mari, tous deux de nationalité marocaine, ont contracté mariage au Maroc alors que n'était pas encore dissoute la précédente union matrimoniale de celui-ci avec une femme belge, l'arrêt justifie légalement sa décision de ne reconnaître aucun effet à cette seconde union' ;

A ainsi été consacrée la doctrine - dite de proximité - selon laquelle 'l'éviction 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' ;

En d'autres termes, plus une partie entretient un lien étroit avec la Belgique, plus elle est en mesure de se prévaloir utilement de l'exception d'ordre public;

11. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public de proximité est particulièrement délicate dans la matière des pensions de survie;

J.-Y. Carlier a résumé comme suit les dilemmes en cause et le caractère nécessairement imparfait de la solution à mettre en œuvre lorsqu'une des épouses est belge:

'Lorsqu'une femme marocaine et une femme belge viennent en concurrence, où placer la mesure de l'égalité, sachant qu'en tout état de cause une femme en sera victime? Soit, ignorant la nationalité, le partage est maintenu entre les deux femmes, chacune ne bénéficiant que d'une demi-pension de survie. C'est discriminatoire pour les deux femmes, à la différence que, pour la femme marocaine, c'est la règle, pour la femme belge, non. Cette dernière est à l'évidence lésée. Soit, privilégiant la femme belge, [...] l'on discrimine doublement la femme marocaine, qui voit sa pension de survie réduite à peau de chagrin, d'une moitié à rien. Dignité contre dignité. En l'absence d'une formule d'égalité, qui imposerait à l'État d'assumer l'intégralité des droits sociaux au bénéfice de chaque épouse, c'est bien d'un arbitre qu'il sera besoin. Ce n'est ni la proximité territoriale ni la proximité de principe qui sera principalement mesurée mais la proximité entre les principes et la réalité vécue. Le juge verra, notamment, dans quelle mesure chaque épouse, fût-elle marocaine ou belge, a effectivement consenti à cette situation. Telle est bien l'évolution du droit marocain dans le Code de la famille, dont il faudra, à l'avenir, mieux tenir compte' (J.-Y. Carlier, 'Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé : à propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation', R.G.D.C.B., 2008, p. 530);

12. Dans une affaire dans laquelle, comme dans la présente affaire, la première épouse, ayant vécu longtemps en Belgique, avait la nationalité belge à la date de la naissance du droit à la pension de survie mais n'avait pas encore cette nationalité à la date du second mariage de son époux, la cour du travail a retenu l'exception d'ordre public (de proximité), en décidant:



'Le fait qu'à la date de la conclusion du second mariage, madame H. n'avait pas encore la nationalité belge est sans incidence.

En effet, c'est à la date de la naissance du droit à la pension de survie (soit au décès de monsieur H.), voire à la date de la demande de pension introduite par la seconde épouse, qu'il faut se placer pour apprécier les effets du second mariage.

Or, tant à la date du décès qu'à la date de la demande de pension de survie introduite par la seconde épouse, madame H. avait la nationalité belge [...].

En l'espèce, toutefois, la proximité ne découle pas que de la nationalité mais aussi du fait que Madame H. est domiciliée en Belgique depuis plus de quarante ans et y a vécu avec son époux jusqu'à son décès : c'est donc sur la base d'une appréciation in concreto des liens de Madame H. avec la Belgique et non en raison d'une prétendue « préférence nationale » qu'il s'impose de ne pas donner d'effets sociaux au second mariage de monsieur H.' (17 février 2011, J.T., 2011, 383);

Cet arrêt a été cassé par les considérations suivantes:

'L'ordre public international belge ne s'oppose pas, en règle, à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger conformément à leur loi nationale par des conjoints dont l'un était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous célébré à l'étranger dans les mêmes circonstances avec une personne dont la loi nationale admet la polygamie.

Ni en se référant à la circonstance que, postérieurement à la seconde union de son mari, la défenderesse a acquis la nationalité belge, qu'elle possédait tant lors du décès de celui-ci qu'au moment où sa seconde épouse a introduit sa demande de pension de survie, ni en relevant que la défenderesse est établie depuis plus de quarante ans en Belgique, où elle a vécu avec son mari jusqu'à son décès, l'arrêt ne justifie légalement sa décision que l'ordre public international belge s'oppose à ce que soient reconnus en Belgique les effets sociaux du second mariage de [C.] H.' (Cass., 18 mars 2013, S.11.0068.F);

13. *La cour du travail ne peut entièrement souscrire à la motivation de l'arrêt du 18 mars 2013:*

a) *L'arrêt n'exclut pas qu'en théorie (en effet, d'après l'arrêt, ce n'est qu' 'en règle' que l'ordre public international ne s'oppose pas ...), même lorsque, à la date du second mariage, la loi nationale des parties admet la polygamie, l'exception d'ordre public puisse être invoquée;*

En considérant toutefois que l'acquisition ultérieure de la nationalité belge et la longue période de résidence commune des époux en Belgique ne suffisent pas à créer un lien de rattachement tel que l'exception d'ordre public puisse être invoquée, l'arrêt du 18 mars 2013 revient de facto à considérer que l'exception d'ordre public n'est susceptible d'être invoquée que dans des circonstances équivalentes à celles qui caractérisaient l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 3 décembre 2007, à savoir la nationalité belge de la première épouse à la date du second mariage;

b) Cet arrêt fige, au travers du critère de la nationalité à la date du second mariage, les conditions d'application de l'exception d'ordre public, alors que cette question (particulièrement délicate) doit essentiellement faire l'objet d'une appréciation *in concreto*;

Selon J.-Y. Carlier : 'L'ordre public de proximité est, en droit international privé, un instrument utile pour nuancer la mise en oeuvre des règles de conflits. Mais cet instrument s'adapte mal au rôle du juge de cassation qui, à trop poursuivre la justice du cas, sème désordre plus qu'ordre.'

Le juge du fond est mieux à même de mesurer *in concreto* ces différents facteurs de proximité - nationalité, résidence, volonté -, qui ne sont qu'une autre déclinaison des facteurs de rattachement, une manière d'interprétation raisonnable des différents intérêts en présence, les intérêts publics du *for saisi*, les intérêts privés des parties' (article cité, p. 531);

La Cour constitutionnelle aussi considère que la question si certains effets du mariage polygamique valablement contracté à l'étranger troublent l'ordre public international belge est une question 'qu'il appartient au juge [...] de contrôler *in concreto*' (Cour const., arrêt n° 84/2005 du 4 mai 2005, point B.5 ; arrêt n° 96/2009 du 4 juin 2009);

c) En ce que qu'il réduit l'appréciation du lien de proximité à la seule question de la nationalité de la première épouse à la date du second mariage (cfr les termes : 'mariage non encore dissous célébré à l'étranger dans les mêmes circonstances avec une personne dont la loi nationale admet la polygamie'), l'arrêt du 18 mars 2013 peut sembler difficilement conciliable avec l'article 21, alinéa 2, du Code de droit international privé, qui précise, de manière moins restrictive, que l'incompatibilité 's'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger' ;

En d'autres termes, la proximité avec l'ordre juridique belge ne peut être appréciée en fonction d'un seul critère mais doit en combiner plusieurs, en rapport avec la nationalité, mais aussi la durée de la résidence en Belgique et les intentions des parties;

On peut, du reste, suggérer que l'attention portée exclusivement au critère de la nationalité dérive des circonstances particulières de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 3 décembre 2007;

La doctrine ayant commenté cet arrêt avait toutefois attiré l'attention sur le risque que, 'sous l'apparence d'une proximité de principe, se cache bien une préférence nationale' (J.-Y. Carlier, article cité, p. 530);

d) L'absence d'attention portée au critère de territorialité ne paraît pas cadrer avec les recommandations de l'Institut de droit international, qui invite les États à ne pas reconnaître les unions polygamiqes célébrées dans un État autorisant la polygamie 'si les deux époux avaient leur résidence habituelle, lors de la célébration, dans un État n'admettant pas la polygamie ou si la première épouse a la nationalité d'un tel État ou y a sa résidence habituelle' (résolution de l'Institut de droit international, neuvième commission, rapport de P. Lagarde, 'Différences culturelles et ordre public



en droit international privé de la famille', Annuaire de l'Institut de droit international, session de Cracovie, vol. 71-1, Paris, Pedone, 2005);

e) Enfin, il paraît nécessaire d'avoir égard au fait qu'en sécurité sociale, la nationalité joue un rôle secondaire par rapport à celui de la territorialité (sur l'importance de la territorialité en cas de conflit d'attribution des prestations sociales en cas de polygamie, voy. Cass. fr., 8 mars 1993, Bull., 1993, V, n° 114). C'est, en effet, généralement l'exercice d'une activité ou le séjour régulier sur le territoire - et très rarement la nationalité des parties - qui conditionnent l'accès aux prestations de sécurité sociale;

Les distinctions fondées sur la nationalité sont d'ailleurs considérées comme reposant sur un critère éminemment suspect qui, selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, ne peut être admis qu'en présence de considérations très fortes (voy., notamment, Cour eur. dr. h., Gaygusuz c/ Autriche, 16 septembre 1996, § 42);

Ainsi, on ne peut ignorer que, même si elle dérive du mariage, la pension de survie ne dépend pas de la nationalité des parties mais presuppose que le conjoint précédent ait exercé une activité professionnelle en Belgique: elle a donc un fondement territorial;

14. *Dans le cadre d'une appréciation globale in concreto, la cour [du travail] retient que [la défenderesse] n'avait pas la nationalité belge lorsque son époux a contracté un second mariage et que la loi nationale qui était la sienne, à l'époque, admettait la polygamie;*

Cet élément, important, ne peut toutefois être décisif;

En l'espèce, il s'impose d'avoir également égard aux circonstances de fait suivantes, qui démontrent la particulière proximité de [la défenderesse] avec l'ordre juridique belge:

- *à la date à laquelle madame A. a sollicité une partie de la pension de survie, soit à la date à laquelle des effets du second mariage ont pour la première fois été revendiqués dans l'ordre juridique belge, [la défenderesse] avait la nationalité belge depuis plus de huit ans;*
- *pendant l'essentiel de la carrière professionnelle lui ayant permis d'ouvrir en Belgique le droit à la pension de retraite dont dérive la pension de survie litigieuse, M. E.-S. résidait en Belgique avec [la défenderesse] uniquement;*
- *[la défenderesse] expose, sans être contredite, que, lorsque M. E.-S. a contracté son second mariage, il ne l'en a pas informée ; [la défenderesse] n'y a pas consenti;*
- *elle ajoute qu'à l'époque de ce second mariage, 'elle avait déjà [...] le centre de ses intérêts sociaux, affectifs, professionnels et culturels établis sur le territoire du royaume [et qu'elle] adhérait aux valeurs de ce pays, y compris à son ordre public, à tel point qu'elle a même entrepris de solliciter l'octroi de la nationalité belge (alors même que son époux n'a pas fait la même démarche)' ;*



- jusqu'à l'ouverture du droit à la pension de survie, madame A. a vécu au Maroc et n'a jamais prétendu venir s'installer en Belgique ; du vivant de M. E.-S., elle ne s'est jamais prévalué de sa situation d'épouse à l'égard des autorités belges;

Le fait d'avoir cohabité en Belgique pendant la période ayant permis l'ouverture des droits en matière de pension de retraite est, au regard de la prestation litigieuse - dont le caractère territorial a été souligné -, un élément qui renforce très sensiblement l'intensité du rattachement de la situation de [la défenderesse] à l'ordre juridique belge;

Par ailleurs, sur le plan de la nature et de l'étendue des effets du second mariage, la division de la pension en parts égales est, en l'espèce, d'autant plus inéquitable qu'elle revient à traiter de la même façon deux épouses dont la situation et la légitimité à percevoir une pension de survie sont sensiblement différentes : on ne peut, en effet, mettre sur le même pied une femme de plus de quatre-vingts ans, ayant été mariée pendant cinquante-neuf ans, et une femme en âge de travailler et de se constituer des droits propres aux prestations sociales, et n'ayant jamais été domiciliée avec le conjoint dont elle tire le droit à une pension de survie;

Il est, par ailleurs, pour le moins paradoxal que [la défenderesse] doive partager la pension de survie alors que si elle avait divorcé de M. E.-S., elle aurait bénéficié d'un droit propre à une pension de conjoint divorcé calculée sur la base des années de mariage avec son ex-conjoint (sur la base des articles 75 et suivants de l'arrêté royal du 21 décembre 1967);

Donner effet au second mariage, par le biais d'un partage de la pension de survie, au mépris de la présence prolongée de [la défenderesse] sur le territoire belge, conduit à une application incohérente des modes usuels de constitution des droits en matière de pension;

Ainsi, au regard de la prestation en cause et de l'ensemble des intérêts en présence, la cour du travail confirme la motivation du jugement en ce qu'il a considéré que les effets du second mariage, même limités au partage de la pension de survie, heurtent l'ordre public international belge;

15. L'appel n'est pas fondé ».

Griefs

1. L'arrêt constate que

- la défenderesse, née au Maroc en 1933, y a épousé en 1950 M. E.-S., de nationalité marocaine,
- M. E.-S. a contracté un second mariage : il ressort d'un acte de mariage consigné le 23 novembre 1987 au registre des mariages de la division du notariat de Driouch que les adouls ont reçu le 12 novembre 1987 la déclaration de mariage de M. E.-S. avec madame A., tous deux de nationalité marocaine,
- la défenderesse a acquis la nationalité belge le 16 janvier 2001,
- M. E.-S. est décédé le 17 août 2009.



2. *Les conditions de validité du mariage sont régies en principe, pour chacun des époux, par le droit de l'État dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.*

La règle est énoncée à l'article 46, alinéa 1er, de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, ce texte n'étant cependant pas applicable à un mariage célébré avant son entrée en vigueur mais, seulement, aux effets d'un tel mariage, postérieurs à son entrée en vigueur, conformément à l'article 127, § 1er, du Code de droit international privé. La même règle était cependant d'application antérieurement et se déduisait de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, tel qu'il était applicable avant son abrogation par la loi du 16 juillet 2004.

La question si un époux ressortissant d'un pays qui admet la polygamie a pu contracter un second mariage valide relève donc exclusivement de la loi nationale de cet époux.

Les articles 30 et 31 du Code du statut personnel et des successions marocain valident le mariage polygamique.

M. E.-S., de nationalité marocaine, a épousé la défenderesse, de nationalité marocaine, en 1950 et madame A., également de nationalité marocaine, en 1987. Ce n'est qu'en 2001 que la défenderesse a acquis la nationalité belge.

En vertu de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, applicable à l'époque, la question de la validité du mariage polygamique était censée relever de la loi nationale des époux, c'est-à-dire de la loi marocaine. Il n'est pas contesté que la loi marocaine, applicable aux mariages, valide le mariage polygamique.

3. *La validité d'un mariage polygamique ne fait pas obstacle à ce que certains effets dudit mariage soient écartés en raison de leur incompatibilité avec l'ordre public belge. Cette règle émane de l'article 570, alinéa 2, 1° et 2°, du Code judiciaire, dans sa version antérieure à sa modification par la loi du 16 juillet 2004, et de l'article 21 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé.*

L'article 21 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé dispose:

« L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public.

Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger.

Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge est appliquée ».

4. *La Convention générale sur la sécurité sociale, signée à Rabat le 24 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, a prévu l'application en Belgique de la législation belge relative à la pension des travailleurs salariés aux travailleurs de nationalité marocaine affiliés au régime d'assurance contre le décès et son article 24, § 2, précise que la pension de*



veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré.

L'article 24 de la convention belgo-marocaine du 24 juin 1968 fait application de la règle du droit international privé, reprise à l'article 21 de la loi du 16 juillet 2004, qui admet qu'on puisse reconnaître en Belgique les effets découlant de mariages contractés à l'étranger conformément au statut personnel des époux et sous réserve que ces effets ne troubent pas l'ordre public international belge, ce qu'il appartient au juge de contrôler in concreto.

En cas de polygamie, la pension de survie sera partant partagée entre les épouses du défunt, sauf si l'exception d'ordre public international s'oppose à la reconnaissance de la situation de polygamie.

La doctrine retient la notion d'ordre public atténué ou encore de proximité, lorsqu'il s'exerce, non pas comme filtre protectionnel à l'égard de la reconnaissance en Belgique d'un droit valablement acquis à l'étranger, mais bien envers l'exécution concrète en Belgique des effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé belge, tels les effets patrimoniaux, comme le droit à une pension de survie.

*Dès lors qu'il s'agit d'apprécier au regard de l'ordre public atténué la nature des effets concrètement produits en Belgique d'un droit régulièrement acquis selon le droit belge à l'étranger, les critères comparatifs à prendre en considération pour décider de l'existence ou non d'une telle atteinte se déduisent de la proximité que ces effets peuvent avoir avec le droit du *for*, tant par l'intensité de leur rattachement avec son ordre juridique que par la gravité de leurs effets.*

5. *L'ordre public international belge ne s'oppose en règle pas à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger conformément à leur loi nationale par des conjoints dont l'un était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous célébré à l'étranger dans les mêmes conditions avec une personne dont la loi nationale admet la polygamie.*

Partant, si la première épouse avait la nationalité d'un pays qui admet le mariage polygamique au moment de la conclusion de la seconde union, il n'y a pas d'obstacle à reconnaître des effets au second mariage dans l'ordre juridique interne belge.

Le critère de proximité à prendre en considération est partant la loi nationale du premier conjoint au moment du second mariage.

Hors ce critère de la loi nationale au moment du mariage, les critères liés à la résidence du premier conjoint, ou à la nationalité du premier conjoint au moment auquel s'ouvre le droit à une pension de survie, à la résidence du conjoint qui a contracté un second mariage durant sa carrière professionnelle ou à la résidence du second conjoint ne sont pas déterminants.

6. *En se référant aux circonstances que*

- *la défenderesse a acquis la nationalité belge le 16 janvier 2001, c'est-à-dire après le second mariage que son époux a contracté en 1987, de sorte que la défenderesse avait*

la nationalité belge depuis huit ans à la date à laquelle madame A. a sollicité une partie de la pension de survie,

- *la défenderesse résidait en Belgique depuis trente-huit ans à la date à laquelle le droit à la prestation sociale litigieuse est né,*
- *pendant l'essentiel de la carrière professionnelle lui ayant permis d'ouvrir en Belgique le droit à la pension de retraite dont dérive la pension de survie litigieuse, M. E.-S. résidait en Belgique avec la défenderesse uniquement,*
- *la défenderesse n'a pas été informée du second mariage et n'y a pas consenti,*
- *madame A. a vécu au Maroc jusqu'à l'ouverture du droit à la pension de survie et ne s'est pas prévalué de sa situation d'épouse à l'égard des autorités belges du vivant de son époux,*

l'arrêt, qui reconnaît, implicitement mais certainement, que la défenderesse avait, au moment de la conclusion du second mariage, la nationalité marocaine, ne justifie pas légalement sa décision que les effets du second mariage, même limités au partage de la pension de survie, heurtent l'ordre public international belge (violation de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, tel qu'il était applicable avant son abrogation par la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, des articles 2, 15, 21, 46 et 127 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, de l'article 570, alinéa 2, 1^o et 2^o, du Code judiciaire, dans sa version antérieure à sa modification par la loi du 16 juillet 2004, et des articles 30 et 31 du Code du statut personnel et des successions marocain).

En décider que la défenderesse peut, en sa qualité de veuve de M. E.-S., prétendre à l'intégralité de la pension de survie due à la suite du décès de celui-ci, l'arrêt viole également l'article 24, § 2, de la Convention générale sur la sécurité sociale conclue entre le royaume de Belgique et le royaume du Maroc, signée à Rabat le 24 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, et, pour autant que de besoin, l'article unique de ladite loi.

III. La décision de la Cour

L'arrêt constate que la défenderesse, née au Maroc en 1933, y a épousé le 25 août 1950 M. E.-S., décédé le 17 août 2009 ; que celui-ci a contracté au Maroc le 12 novembre 1987 un second mariage avec une femme ayant également la nationalité marocaine, et que la défenderesse s'oppose à la décision du demandeur de réduire sa pension de survie en raison de la pension de même nature accordée à cette seconde épouse.

En vertu de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, applicable au temps où le mari de la défenderesse s'est marié à nouveau, les conditions de validité du mariage sont régies pour chacun des époux par le droit de l'État dont il a la nationalité.

L'arrêt considère « qu'il n'est pas contesté que le second mariage de [M.] E.-S. a été conclu en conformité avec la loi marocaine ».

L'ordre public international belge ne s'oppose pas, en règle, à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger conformément à leur loi nationale



par des conjoints dont l'un était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous célébré à l'étranger dans les mêmes circonstances avec une personne dont la loi nationale admet la polygamie.

Ni en se référant à la circonstance que postérieurement à la seconde union de son mari, la défenderesse a, à la différence de celui-ci, acquis la nationalité belge qu'elle possède depuis lors, ni en relevant qu'elle est établie en Belgique depuis le 15 mars 1971, où elle a vécu avec son mari uniquement, qu'elle n'a pas été informée du second mariage de celui-ci, auquel elle n'a pas consenti, que son mari a acquis en Belgique le droit à la pension de retraite d'où dérive la pension de survie litigieuse et que sa seconde épouse a toujours vécu au Maroc et ne s'est prévalu de son mariage à l'égard des autorités belges qu'après son décès, l'arrêt ne justifie légalement sa décision que « les effets [de ce] second mariage, même limités au partage de la pension de survie, heurtent l'ordre public international belge ».

Le moyen est fondé.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

Casse l'arrêt attaqué;

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

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

Renvoie la cause devant la cour du travail de Mons.

Les dépens taxés à la somme de trois cent vingt-six euros quarante-six centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, les conseillers Koen Mestdagh, Mireille Delange, Antoine Lievens et Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du quinze décembre deux mille quatorze 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, M. G. tegen L. C., arrest van 24 oktober 2014

*Internationale bevoegdheid – Onderhoudsverplichtingen in een andere lidstaat
– Bevoegd gerecht – Onderhoudsgerechtigde – Keuze – Onderhoudsvordering
ingesteld voor de Belgische rechter – Vaststelling woonplaats*

*Compétence internationale – Obligations alimentaires dans un autre Etat
membre – Tribunal compétent – Créditeur d'aliments – Choix – Demande
d'aliments introduite devant le juge belge – Détermination du domicile*

M. G.,

eiser,

vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, waar de eiser woonplaats kiest,

tegen

L. C.,

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Bruno Maes, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25, waar de verweerster woonplaats kiest.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 20 juni 2013.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft op 5 augustus 2014 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert in zijn verzoekschrift twee middelen aan.

Eerste middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 1.1, 1.2.a), 5.2, 31 en 59.1 van de Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van de beslissingen in burgerlijke en handelszaken;
- de artikelen 1.1.a), 1.3.e), 3 en 20 van de Verordening nr. 2201/2003 van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000;
- de artikelen 2 en 4, § 1, Wetboek van Internationaal Privaatrecht;
- de artikelen 1254, § 1, en 1280, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek;
- artikel 102 Burgerlijk Wetboek;
- artikel 1, § 1, 1°, van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters, de identiteitskaarten, de vreemdelingenkaarten en de verblijfsdocumenten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen.

Aangevochten beslissing

Bij het bestreden eindarrest van 20 juni 2013 verklaart het hof van beroep te Gent, na het tussenarrest van 28 februari 2013 verder rechtdoend, binnen de grenzen van het reeds ontvankelijk verklaard hoger beroep en incidenteel beroep, het hoofdberoep gegrond, bevestigt binnen de perken van het hoger beroep de bestreden beschikking die op 22 september 2011 werd verleend door de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent in kort geding, die de verplichting tot samenwoning schorste, de verweerster machtigde om afzonderlijk te verblijven, zegde dat zij voorlopig de onverdeelde roerende goederen in haar bezit mag gebruiken, aan de eiser verbod oplegde om enig goed dat in onverdeeldheid tussen partijen is te vervreemden, hem oplegde om diverse persoonlijke goederen ter beschikking van de verweerster of van een derde te houden, een notaris aanstelde teneinde een inventaris op te stellen en de eiser veroordeelde tot betaling van een onderhoudsgeld, met dien verstande dat het hof van beroep het (geïndexeerd) basisbedrag van de persoonlijke onderhoudsuitkering, die de eiser tijdens de echtscheidingsprocedure aan de verweerster dient te betalen met ingang van 1 juni 2012, herleidt van 800 euro naar 600 euro per maand, en verwijst beide partijen in de helft van de kosten in hoger beroep, en acht zodoende de eerste rechter en zichzelf in hoger beroep bevoegd om uitspraak te doen over voornoemde voorlopige maatregelen. Deze beslissing is onder meer gestoeld op volgende overwegingen:

“2.1. Inzake de internationale bevoegdheid voor de onderhoudsvordering tijdens de echtscheidingsprocedure steunde de eerste rechter op artikel 5.2 Brussel I-Vo (Verordening 44/2001/EG van 22 december 2000).

De internationale bevoegdheid inzake onderhoudsverplichtingen en het daarop toepasselijke recht worden in casu geregeld door het WIPR. Het wetboek wordt slechts toegepast wanneer er geen internationale en/of Europees-rechterlijke IPR-regel van toepassing is (artikel 2 WIPR). Ten onrechte verwijst (de eiser) naar artikel 5 WIPR om te stellen dat de Belgische rechter niet bevoegd zou zijn. Onderhoudsvorderingen vallen onder de Verordening Brussel I. De (internationale) bevoegdheid staat vast overeenkomstig artikel 5.2 van desbetreffende Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkennung en tenuitvoerlegging in burgerlijke en handelszaken (kortweg Brussel I-Vo of EEX-Vo) voor wat betreft de persoonlijke onderhoudsuitkering voor (de verweerster). Deze vordering wordt gebracht voor het gerecht van de woonplaats of de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde, in dit geval gelegen in het gerechtelijk arrondissement Gent.

2.2. (De eiser) blijft een betwisting voeren rond de hoofd- en/of verblijfplaats van (de verweerster).

(De verweerster) legde een getuigschrift van de Stad Gent voor van haar woonplaats sinds 22 augustus 2008 op haar laatste (en nog steeds huidig) adres in Gent (stukken 4.ab (verweerster)). Dat (de verweerster) daarnaast volgens (de eiser) voor een aantal instanties nog een aantal “belangen” had behouden en aangesproken kon worden op het voormalig echtelijk adres in Frankrijk (meer bepaald voor eventuele verplichtingen aangaande verkiezingen, sociale zekerheid en fiscaliteit) doet daaraan geen afbreuk.

(De eiser) getuigt niet van enige administratieve betwisting of procedure over de woonplaats van (de verweerster), waarmee de voorzitter rekening kon of moest houden of waarmee het hof rekening zou kunnen of moeten houden. Een prejudiciële vraagstelling aan het Europees Hof van Justitie (of de verweerster een woon- of verblijfplaats had in de zin van de Verordening) lost dit euvel niet op en is volledig naast de kwestie.

2.3. Ten onrechte maakte (de eiser) gewag van een bijkomende eis bij een hoofdvordering die betrekking heeft op de staat van de persoon. Volgens (de eiser) is de echtscheidingsvordering niet rechtsgeldig ingesteld.

De vordering tot echtscheiding en de vordering tot voorlopige maatregelen in hetzelfde exploit zijn twee onderscheiden vorderingen. De vordering tot voorlopige maatregelen is geen bijkomende eis die gesteld wordt aan de echtscheidingsrechter. Het is een zelfstandige hoofdvordering voor een andere rechter die evenzeer bij apart exploit kan worden ingesteld. De voorzitter in kort geding heeft geen uitspraak te doen over de bevoegdheid van de echtscheidingsrechter.

(De verweerster) stelde in kort geding geen vorderingen inzake huwelijksvermogensrecht zodat niet voor recht kan gezegd worden dat de kort-geding-rechter ter zake niet bevoegd zou zijn. Het kort geding beoogt enkel voorlopige maatregelen die de grond van de zaak en ook het huwelijksvermogensrecht niet raken.

2.4. ...

(De eiser) betwist ten onrechte de urgentie. De hoogdringendheid wordt vermoed en de rechter in kort geding is ontslagen van elk onderzoek naar de hoogdringendheid in alle gevallen waarin de wet hem uitdrukkelijk aanduidt om kennis te nemen van de moeilijkheden

die kunnen rijzen in de loop van bepaalde procedures, onder meer wanneer hij uitspraak doet in het kader van voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure. Ook desbetreffend is een prejudiciële vraag over de toetsing van het begrip hoogdringendheid (aan de Verordening 2201/2003) niet op haar plaats.”

Grief

Eerste onderdeel

Naar luid van artikel 2 Wetboek van Internationaal Privaatrecht regelt, onder voorbehoud van de toepassing van internationale verdragen, van het recht van de Europese Unie of van bepalingen in bijzondere wetten, deze wet voor internationale gevallen de bevoegdheid van de Belgische rechters, de aanwijzing van het toepasselijk recht en de voorwaarden voor de uitwerking in België van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten in burgerlijke zaken en in handelszaken.

Artikel 1.3.e) van de Verordening nr. 2201/2003 van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000 bepaalt uitdrukkelijk dat de verordening niet van toepassing is op onderhoudsverplichtingen.

Op artikel 20 van deze Verordening nr. 2201/2003, dat bepaalt dat in spoedeisende gevallen deze verordening voor de gerechten van een lidstaat geen beletsel vormt om met betrekking tot personen of goederen die zich in die Staat bevinden, voorlopige en bewarende maatregelen te nemen waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet, zelfs indien krachtens deze verordening een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen, kon derhalve geen beroep worden gedaan ter verantwoording van de internationale rechtsmacht van de Belgische rechter om kennis te nemen van de vordering, strekkende tot het bekomen van een onderhoudsgeld ten laste van de eiser.

Blijkens artikel 1.1 van de Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van de beslissingen in burgerlijke en handelszaken wordt deze verordening toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht.

Artikel 5.2 van de Verordening nr. 44/2001 [dat] bepaalt dat een persoon, die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, in een andere lidstaat ten aanzien van onderhoudsverplichtingen kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de tot onderhoud gerechtigde woonplaats of verblijfplaats heeft of, indien het een bijkomende eis is die verbonden is met een vordering betreffende de staat van de personen, voor het gerecht dat volgens zijn eigen recht bevoegd is daarvan kennis te nemen, behalve in het geval dat deze bevoegdheid uitsluitend berust op de nationaliteit van een der partijen, kan alleszins de bevoegdheid van de Belgische rechter in kort geding niet verantwoorden.

Voornoemde verordening is zodoende van toepassing op iedere vordering strekkende tot het bekomen van een onderhoudsgeld, zelfs zo deze wordt ingesteld naar aanleiding van een echtscheidingsprocedure.



Artikel 59.1 van de Verordening nr. 44/2001 bepaalt dat om vast te stellen of een partij haar woonplaats heeft op het grondgebied van de lidstaat bij een van welks gerechten een zaak aanhangig is, het gerecht zijn intern recht toepast.

Artikel 4, § 1, WIPR, dat een definitie geeft van het begrip woonplaats, geldt enkel in de gevallen waarin dit wetboek ook toepassing vindt omdat er geen toepassing dient te worden gemaakt van een internationaal verdrag dan wel van een Europeesrechtelijke regel, zodat hierop geen beroep kan worden gedaan ter bepaling van het begrip “woonplaats”, waarvan sprake in artikel 5.2 van de Verordening nr. 44/2001, in onderhavige situatie.

Naar luid van artikel 102 Burgerlijk Wetboek is de woonplaats van iedere Belg, wat betreft de uitoefening van zijn burgerlijke rechten, daar waar hij zijn hoofdverblijf heeft.

Voormeld begrip is een feitelijk begrip en onafhankelijk van de vermeldingen in de [het] bevolkingsregister, waarvan de vermeldingen op zichzelf niet noodzakelijk de werkelijkheid van de woonplaats bewijzen.

Artikel 1, § 1, 1°, van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters, de identiteitskaarten, de vreemdelingenkaarten en de verblijfsdocumenten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen dat bepaalt dat in elke gemeente worden gehouden: bevolkingsregisters waarin ingeschreven worden op de plaats waar zij hun hoofdverblijfplaats gevestigd hebben, ongeacht of zij er aanwezig dan wel tijdelijk afwezig zijn, de Belgen en de vreemdelingen die toegelaten of gemachtigd zijn om voor een langere termijn dan drie maanden in het Rijk te verblijven, die gemachtigd zijn zich er te vestigen, of die om een andere reden ingeschreven worden overeenkomstig de bepalingen van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, met uitzondering van de vreemdelingen die zijn ingeschreven in het in 2° bedoelde register, bevestigt trouwens dat de inschrijving in de bevolkingsregisters niet noodzakelijk beantwoordt aan een werkelijk verblijf en/of overeenstemt met de plaats waar de betrokkenen zijn burgerlijke rechten uitoefent.

De woonplaats veronderstelt meer bepaald de wil van de betrokkenen om de (meerderheid) van zijn belangen op een bepaalde plaats te vestigen; het is de plaats waar men het centrum van zijn belangen heeft gevestigd.

Te dezen stelt het hof van beroep vast dat de verweerster een getuigschrift van de Stad Gent voor van haar woonplaats sinds 22 augustus 2008 op haar laatste (en nog steeds huidig) adres in Gent voorlegt.

Het stelt eveneens vast dat volgens de eiser de verweerster voor een aantal instanties nog een aantal “belangen” had behouden en aangesproken kon worden op het voormalig echtelijke adres in Frankrijk, meer bepaald voor eventuele verplichtingen aangaande verkiezingen, sociale zekerheid en fiscaliteit, zonder uit te sluiten dat zulks correct is.

Ter zake voerde de eiser in zijn allesomvattende besluiten meer bepaald op pagina 11 aan dat “de eiseres immers ook nog ingeschreven (is) in Frankrijk voor de sociale zekerheid (zie stuk 9 concludent). Ze is eveneens ingeschreven op de kieslijsten met als adres de echtelijke verblijfplaats (zie attest van de burgemeester van Auros – stuk 6). Ook voor de Franse fiscale overheid is de eiseres nog steeds ingeschreven te Auros (stuk 10 concludent) terwijl de Franse



overheid haar nog steeds aanschrijft te Auros inzake het bevolkingsonderzoek (stuk 11 concludent) ”.

Die aanvoering worden door het bestreden arrest niet tegengesproken.

Het hof van beroep haalt evenmin andere gegevens aan waaruit blijkt dat de verweerster haar burgerlijke rechten daadwerkelijk uitoefent te Gent of dat zij aldaar het centrum van haar belangen heeft gevestigd.

Besluit

Op grond van de gedane vaststellingen, waaruit alleen blijkt dat de verweerster een getuigschrift van woonst te Gent overlegde, doch waaruit niet blijkt dat zij aldaar effectief het centrum van haar belangen heeft gevestigd en er meer bepaald haar burgerlijke rechten uitoefent, verantwoordt het hof van beroep zijn beslissing dat de Belgische rechter internationaal bevoegd was om kennis te nemen van de onderhoudsvordering niet naar recht (schending van de artikelen 2 en 4, § 1, Wetboek van Internationaal Privaatrecht, 102 Burgerlijk Wetboek, 1.1, 5.2 en 59.1 van de Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van de beslissingen in burgerlijke en handelszaken, 1.3.e) en 20 van de Verordening nr. 2201/2003 van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000, 1, § 1, 1°, van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters, de identiteitskaarten, de vreemdelingenkaarten en de verblijfsdocumenten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen).

In de veronderstelling dat [het] Hof [van Cassatie] evenwel zou aannemen dat naar Belgisch recht de woonplaats in de zin van artikel 5.2 van de Verordening nr. 44/2001 de plaats is waar de onderhoudsgerechtigde is ingeschreven in de bevolkingsregisters, nodigt de eiser het Hof uit, alvorens verder recht te doen, aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag voor te leggen of het verenigbaar is met de bedoeling van de lidstaten om als bevoegde rechter in de zin van artikel 5.2 van de Verordening nr. 44/2001 een rechter te weerhouden van een plaats, waar de onderhoudsgerechtigde weliswaar is ingeschreven in de bevolkingsregisters als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf, doch waar hij niet noodzakelijk ook werkelijk verblijft en zijn rechten uitoefent.

Tweede onderdeel

Blijkens artikel 1.1 van de Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van de beslissingen in burgerlijke en handelszaken wordt deze verordening toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht.

Van het toepassingsgebied van de verordening wordt weliswaar naar luid van artikel 1.2.a) van de Verordening nr. 44/2001 uitgesloten de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen.

Die uitgesloten materies dienen autonoom te worden uitgelegd.

Onder de staat en bekwaamheid van de persoon vallen onder andere vragen van huwelijk, zowel de geldigheid als de gevolgen ervan ten aanzien van de persoon van de echtgenoten, en echtscheiding, terwijl het begrip huwelijksgoederenrecht alle vermogensrechtelijke regelingen, die rechtstreeks uit de huwelijksband dan wel uit de beëindiging van die band voortvloeien, worden geviseerd.

Ter beantwoording van de vraag of een vordering al dan niet één van die uitgesloten onderwerpen betreft, is bovendien niet de vorm van de vordering, maar enkel de bijzondere inhoud beslissend.

Of een geschil binnen het materiële toepassingsgebied van de verordening valt hangt enkel af van de aard van de rechten die men beoogt door te zetten of te bewaren. Of de rechter gevraagd wordt ten voorlopige titel dan wel ten gronde te beslissen is niet relevant.

De rechter zal op grond van de Verordening nr. 44/2001 bijgevolg slechts kennis kunnen nemen van een vordering strekkende tot het bevelen van voorlopige maatregelen voor zover deze maatregelen geen uitgesloten materie betreffen.

De toepassing van artikel 31 van de Verordening nr.44/2001, dat bepaalt dat in de wetgeving van een lidstaat vastgestelde voorlopige of bewarende maatregelen bij de gerechten van die Staat kunnen worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat krachtens deze verordening bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen, veronderstelt inderdaad dat de voorlopige of bewarende maatregelen betrekking hebben op een onderwerp dat tot de materiële werkingssfeer van de Verordening behoort.

Te dezen verzocht de verweerster de rechter in kort geding onder meer de verplichting tot samenwoning te schorsen, haar te machtigen afzonderlijk te verblijven, de eiser verbod op te leggen haar op enigerlei wijze te verontrusten op haar afzonderlijke verblijfplaats, op gevaar te worden uitgedreven, desnoods met tussenkomst van de openbare macht, te zeggen voor recht dat zij voorlopig de in haar bezit zijnde roerende goederen, die in onverdeeldheid tussen partijen zijn, kan gebruiken, de eiser verbod op te leggen om enig goed, dat in onverdeeldheid is tussen partijen, te vervreemden, weg te maken of op gelijk welke wijze te bezwaren zonder haar toestemming, een notaris aan te stellen teneinde een inventaris op te stellen van alle goederen die zich in de echtelijke woonst bevinden, te zeggen dat eiser een aantal persoonlijke goederen van de verweerster dient ter beschikking te houden van de verweerster of van een derde die ze daar zal komen afhalen.

Deze maatregelen strekken ertoe zowel de persoonlijke als de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk en van de nagestreefde ontbinding van het huwelijk, weze het voorlopig, te regelen en betreffen zodoende zowel de staat van de partijen als de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk.

Deze materie is evenwel uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van de beslissingen in burgerlijke en handelszaken.



Besluit

Het hof van beroep, dat oordeelt dat de verweerster in kort geding geen vordering inzake huwelijksvermogensrecht instelde, maar enkel voorlopige maatregelen vorderde die de grond van de zaak en ook het huwelijksvermogensrecht niet raken, terwijl de nagestreefde maatregelen zowel de persoon van de echtgenoten als hun goederen betroffen, meer bepaald de persoonlijke en patrimoniale gevolgen van het huwelijk hangende de echtscheidingsprocedure, andere dan een alimentatiegeld, vermocht niet wettig te besluiten dat de Belgische rechter bevoegd was om van deze vordering kennis te nemen (schending van de artikelen 1.1, 1.2.a, en 31 van de Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van de beslissingen in burgerlijke en handelszaken).

Derde onderdeel

Naar luid van artikel 1.1.a) van de Verordening nr. 2201/2003/EG van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, is deze verordening, ongeacht de aard van het gerecht, van toepassing op burgerlijke zaken betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk.

Deze verordening is niet van toepassing op kwesties, zoals de echtscheidingsgronden, de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk of andere bijkomende maatregelen.

Artikel 3 van deze Verordening bepaalt inzake de algemene bevoegdheid:

1. Ter zake van echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk zijn bevoegd de gerechten van de lidstaat:

a) op het grondgebied waarvan:

- *de echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben; of*
- *zich de laatste gewone verblijfplaats van de echtgenoten bevindt, indien een van hen daar nog verblijft; of*
- *de verweerde zijn gewone verblijfplaats heeft; of*
- *in geval van een gemeenschappelijk verzoek, zich de gewone verblijfplaats van een van de echtgenoten bevindt; of*
- *zich de gewone verblijfplaats van de verzoeker bevindt, indien hij daar sedert ten minste een jaar onmiddellijk voorafgaand aan de indiening van het verzoek verblijft; of*
- *zich de gewone verblijfplaats van de verzoeker bevindt, indien hij daar sedert ten minste zes maanden onmiddellijk voorafgaand aan de indiening van het verzoek verblijft en hetzij onderdaan van de betrokken lidstaat is, hetzij, in het*



geval van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, daar zijn “domicile” (woonplaats) heeft;

b) waarvan beide echtgenoten de nationaliteit bezitten of, in het geval van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, waar beide echtgenoten hun “domicile” (woonplaats) hebben.

Naar luid van artikel 20.1 van de Verordening nr. 2201/2003/EG vormt deze verordening in spoedeisende gevallen voor de gerechten van een lidstaat weliswaar geen beletsel om met betrekking tot personen of goederen die zich in die Staat bevinden, voorlopige en bewarende maatregelen te nemen waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet, zelfs indien krachtens deze verordening een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen.

De verordening stelt voor deze afwijkende bevoegdheid als bijzondere voorwaarde dat er door de rechter spoedeisendheid wordt vastgesteld.

Daartoe volstaat het evenwel niet te verwijzen naar een intern procesrechtelijke regel die de spoedeisendheid vermoedt ingeval de rechter gevraagd wordt uitspraak te doen over voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure, te meer daar deze vermoede hoogdringendheid per definitie veronderstelt dat de echtscheidingseis ook voor de Belgische rechter kan worden ingeleid, zoals volgt uit de artikelen 1254, § 1, en 1280, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek.

De rechter dient aan de hand van feitelijke omstandigheden vast te stellen dat in de gegeven situatie de behandeling van de vordering geen uitstel verdraagt.

Te dezen betwistte de eiser uitdrukkelijk in zijn allesomvattende conclusie dat de Belgische rechter bevoegd was om kennis te nemen van de echtscheidingsvordering en derhalve ook van de vordering strekkende tot het bevelen van voorlopige en bewarende maatregelen, aangezien de verweerster niet aantoonde dat zij haar gewone verblijfplaats had in België in de zin van de Verordening nr. 2201/2003 sinds meer dan een jaar had (pagina 9).

Bovendien betwistte hij iedere spoed, minstens was er sprake van een zelf gecreëerde hoogdringendheid die niet beantwoordt aan het spoedeisend geval in de zin van de verordening.

Te dezen blijkt weliswaar uit geen enkele feitelijke vaststelling van het bestreden arrest dat er sprake was van een spoedeisende situatie die kon verantwoorden dat, in afwijking van de algemene bevoegdheidsregels, aan de Belgische rechter voorlopige en bewarende maatregelen werden gevraagd.

Besluit

Het hof van beroep dat zich ertoe beperkt te verwijzen naar een intern procesrechtelijke regel volgens dewelke “de hoogdringendheid wordt vermoed en de rechter in kort geding is ontslagen van elk onderzoek naar de hoogdringendheid in alle gevallen waarin de wet hem uitdrukkelijk aanduidt om kennis te nemen van de moeilijkheden die kunnen rijzen in de loop van bepaalde procedures, onder meer wanneer hij uitspraak doet in het kader van voorlopige



maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure”, verantwoordt zijn beslissing dat de Belgische rechter internationaal bevoegd was om de gevorderde voorlopige maatregelen te bevelen, niet naar recht (schending van de artikelen 1.1.a), 3 en 20 van de Verordening nr. 2201/2003/EG van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, 1254, § 1, en 1280, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek). Bovendien kon het hof van beroep op grond van die bepaling alleszins geen maatregelen bevelen met betrekking tot goederen die zich niet op het Belgische grondgebied bevonden (schending van de artikelen 1.1.a), 3 en 20 van de Verordening nr. 2201/2003/EG van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000).

Bovendien nodigt de eiser [het] Hof uit, alvorens recht te doen, aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag voor te leggen of het voor de toepassing van artikel 20 van de Verordening nr. 2201/2003/EG van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 volstaat dat de rechter verwijst naar een intern procesrechtelijke regel, waaruit volgt dat “de hoogdringendheid wordt vermoed en de rechter in kort geding is ontslagen van elk onderzoek naar de hoogdringendheid in alle gevallen waarin de wet hem uitdrukkelijk aanduidt om kennis te nemen van de moeilijkheden die kunnen rijzen in de loop van bepaalde procedures, onder meer wanneer hij uitspraak doet in het kader van voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure”, dan wel of hij verplicht is aan de hand van een onderzoek van de feiten vast te stellen dat de zaak wel degelijk spoedeisend is en verantwoordt dat er met betrekking tot de persoon en de goederen van de persoon in de Staat waar deze zich bevinden wordt afgeweken van de algemene bevoegdheidsregels en dat er voorlopige en bewarende maatregelen worden genomen.

Tweede middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994;
- artikelen 2, 4, § 2, 1°, en 74 Wetboek van Internationaal Privaatrecht.

Aangevochten beslissing

Bij het bestreden eindarrest van 20 juni 2013 verklaart het hof van beroep te Gent, na het tussenarrest van 28 februari 2013 verder rechtdoend, binnen de grenzen van het reeds ontvankelijk verklaard hoger beroep en incidenteel beroep, het hoofdberoep gegrond, bevestigt binnen de perken van het hoger beroep de bestreden beschikking die op 22 september 2011 werd verleend door de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent in kort geding, die de verplichting tot samenwoning schorste, de verweerster machtigde om afzonderlijk te verblijven, zegde dat zij voorlopig de onverdeelde roerende goederen in haar bezit mag gebruiken, aan de eiser verbod oplegde om enig goed dat in onverdeeldheid tussen partijen is te vervreemden, hem oplegde om diverse persoonlijke goederen ter beschikking

van de verweerster of van een derde te houden, een notaris aanstelde teneinde een inventaris op te stellen en de eiser veroordeelde tot betaling van een onderhoudsgeld, met dien verstande dat het hof van beroep het (geïndexeerd) basisbedrag van de persoonlijke onderhoudsuitkering, die de eiser tijdens de echtscheidingsprocedure aan de verweerster dient te betalen met ingang van 1 juni 2012, herleidt van 800 euro naar 600 euro per maand, en verwijst beide partijen in de helft van de kosten in hoger beroep, en acht zodoende de eerste rechter en zichzelf in hoger beroep bevoegd om uitspraak te doen over voornoemde voorlopige maatregelen. Deze beslissing is onder meer gestoeld op volgende overwegingen:

"2.2. (De eiser) blijft een betwisting voeren rond de hoofd- en/of verblijfplaats van (de verweerster).

(De verweerster) legde een getuigschrift van de Stad Gent voor van haar woonplaats sinds 22 augustus 2008 op haar laatste (en nog steeds huidig) adres in Gent (stukken 4.a-b (de verweerster)). Dat (de verweerster) daarnaast volgens (de eiser) voor een aantal instanties nog een aantal 'belangen' had behouden en aangesproken kon worden op het voormalig echtelijk adres in Frankrijk (meer bepaald voor eventuele verplichtingen aangaande verkiezingen, sociale zekerheid en fiscaliteit) doet daaraan geen afbreuk.

(De eiser) getuigt niet van enige administratieve betwisting of procedure over de woonplaats van (de verweerster), waarmee de voorzitter rekening kon of moest houden of waarmee het hof rekening zou kunnen of moeten houden. Een prejudiciële vraagstelling aan het Europees Hof van Justitie (of de verweerster een woon- of verblijfplaats had in de zin van de Verordening) lost dit euvel niet op en is volledig naast de kwestie.

2.3. Ten onrechte maakte (de eiser) gewag van een bijkomende eis bij een hoofdvordering die betrekking heeft op de staat van de persoon. Volgens de eiser is de echtscheidingsvordering niet rechtsgeldig ingesteld.

De vordering tot echtscheiding en de vordering tot voorlopige maatregelen in hetzelfde exploot zijn twee onderscheiden vorderingen. De vordering tot voorlopige maatregelen is geen bijkomende eis die gesteld wordt aan de echtscheidingsrechter. Het is een zelfstandige hoofdvordering voor een andere rechter die evenzeer bij apart exploot kan worden ingesteld. De voorzitter in kort geding heeft geen uitspraak te doen over de bevoegdheid van de echtscheidingsrechter.

(De verweerster) stelde in kort geding geen vordering inzake huwelijksvermogensrecht zodat niet voor recht kan gezegd worden dat de kort-geding-rechter ter zake niet bevoegd zou zijn. Het kort geding beoogt enkel voorlopige maatregelen die de grond van de zaak en ook het huwelijksvermogensrecht niet raken.

2.4. Met betrekking tot de gevorderde persoonlijke onderhoudsuitkering voor (de verweerster) wordt het Belgisch recht als toepasselijk recht aangewezen door artikel 74 § 1, WIPR, zijnde het recht van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde op het tijdstip dat de alimentatievordering wordt ingeroepen.

(...)

De eerste rechter kon aldus terecht oordelen dat (de eiser) een onderhoudsbijdrage van 800 euro per maand verschuldigd is met ingang van 1 maart 2011. Bij gewijzigde omstandigheden

kan deze uitkering worden aangepast. Aldus wordt het basisbedrag met ingang van 1 juni 2012 (informatie pensioenuitkeringen voor (de verweerster)) herleid naar 600 euro per maand. Het is niet bekend of (de verweerster) rechten heeft of kan laten gelden op een inkomensgarantie voor ouderen.”

Grief

Eerste onderdeel

Naar luid van artikel 2 Wetboek van Internationaal Privaatrecht [hierna WIPR] regelt, onder voorbehoud van de toepassing van internationale verdragen, van het recht van de Europese Unie of van bepalingen in bijzondere wetten, deze wet voor internationale gevallen de bevoegdheid van de Belgische rechters, de aanwijzing van het toepasselijk recht en de voorwaarden voor de uitwerking in België van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten in burgerlijke zaken en in handelszaken.

Artikel 74 WIPR bepaalt inzake het recht toepasselijk op onderhoudsverplichtingen:

“§ 1. De onderhoudsverplichting wordt beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied de onderhoudsgerechtigde op het tijdstip dat ze wordt ingeroepen zijn gewone verblijfplaats heeft.

De onderhoudsverplichting wordt evenwel beheerst door het recht van de Staat waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige op het tijdstip dat deze wordt ingeroepen de nationaliteit hebben indien de onderhoudsplichtige op dat tijdstip zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van die Staat heeft.”

Deze bepaling verwijst zodoende naar het begrip gewone verblijfplaats, zoals omschreven in artikel 4 WIPR, ter bepaling van het toepasselijke recht.

Naar luid van artikel 4, § 2, 1°, WIPR wordt voor de toepassing van deze wet verstaan onder gewone verblijfplaats: de plaats waar een natuurlijke persoon zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning; om deze plaats te bepalen wordt met name rekening gehouden met omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die duurzame banden met die plaats aantonen of wijzen op de wil om die banden te scheppen.

Dat begrip berust op feitelijke elementen en is te onderscheiden van de woonplaats, waarmee blijkens artikel 4, § 1, WIPR wordt bedoeld: de plaats waar een natuurlijke persoon volgens de bevolkingsregisters, de vreemdelingenregisters of het wachtrecht in België zijn hoofdverblijf heeft.

Zo uit de vaststellingen van het bestreden arrest blijkt dat de verweerster beschikte over een woonplaats in Gent in de zin van artikel 4, § 1, WIPR, blijkt uit de gedane vaststellingen niet dat zij aldaar ook haar gewone verblijfplaats in de zin van artikel 4, § 2, 1°, WIPR had gevestigd.

De gedane feitelijke vaststellingen laten alleszins niet toe te besluiten tot het vorhanden zijn van dergelijke gewone verblijfplaats te Gent.



Besluit

Op grond van de gedane vaststellingen, waaruit niet blijkt dat de gewone verblijfplaats van de verweerster te Gent was gevestigd, kon het hof van beroep niet wettig besluiten, impliciet doch zeker, dat er van het Belgische recht toepassing diende te worden gemaakt ter bepaling van het recht, toepasselijk op het door haar gevorderde onderhoudsgeld (schending van de artikelen 2, 4, § 2, 1°, en 74 Wetboek van Internationaal Privaatrecht).

Tweede onderdeel

De eiser voerde in zijn allesomvattende besluiten op pagina's 18 en 19 aan dat:

- *hij aan de verweerster nooit een onderhoudsbijdrage had betaald, maar enkel een bijdrage in de huishouding in overeenstemming met de huwelijksvereenkomst tussen partijen;*
- *de verweerster, die eveneens inkomsten heeft (o.m. huur inkomsten) nooit enige bijdrage heeft betaald;*
- *eventueel onderhoudsgeld geen schending kan inhouden van de verplichting onder het huwelijksscontract dat de verweerster voor de helft moet instaan voor de gemeenschappelijk aangegane kosten wanneer het huwelijk geen stand houdt om andere redenen dan overlijden;*
- *deze elementen voor gevolg hebben dat de verweerster niet gerechtigd is op enig onderhoudsgeld.*

Besluit

Het hof van beroep laat het middel, geput uit de verplichtingen die door partijen bij het huwelijksscontract werden aangegaan, te weten dat de verweerster voor de helft moet instaan voor de gemeenschappelijk aangegane kosten wanneer het huwelijk geen stand houdt om andere redenen dan overlijden, derwijze dat zij geen aanspraak kon maken op enige onderhoudsbijdrage, onbeantwoord en heeft zijn beslissing derhalve niet regelmatig met redenen omkleed (schending van artikel 149 gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994).

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Eerste onderdeel

1. Artikel 5.2 van de Verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, hierna EEX-Verordening, bepaalt dat een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat ten aanzien van onderhoudsverplichtingen in een andere lidstaat kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de tot onderhoud gerechtigde woonplaats of zijn gewone verblijfplaats heeft of, indien het een bijkomende eis is die verbonden is met een vordering betreffende de staat van personen, voor het gerecht dat volgens zijn eigen recht bevoegd is daarvan kennis te nemen, behalve in het geval dat deze bevoegdheid uitsluitend berust op de nationaliteit van een der partijen.

Artikel 59.1 EEX-Verordening bepaalt dat om vast te stellen of een partij woonplaats heeft op het grondgebied van de lidstaat bij een van welks gerechten een zaak aanhangig is, het gerecht zijn intern recht toepast.

Artikel 102 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de woonplaats van iedere Belg, wat betreft de uitoefening van zijn burgerlijke rechten, daar is waar hij zijn hoofdverblijf heeft.

Krachtens artikel 36 Gerechtelijk Wetboek wordt in dit wetboek onder woonplaats verstaan: de plaats waar de persoon op de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf.

2. Krachtens artikel 5.2 EEX-Verordening heeft de onderhoudsgerechtigde de keuze om een vordering in te stellen voor het gerecht van zijn woonplaats of van zijn gewone verblijfplaats.

Uit artikel 59.1 EEX-Verordening volgt dat het gerecht waarvoor de vordering wordt ingesteld op grond van zijn intern recht vaststelt of de onderhoudsgerechtigde woonplaats heeft op het grondgebied van de lidstaat van dat gerecht.

Indien een onderhoudsvordering wordt ingesteld voor de Belgische rechter, moet deze artikel 36 Gerechtelijk Wetboek toepassen aangezien dit artikel de vaststelling van de woonplaats in het procesrecht bepaalt.

De woonplaats wordt aldus gedefinieerd als de plaats waar de onderhoudsgerechtigde op de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf.

3. In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat de Belgische rechter bij de vaststelling van de woonplaats toepassing moet maken van artikel 102 Burgerlijk Wetboek en derhalve dient te onderzoeken op welke plaats de onderhoudsgerechtigde zijn burgerlijke rechten daadwerkelijk uitoefent, berust het op een onjuiste rechtsopvatting en faalt het aldus naar recht.

4. Aangezien de woonplaats uitsluitend wordt vastgesteld op basis van de internrechtelijke definitie van het gerecht waarvoor de vordering wordt ingesteld, faalt het onderdeel eveneens naar recht in zoverre het verder ervan uitgaat dat de woonplaats een Unierechtelijke definitie heeft die overeenkomt met de bedoeling van de lidstaten.

Hieruit volgt dat er geen aanleiding is tot het stellen van de voorgestelde prejudiciële vraag.

Tweede onderdeel

Ontvankelijkheid

5. De verweerster werpt een grond van niet-ontvankelijkheid op: gelet op de beperking van het hoger beroep tot de beslissing over de onderhoudsvordering tijdens de echtscheidingsprocedure diende de appelleerde geen uitspraak te doen over de andere bevolen voorlopige maatregelen, zodat het onderdeel opkomt tegen overtuigende redenen en dus geen belang heeft.

6. Uit de stukken van de rechtspleging blijkt dat de eiser zijn hoger beroep niet heeft beperkt tot de beslissing over de onderhoudsvordering tijdens de echtscheidingsprocedure, maar hij integendeel ook verder de bevoegdheid van de Belgische rechter in kort geding betwistte om de andere gevorderde voorlopige maatregelen te nemen.

Anders dan waarvan de verweerster uitgaat, stelt de appelleerde met de redenen waarmee hij het voorwerp van de betwisting summier omschrijft, ook niet vast dat het hoger beroep werd beperkt tot de beslissing over de onderhoudsvordering tijdens de echtscheidingsprocedure.

De grond van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen.

Gegrondheid

7. Artikel 1.1 EEX-Verordening bepaalt dat deze verordening wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht.

Krachtens artikel 1.2.a), van deze verordening is zij niet van toepassing op de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen.

Artikel 31 EEX-Verordening bepaalt dat in de wetgeving van een lidstaat vastgestelde voorlopige of bewarende maatregelen bij de gerechten van die staat kunnen worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat krachtens deze verordening bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen.

8. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, zoals die met name is vastgelegd in de arresten van 27 maart 1979 in de zaak 143/78 (*De Cavel I*), 6 maart 1980 in de zaak 120/79 (*De Cavel II*), 26 maart 1992 in de zaak C-261/90 (*Reichert en Kockler*) en 10 februari 2009 in de zaak C-185/07 (*Allianz SpA en Generali Assicurazioni Generali SpA*), wordt de vraag of de EEX-Verordening op voorlopige of bewarende



maatregelen kan worden toegepast, niet door de aard van die maatregelen bepaald, maar door de aard van de rechten welke erdoor worden bewaard.

Artikel 31 EEX-Verordening kan volgens deze rechtspraak dus niet worden ingeroepen voor voorlopige of bewarende maatregelen inzake onderwerpen die van het toepassingsgebied van de verordening zijn uitgesloten. Zo oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie bij arresten van 27 maart 1979 in de zaak 143/78 (*De Cavel I*) en van 31 maart 1982 in de zaak 25/81 (*W.H.*) dat voorlopige of bewarende maatregelen van het toepassingsgebied van de verordening zijn uitgesloten, wanneer zij nauw samenhangen met de vermogensrechtelijke betrekkingen die rechtstreeks uit de huwelijksband voortvloeien.

9. De appelrechter oordeelt dat “[*de verweerster*] in kort geding geen vorderingen [stelde] inzake huwelijksvermogensrecht zodat niet voor recht kan gezegd worden dat de [*kort gedingrechter*] ter zake niet bevoegd zou zijn” en dat “het kort geding enkel voorlopige maatregelen [*beoogt*] die de grond van de zaak en ook het huwelijksvermogensrecht niet raken”.

De appelrechter die aldus uitsluitend op grond van de aard van de gevorderde maatregelen oordeelt dat de Belgische kort gedingrechter bevoegd is, zonder te onderzoeken of de rechten die door de voorlopige maatregelen worden bewaard betrekking hebben op een onderwerp dat van het toepassingsgebied van de EEX-verordening is uitgesloten, met name of de voorlopige maatregelen nauw samenhangen met de vermogensrechtelijke betrekkingen die rechtstreeks uit de huwelijksband voortvloeien, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

Tweede middel

Eerste onderdeel

10. De appelrechter oordeelt: “[*De verweerster*] legde een getuigschrift van de Stad Gent voor van haar woonplaats sinds 22 augustus 2008 op haar laatste (en nog steeds huidig) adres in Gent (...). Dat [*de verweerster*] daarnaast volgens [*de eiser*] voor een aantal instanties nog een aantal “belangen” had behouden en aangesproken kon worden op het voormalig echtelijk adres in Frankrijk (meer bepaald voor eventuele verplichtingen aangaande verkiezingen, sociale zekerheid en fiscaliteit) doet daaraan geen afbreuk.”

11. Anders dan waarvan het onderdeel uitgaat, geeft de appelrechter met die redenen te kennen dat de verweerster duurzame banden met de Stad Gent heeft of minstens de wil heeft om die banden te scheppen en dus aldaar haar gewone verblijfplaats heeft.

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

Tweede onderdeel

12. De eiser heeft voor de appelrechter aangevoerd dat de verweerster op grond van bepaalde verplichtingen die de partijen bij het huwelijkscontract zijn aangegaan geen recht

heeft op enig onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure, namelijk omdat de eiser aan de verweerster nooit een onderhoudsbijdrage heeft betaald, maar enkel een bijdrage in de huishouding in overeenstemming met de huwelijksvereenkomst tussen de partijen, terwijl de verweerster, die eveneens inkomsten heeft, nooit enige bijdrage heeft betaald en zij op grond van het huwelijkscontract voor de helft moet instaan voor de gemeenschappelijk aangegane kosten wanneer het huwelijk geen stand houdt om andere redenen dan overlijden.

13. De appelrechter verwerpt en beantwoordt dit verweer met de redenen dat:

- de eiser tot januari 2011 aan de verweerster een onderhoudsgeld betaalde van gemiddeld 800 euro per maand;
- er geen vaststellingen of aanwijzingen zijn van mindere inkomsten of hogere lasten in 2011 en 2012 die zouden kunnen inhouden dat de draagkracht van de eiser daarna is verminderd;
- zowel de hulp- als de bijdrageplicht van de eiser blijven voortduren tijdens de echtscheidingsprocedure, zolang het huwelijk niet ontbonden is;
- de verweerster zolang in staat moet zijn om het levensniveau aan te houden dat zij zou gehad hebben indien er geen scheiding was geweest en pas na de echtscheiding andere criteria gelden;
- de eerste rechter aldus terecht kon oordelen dat de eiser een onderhoudsbijdrage van 800 euro per maand verschuldigd is met ingang van 1 maart 2011;
- bij gewijzigde omstandigheden deze uitkering kan worden aangepast, zodat het basisbedrag met ingang van 1 juni 2011 wordt herleid naar 600 euro per maand.

Hij diende daarbij niet verder te antwoorden op de beweringen inzake de verplichtingen die de partijen bij het huwelijkscontract hadden aangegaan, aangezien deze beweringen geen apart middel vormen, maar het slechts argumenten zijn tot staving van het verweer dat de verweerster geen recht had op onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Overige grieven

14. De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre het oordeelt over de door de verweerster gevorderde persoonlijke onderhoudsuitkering tijdens de echtscheidingsprocedure.

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

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

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

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit afdelingsvoorzitter Albert Fettweis, als voorzitter, en de raadheren Alain Smeyns, Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 24 oktober 2014 uitgesproken door afdelingsvoorzitter Albert Fettweis, in aanwezigheid van advocaat-generaal André Van Ingelgem, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.

Hof van Cassatie, S. A. en M. B. tegen procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel, arrest van 2 mei 2014

Huwelijk – Nietigverklaring – Artikel 146bis BW

Mariage – Annulation – Article 146bis C. civ.

1. S. A.,

2. M. B.,

Mr. Simone Nudelholc, advocaat bij het Hof van Cassatie,

tegen

PROCUREUR-GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel van 8 april 2013.

Raadsheer Martine Regout heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eisers voeren volgend middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- *de artikelen 22 en 142 van de Grondwet;*
- *de artikelen 8 en 12 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955;*
- *de artikelen 146bis en 1349 van het Burgerlijk Wetboek;*
- *artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof;*
- *algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een rechtsnorm uit het internationale verdragenrecht die rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde, voorrang moet krijgen op het interne recht.*

Aangevochten beslissing

Het arrest stelt vast wat volgt: 1. de eiser “is op 3 maart 1990 te Konya in Turkije in het huwelijk getreden met [...] H. B. Uit dat huwelijk zijn vier kinderen voortgekomen [...]. In 2001 heeft [de eiser] beslist met onderlinge toestemming te scheiden in Turkije”; 2. “toen de [eisers] in juli 2001 in Istanbul in Turkije waren, zou [de eiser] [de eiseres] hebben ontmoet, die daar met vakantie verbleef; tussen beiden zou een liefdesrelatie zijn ontstaan [...]. [De eiser] [...] verklaart dat hij sinds oktober 2002 in België verblijft [...]. Hij is vervolgens gaan inwonend in het kleine appartement van [de eiseres] in de V... straat te U..., waar zij samen met haar dochter B. verblijft. Spoedig beslissen de [eisers] te huwen [...]. Het huwelijk vindt in alle discretie plaats te U. op 22 februari 2003. [De eiser] schrijft zich in op het adres van zijn echtgenote [...] op 15 maart 2003; op 29 september 2003 krijgt [de eiser] een identiteitskaart en legitim werk als schoonmaker. Op 25 maart 2004 verhuist het koppel naar een ruimer appartement te M., V... straat 46. [De eiseres] heeft gepreciseerd dat zij haar appartement te U. aan haar dochter had overgelaten, omdat het te klein was om er met drie te wonen”; 3. “in april 2004 zijn de vier kinderen [van de eiser] in Griekenland aangekomen met een toeristenvisum; de kinderen zouden niet lang in Griekenland zijn gebleven omdat [de eiser] hen daar is gaan afhalen om ze naar België te brengen. [De eiseres] heeft verklaard dat zij voor een voldongen feit werd geplaatst en dat zij in eerste instantie – volgens haar – werd gedwongen voor de vier kinderen zorg te dragen. [De eiseres] kon die situatie kennelijk niet aan en heeft beslist om de verblijfplaats in de V... straat te verlaten. [De eiser] wenste vervolgens met onderlinge toestemming van haar te scheiden en [de eiseres] heeft zich daartegen niet verzet [...]. De scheiding is in de registers van de burgerlijke stand ingeschreven op 29 augustus 2006”.

Vervolgens verklaart het arrest, met bevestiging van de beslissing van de eerste rechter, “nietig en zonder gevolg” het huwelijk dat de eisers “zijn aangegaan te U. op 22 februari 2003, alsook de akte die dezelfde dag is opgemaakt onder het nummer 26 van het register van de huwelijksakten van dezelfde gemeente, en dat is ontbonden door de echtscheiding die op 29 augustus 2006 door de ambtenaar van de burgerlijke stand van U. is overgeschreven in de akte met nummer 140; beveelt de ambtenaar van de burgerlijke stand deze beslissing, binnen de maand na de betekening ervan, over te schrijven op de kant van zijn vermelding in de registers van de burgerlijke stand”.

Het arrest grondt die beslissing op de volgende redenen:

“De omstandigheden waarin de partijen elkaar hebben ontmoet in Istanbul, Turkije, blijven uiterst onduidelijk; [de eiseres] beweert dat zij daar met vakantie was, maar ze erkent ook dat zij voor de broer van haar aanstaande man heeft gewerkt [...]. Het blijft verbazingwekkend dat [de eisers] elkaar toevallig hebben ontmoet in een cafetaria in Istanbul, terwijl [de eiseres] uitgerekend heeft gewerkt voor de broer van haar aanstaande man, die zich in België heeft gevestigd.

[De eiser] spreekt de waarheid niet wanneer hij het volgende verklaart op 4 november 2008 : ‘ik dronk thee in een café en ze zaten aan de tafel naast mij, er was een andere dame in het gezelschap, maar ik weet niet of het haar dochter of iemand anders was’ [...]. Het hof [van beroep] stelt zich vragen bij de draagwijdte van de leugen [van de eiser] aangezien hij, van bij zijn aankomst in België, in hetzelfde appartement als de dochter van zijn echtgenote, B., heeft geleefd [...].



Sterker nog, uit het uittreksel van de huwelijsakte van 22 februari 2001 blijkt dat de dochter van [de eiseres] als tolk is opgetreden tijdens de huwelijsplechtigheid in het gemeentehuis [...].

Toen [de eiser] door de politie werd ondervraagd, wist hij maar al te goed dat de persoon die zich in Istanbul, in Turkije, in het gezelschap van [de eiseres] bevond, niet haar dochter B. was, aangezien hij haar kende.

[De eiser] heeft ook gelogen om een visum voor België te verkrijgen; zijn bedoeling was uiteraard niet om als ‘toerist’ naar België te komen, aangezien hij – zoals hij zelf heeft bekend – [de eiseres] wou vervroegen.

Hoewel de partijen officieel hebben samengewoond, blijft het gebrek aan interesse van de eiser voor het vroegere leven van zijn echtgenote verbazingwekkend; hij weet haast niets van haar en heeft kennelijk geen gezamenlijke plannen met haar; hij heeft met name de Koerdische afstamming van zijn moeder voor haar verborgen gehouden, wat op zijn minst vragen doet rijzen.

De partijen spreken elkaar ook tegen wat betreft de omstandigheden waarin de vier kinderen [van de eiser] naar België zijn gekomen; [de eiseres] beweert dat zij enkel heeft aanvaard om met [de eiser] te huwen, op voorwaarde dat de kinderen in Turkije, bij hun moeder, zouden blijven [...].

[De eiser] voert daarentegen aan dat zijn echtgenote van houding is veranderd nadat ze zich een jaar lang over zijn kinderen heeft onfermd; hij geeft toe dat ze niet meer voor de kinderen wou zorgen en dat zij daarom is vertrokken.

De wijze waarop [de eiser] zijn kinderen naar België heeft gebracht, namelijk door ze via Griekenland naar hier te brengen, bewijst dat hij ervoor vreesde dat zijn echtgenote zich hiertegen zou verzetten; het was immers eenvoudiger geweest de gezinsherening aan te vragen.

De omstandigheden die tot de breuk tussen [de eisers] hebben geleid, zijn ook onduidelijk; [de eiseres] heeft weliswaar verklaard dat zij niet meer voor de vier kinderen [van de eiser] wenste te zorgen, des te meer daar zij voor haar dochter B. wou zorgen, maar de juiste datum waarop zij de echtelijke woonplaats heeft verlaten, is niet duidelijk.

[De eiseres] is sinds 13 mei 2005 weliswaar op een ander adres gedomicilieerd, maar vreemd genoeg in het gebouw naast dat van haar schoonbroer, op de ...steenweg.

Uit de verschillende verhoren blijkt daarenboven dat H.B. sinds 2004 in België verbleef, na op 27 april 2004 een visum voor Nederland te hebben verkregen; zij beweert sinds 3 maart 2005 in België te verblijven.

De versie [van de eiser], volgens welke hij niet wist dat zijn eerste vrouw zich in België bevond en hij ervan uitging dat ze nog steeds in Turkije was, is een leugen die strijdig is met de stukken van het dossier en met zijn volslagen tegenstrijdige verklaringen. Hij beweert zelfs dat hij zijn eerste vrouw niet heeft teruggezien vóór zijn volgende tweede huwelijk in Turkije [...].

Op 9 februari 2007 stelt de wijkagent vast dat [de eiser], die in de V... straat ..., te M., is ingeschreven, op dat adres samenleeft met H.B. (zij erkent dat zij sinds 21 november 2006 met hem samenleeft).

Uit het voorgaande volgt dat [de eiser] steeds voorrang heeft gegeven aan zijn eerste huwelijk en aan de duurzame vestiging van zijn kinderen en daarna van zijn eerste echtgenote op Belgisch grondgebied.

[De eiser] heeft zich kennelijk schuldig gemaakt aan veinzing, doordat hij [de eiseres] heeft voorgehouden dat hij met haar wou huwen om samen met haar een lang en duurzaam leven te leiden, terwijl zijn gedrag uitwijst dat hij zijn eerste kerngezin het verblijfsrechtelijk voordeel wou bieden dat hij uit dat huwelijk zou verkrijgen en dat hij met dat gezin opnieuw wou gaan samenleven, zoals hij dat vanaf 1990 had gedaan in Turkije en zoals dat tot in 2001 had voortgeduurd.

Het hof [van beroep] bevestigt het beroepen vonnis, waarbij het oordeelt dat de door het openbaar ministerie verzamelde gegevens een geheel van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens vormen die aantonen dat er niet, of op zijn minst niet aan de zijde [van de eiser], de ware intentie is geweest een duurzame levensgemeenschap tot stand te brengen”.

Grieven

Eerste onderdeel

I. Onder de titel “hoedanigheden en voorwaarden vereist om een huwelijk te mogen aangaan” bepaalt artikel 146bis Burgerlijk Wetboek dat “er geen huwelijk is wanneer, ondanks de gegeven formele toestemmingen tot het huwelijk, uit een geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet is gericht op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde”.

Een huwelijk kan op grond van dat artikel dus enkel nietig worden verklaard indien op zijn minst één van de echtgenoten alleen de intentie had uit dat huwelijk een verblijfsrechtelijk voordeel te verkrijgen, dat is verbonden aan de staat van gehuwde. Indien de echtgenoot wel een dergelijk voordeel nastreeft maar niettemin instemt met het huwelijk en met de wettelijke gevolgen ervan en, met name, met het tot stand brengen “van een duurzame levensgemeenschap”, zijn de toepassingsvoorwaarden van artikel 146bis niet vervuld.

De omstandigheid dat er na het huwelijk een werkelijke en duurzame samenwoning is gevuld, of de omstandigheid dat een dergelijke samenwoning, die vóór het huwelijk is aangevat, na dat huwelijk is voortgezet, betekent dat er een duurzame levensgemeenschap tot stand is gebracht en dat beide echtgenoten bijgevolg, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden (opsluiting, dwang), die door het openbaar ministerie niet zijn aangevoerd, hun toestemming hebben gegeven om een dergelijke levensgemeenschap tot stand te brengen en voort te zetten.

Hoewel de feitenrechter op onaantastbare wijze de omstandigheden beoordeelt waaruit volgt dat het huwelijk, minstens voor één van de echtgenoten, enkel dient om een verblijfsrechtelijk

voordeel te verkrijgen, gaat het Hof niettemin na of de rechter zodoende de in het voormelde artikel 146bis vastgelegde wettelijke begrippen “duurzame levensgemeenschap” en “intentie die gericht is op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap” niet heeft miskend.

II. Te dezen volgt uit de voormelde vaststellingen van het arrest dat de samenwoning van de partijen is begonnen van bij de aankomst van de eiser in België in oktober 2002 (het arrest stelt immers vast dat “[de eiser] van bij zijn aankomst in België in hetzelfde appartement als de dochter van zijn echtgenote, B., heeft geleefd”) of, in ieder geval, vóór het huwelijk, dat is voltrokken op 22 februari 2003 (“Hij is vervolgens gaan inwonen in het kleine appartement van [de eiseres] in de V... straat te U..., waar zij samen met haar dochter B. verbleef. Spoedig beslissen de [eisers] te huwen”) en dat die samenwoning op zijn minst heeft voortgeduurde tot de aankomst van de kinderen van de eiser in België, in april 2004: hoewel het arrest vaststelt dat er onzekerheid blijft bestaan over de datum waarop de eiseres de laatste gemeenschappelijke verblijfplaats van de echtgenoten in de V... straat te M... heeft verlaten, impliceert de voormelde redenen van het arrest dat met zekerheid vaststaat dat zij enige tijd na de aankomst van de kinderen is vertrokken. Volgens de vaststellingen van het arrest heeft de samenwoning dus op zijn minst dertien maanden geduurd en het arrest sluit niet uit dat ze nog van oktober 2002 tot mei 2005, dus gedurende meer dan tweeënhalve jaar, heeft voortgeduurd.

Het arrest, dat aldus de werkelijke en duurzame samenwoning van de echtgenoten vaststelt, heeft vervolgens niet naar recht kunnen beslissen dat de intentie van de eiser niet erop gericht was een duurzame levensgemeenschap met de eiseres tot stand te brengen, in de zin die artikel 146bis Burgerlijk Wetboek aan dat begrip geeft. Het arrest, dat op grond van de voormelde redenen beslist dat het huwelijk van de eisers nietig moet worden verklaard, schendt de wettelijke begrippen “duurzame levensgemeenschap” en “intentie die gericht is op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap” en miskent de toepassingsvoorwaarden van artikel 146bis Burgerlijk Wetboek (schending van dat artikel).

(...)

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste onderdeel

Artikel 146bis Burgerlijk Wetboek bepaalt dat er geen huwelijk is wanneer, ondanks de gegeven formele toestemmingen tot het huwelijk, uit een geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet is gericht op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het verkrijgen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde.

Het huwelijk kan niet nietig worden verklaard indien de intentie van de echtgenoten, al was het maar in bijkomende orde, erop gericht was een duurzame levensgemeenschap tot stand te brengen.



Het arrest vermeldt dat de eiser vóór zijn huwelijk met de eiseres, na zijn aankomst in België, met haar heeft samengeleefd, dat de eisers in februari 2003 in het huwelijk zijn getreden, dat hun samenwoning in ieder geval tot april 2004 heeft voortgeduur, terwijl eisers eerste echtgenote en kinderen in Turkije waren gebleven, en dat de scheiding van de partijen te wijten is aan het feit dat de eiseres niet langer verdroeg zorg te moeten dragen voor de vier kinderen uit het eerste huwelijk van de eiser, die in de lente van 2004 in België waren aangekomen.

Het arrest heeft uit die vermeldingen niet kunnen afleiden dat de intentie van de eiser kennelijk niet erop gericht was een duurzame levensgemeenschap met de eiseres tot stand te brengen maar enkel een verblijfsrechtelijk voordeel te verkrijgen, zodat hun huwelijk nietig was.

Het onderdeel is gegrond.

(...)

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

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

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

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Luik.

Aldus geoordeeld door het Hof van Cassatie, eerste kamer, te Brussel, door afdelingsvoorzitter Christian Storck, de raadheren Didier Batselé, Martine Regout, Michel Lemal en Marie-Claire Ernotte, en in openbare terechting van 2 mei 2014 uitgesproken door afdelingsvoorzitter Christian Storck, in aanwezigheid van advocaat-generaal Thierry Werquin, met bijstand van griffier Lutgarde Body.

Vertaling opgemaakt onder toezicht van raadsheer Alain Smetryns en overgeschreven met assistentie van griffier Johan Pafenols.

Rechtbank van eerste aanleg te Gent, vonnis van 15 januari 2015

Nietigverklaring huwelijk – Internationale bevoegdheid – Brussel Ibis Vo – Artikel 3, 1, a, 2^{de} streepje – Rechter van de laatste gewone verblijfplaats van de echtgenoten – Toepasselijk recht op de totstandkoming van het huwelijk – Artikel 46 WIPR – Recht van de staat waarvan de echtgenoten de nationaliteit hebben – Rwandees recht

Annulation d'un mariage – Compétence internationale – Règlement Bruxelles Ibis – Article 3, par. 1, a, 2^{ème} tiret – Tribunal de la dernière résidence habituelle des époux – Droit applicable à la formation du mariage – Art. 46 CODIP – Droit de l'Etat dont les époux possèdent la nationalité – Droit rwandais

A. R. nr. [...]

In de zaak van:

M. T., professor, geboren te [...] (Rwanda) op [...], wonend te [...],

eiser, vertegenwoordigd door Mr. Axel Brugman, advocaat te 9000 Gent, Sint-Denijslaan 397

tegen:

F. U., zonder beroep, geboren te [...] (Rwanda) op [...], wonend te [...],

verweerster, vertegenwoordigd door Mr. Inneke Bockstaele, advocaat te 9000 Gent, Coupure 5,

vonnist de rechtbank als volgt.

De rechtbank hoorde de partijen tijdens de terechting van 18 september 2014 en de stukken werden ingezien, inzonderheid:

- de dagvaarding betekend op 18 oktober 2013,
- de conclusies voor de verweerde neergelegd ter griffie op 10 december 2013 en ter terechting van 18 september 2014,
- de conclusies voor de eiser neergelegd ter griffie op 6 januari 2014 en 16 september 2014,
- het advies van eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen, neergelegd ter zitting van 27 november 2014 om de vordering af te wijzen als ongegrond.

De eiser heeft op dit advies geantwoord bij repliek neergelegd ter terechting van 11 december 2014 waarop de zaak tijdens dezezelfde terechting in beraad werd genomen.



1. Voorwerp van de vordering

De vordering van de **eiser** strekt ertoe:

- het huwelijk van de partijen voltrokken voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van Kimisagara (Rwanda) op 20 oktober 2012 en overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand van de stad Gent, nietig te horen verklaren;
- te verklaren dat het uitgesproken vonnis zal overgeschreven worden in de registers van de burgerlijke stand van de stad Gent en dat randmelding zal aangebracht worden naast de akte van het vernietigd huwelijk en dat melding zal gemaakt worden in de jaarlijkse tabellen;
- te zeggen voor recht dat het huwelijk enkel ten voordele van hemzelf enig gevolg kan hebben;
- de verweerster te veroordelen tot het betalen van de gerechtskosten waaronder aan zijn zijde een rechtsplegingsvergoeding van 1.320,00 euro;
- dit alles bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet of hoger beroep.

In haar conclusies verzoekt de **verweerster** om de vordering van de eiser af te wijzen als ongegrond en de eiser te veroordelen tot het betalen van de gerechtskosten, die aan haar zijde begroot worden op een rechtsplegingsvergoeding van 1.350,00 euro.

De **procureur des Konings** adviseert om de vordering van de eiser ontvankelijk te verklaren, maar af te wijzen als ongegrond.

2. Beoordeling

2.1. Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht

Overeenkomstig art. 17 van de verordening nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid (*PB L* 23 december 2003, afl. 338, 1, zie ook: J. Erauw en J. De Meyer, *Bronnen van Internationaal privaatrecht. Zevende editie*, Mechelen, Kluwer, 2008, p. 302, de zogenaamde “*Brussel II-bis Vo*”) dient de rechtbank ambtshalve haar internationale bevoegdheid te onderzoeken. Volgens art. 3.1 van diezelfde verordening is de Belgische rechtbank internationaal bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot nietigverklaring aangezien de laatste gewone verblijfplaats van de echtgenoten zich in België bevindt.

De wet waarvan de bepalingen worden geschonden (dit is de wet die de grond-of vormvereisten voorschrijft) bepaalt of die schending de nietigheid van het huwelijk meebrengt en bepaalt ook de modaliteiten van die nietigheid. Nu de beide partijen de Rwandese nationaliteit hebben, dient huidig geschil naar het oordeel van deze rechtbank beoordeeld te worden volgens Rwandees recht. Waar art. 220 van het Rwandees BW voorziet dat er geen sprake is van een nietig huwelijk wanneer er geen vrije toestemming is van de beide echtgenoten, kan het huwelijk nietig verklaard worden in geval van een gebrek in de toestemming om te huwen en gaat deze rechtbank hieronder verder met de feitelijke beoordeling van de door de eiser aangehaalde feitelijke argumenten (stuk VII. 5 eiser).



2.2. Nietigverklaring van een vreemde huwelijksakte

Het voorliggend huwelijk betreft een in Rwanda gesloten huwelijk. Reeds lang bestaat er eensgezindheid over dat de Belgische rechbanken bevoegd zijn om een in het buitenland gesloten huwelijk nietig te verklaren vermits niet de akte (*het instrumentum*), maar de achterliggende toestand (*het negotium*) wordt beoogd (zie J. Erauw, e.a., "Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)", *TPR* 2006, nr. 76).

2.3. Is er sprake van een grond tot nietigverklaring van het huwelijk?

2.3.1. Algemeen

De vraag is of het bewijs geleverd wordt dat er sprake is van veinzing.

Aangezien de intentie van partijen nooit met absolute zekerheid te achterhalen is, wordt vereist dat de bewijsmiddelen een decisief karakter hebben en dat er een eenduidig vermoeden bestaat dat niet wordt tegengesproken. Het komt er met andere woorden op aan een geheel van omstandigheden aan te duiden dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid aangeeft dat het huwelijk werd afgewend van zijn normale intentie en er dus wel degelijk sprake is van een schijnhuwelijk doordat partijen, of één van hen, enkel op het oog hadden een constructie op te zetten om een materiële zekerheid of voordelen te verschaffen (zie o.m. Gent 24 februari 2005, *NjW* 2005, 1172; Gent 16 juni 2005, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, afl. 3, 42 e.v.).

Op de eiser rust de bewijslast aan te tonen dat het huwelijk met de verweerster niet gericht was op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel werd aangegaan voor de schijn (en op het verkrijgen van voordelen die verbonden zijn aan het statuut van gehuwde).

2.3.2. De samengevatte standpunten van de partijen

Volgens de eiser is er samengevat sprake van een schijnhuwelijk omdat ze elkaar voor de huwelijksafsluiting nooit eerder ontmoet hadden, hij pas van het bestaan van de twee kinderen van de verweerster heeft vernomen nadat de partijen al gehuwd waren, ze slechts 1 jaar gehuwd geweest zijn, waarvan ze slechts 5 maanden samen in België hebben gewoond. De eiser stelt dat hij ook regelmatig geld opstuurd naar de verweerster en haar familie maar de vraag van de verweerster naar geld zou onverzadigbaar gebleken zijn. Ze zouden ook in contact gekomen zijn via het optreden van een tussenpersoon (een zekere H. of M. P.). Daarnaast zou er een groot leeftijdsverschil zijn (8 jaar) en zou de verweerster er een overspelige relatie op na houden met een zekere A. Dat de correspondentie met hem vals zou zijn, wordt niet bewezen door de verweerster. Verder zou de verweerster de zoon van de eiser proberen vergiftigen hebben en hem onderworpen hebben aan mensonterende straffen. Zelf zou de eiser het slachtoffer zijn van beledigingen, bedreigingen, pesterijen en publieke vernederingen. Tenslotte zou de verweerster reeds eerder een verblijfsrecht in Europa (Frankrijk) proberen bekomen hebben door te proberen huwen met een Rwandese met de naam Y. of met een zekere E. C. De plotse kentering in het gedrag van de verweerster zou er gekomen zijn op het ogenblik dat de verweerster kennis kreeg van het gunstig advies van de

cel schijnhuwelijken, met overschrijving van het huwelijk en het verkrijgen van een verblijfskaart in België (mei 2013) en het ontvangen van een SIS-kaart (juli 2013). De verweerster zou misbruik gemaakt hebben van de verliefdheid van de eiser en de enige reden om te huwen was het bekomen van een verblijfsrecht in België. Ze zou ook samen met haar minnaar op 8 september 2013 op consultatie zijn gegaan bij de Brusselse advocaat J. Ufiteyezu (om advies voor een echtscheiding in te winnen). De eiser bekwam ook een maatregelen bij de vrederechter op grond van art. 223 BW. Verder vindt hij het vreemd dat de verweerster niet inging op zijn aanbod om haar terugreis naar Rwanda te betalen.

Volgens de verweerster is er geen sprake van een schijnhuwelijk maar zou het huwelijk spaak gelopen zijn doordat de eiser haar enkel zou gezien hebben als een huishoudster en haar verboden hebben om te gaan werken. Ze stelt dat de eiser zou ingebroken hebben in haar e-mails en haar telefoons zou afluisteren. Verder stelt ze dat ze geen reden had om een verblijfsrecht in België te bekomen omdat ze in Rwanda een onafhankelijk leven leidde, een carrière had en voldoende inkomsten had om goed te kunnen leven (tewerkstelling bij de sarl S. van 2011 tot 2013). Voor het overige ontkent ze dat de eiser niet wist dat ze 2 kinderen had uit een vorig huwelijk en dat ze er een overspelige relatie op na zou houden met een zekere A. De e-mailconversatie met deze A. zou door de eiser zelf gecreëerd zijn (creatie account). Ze betwist ook de mishandelingen aan zijn zoon: dit zijn lasterlijke aantijgingen. De tussenkomst van mijnheer H. en M. P. is gebruikelijk in de Afrikaanse cultuur. De bewijzen van de transfers van geldsommen zouden vervalst zijn en de verweerster stelt dat zij ook haar financiële bijdrage heeft geleverd aan de huwelijksplechtigheid. De contacten met andere mannen waarover de eiser spreekt, dateren van vóór hun verloving en op een ogenblik dat de eiser ook nog maar een gewone vriend was van de verweerster. Samengevat stelt ze dat de eiser haar gewoon het land wil uit pesten en haar momenteel in een precaire situatie heeft gebracht.

De verweerster dringt niet langer aan op de toepassing van art. 4 VTSv. en de schorsing van de huidige procedure zodat deze eerdere argumentatie geen verder antwoord behoeft.

2.3.3. Samenvatting van de historiek van de feiten en de beoordeling van de aangebrachte bewijselementen

Op 20 oktober 2012 huwden de eiser en de verweerster in Rwanda en dit onder een stelsel van scheiding van goederen (zie stuk I.5 eiser).

De verweerster is begin mei 2013 op basis van dit huwelijk naar België kunnen komen. Het koppel heeft zich op 31 mei 2013 aangeboden bij de cel schijnhuwelijken van de stad Gent. De cel schijnhuwelijken heeft geen elementen weerhouden die zouden kunnen wijzen op een schijnhuwelijk zodat het huwelijk geregistreerd werd.

De eiser betekende de dagvaarding in nietigverklaring op 18 oktober 2013.

Uiteraard levert elk huwelijk van een Belgische resident met een vreemdeling een verblijfsrecht op. Dit op zich is inderdaad niet voldoende om te spreken van een schijnhuwelijk.

Anderzijds betekent een voorafgaande overschrijving van de huwelijksakte of het bekomen van een visum gezinsherening – wat een precaire administratieve erkenning ervan inhoudt – niet dat het huwelijk niet meer voor enige betwisting vatbaar zou kunnen zijn.

De rechtsbank onderzoekt hieronder de door de eiser aangehaalde bewijselementen.

- *(a) het nooit eerder ontmoeten vóór de huwelijksuiting, het nemen van het initiatief om te huwen, het optreden van een tussenpersoon en het ogenblik van het kennismaken door de eiser van het feit dat de verweerster kinderen had*

De eiser stelt dat hij de verweerster vóór de huwelijksuiting slechts een paar keer heeft ontmoet.

Vooreerst stelt de rechtsbank vast dat het niet de verweerster is die het initiatief genomen heeft om te huwen met een man met woonplaats in België. Het is de eiser die via derden op zoek is gegaan naar een huwelijkskandidate in Rwanda.

Aan hun huwelijk op 20 oktober 2012 gaan wel degelijk contacten tussen de partijen vooraf: de eiser is enkele malen naar Rwanda getrokken om de eiseres daar te ontmoeten.

In 2010 zijn de partijen in contact gekomen en in januari 2011 ging de eiser naar Rwanda om de verweerster in persoon te ontmoeten (zie o.m. de verklaring van de eiser bij de cel schijnhuwelijken op 31 mei 2013). Blijkbaar ontstonden er vrij snel problemen want werden alle contacten verbroken in maart 2011 (zie p. 33 dossier O.M.).

Op het einde van 2011 werden de contacten evenwel hersteld en in januari 2012 bracht de eiser opnieuw een bezoek aan de verweerster. In zijn verklaring van 31 mei 2013 – in tempore non suspecto – stelt hij dat hij in 2012 naar Rwanda is gegaan in januari, april, augustus en oktober en dat hij toen telkens 2 weken of 1 week daar verblijf (p. 12 dossier O.M.). Voorafgaand aan het huwelijk heeft de eiser volgens eigen verklaring in levende lijven meermaals contact gehad met de verweerster. Stellen dat de contacten zeer beperkt waren, klopt dan ook niet. De verweerster bevestigde bij haar verhoor bij de cel schijnhuwelijken (op 31 mei 2013) deze diverse contacten vóór de huwelijksuiting, in 2011 en 2012.

De eiser stelde in zijn verklaring bij de politie dat de verweerster hem eind februari 2012 zou laten weten hebben zwanger te zijn, maar toen hij haar in mei 2012 zag bleek dat niet het geval te zijn en moest hij tevens vernemen dat de verweerster 2 kinderen had. Voor de eiser was het huwelijk dan plots niet meer zo dringend. Maar in oktober 2012 keerde de eiser toch terug naar Rwanda om toch het huwelijk te voltrekken (p. 34 dossier O.M.). De eiser is dus gehuwd met de verweerster met volledige kennis van zaken: hij wist dat ze al 2 kinderen had en haar zogenaamde zwangerschap bleek niet te kloppen. Achteraf stellen dat hij pas na het huwelijk kennis kreeg van het bestaan van de 2 kinderen klopt niet met de eigen verklaringen van de eiser. Het was in mei 2012 in elk geval nog niet te laat om de intenties om te huwen stop te zetten, maar de eiser heeft er klaarblijkelijk voor gekozen om dit niet te doen.

Bij zijn gesprek bij de cel schijnhuwelijken van de stad Gent op 31 mei 2013 zette de eiser uiteen dat hij de verweerster ten huwelijk had gevraagd in januari 2012 maar dat de verweerster eerst weigerde. De eiser heeft dan contact opgenomen met M. P. die ervoor zorgde dat de verweerster het huwelijksvoorstel toch aanvaardde (p. 13 dossier O.M.). De

eiser had het tijdens dit gesprek niet over de problemen die zich na januari 2012 zouden voorgedaan hebben. Klaarblijkelijk was op dat ogenblik de tussenkomst van derden voor de eiser geen probleem. Deze tussenkomst van derden is in elk geval niet ongebruikelijk in de Afrikaanse cultuur zodat uit dit element niet noodzakelijk een indicatie van een schijnhuwelijksdienst afgeleid te worden. Bij zijn verhoor op 31 mei 2014 stelde de eiser uitdrukkelijk dat “M. P.” een soort zus was van de verweerster. Er was aldus een dichte band tussen deze persoon en de verweerster en het was op zijn aandringen dat deze tussenpersoon bij de verweerster aandrang om toch maar te huwen.

De opeenvolging van deze feiten en de in tempore non suspecto door de eiser afgelegde verklaringen wijzen er op dat de partijen elkaar meermaals ontmoet hebben vóór het huwelijk, dat er toen al enkele strubbelingen zijn geweest, maar dat het de eiser is die het initiatief genomen heeft om te huwen en is blijven aandringen op een huwelijk. De verweerster wou er eerst niet op ingaan en dit zou in het geval van een schijnhuwelijksdienst om verblijfsrechtelijke redenen toch wel anders zijn. Er is in elk geval geen sprake van een snel en haastig gesloten huwelijk.

- *(b) het (onafhankelijk) leven van de verweerster in Rwanda*

De eiser beweert dat de toestand van de verweerster helemaal niet zo rooskleurig was in Rwanda en ze wel degelijk redenen had om naar België te komen.

In zijn verhoor bij de cel schijnhuwelijken op 31 mei 2013 stelde de eiser zelf dat de verweerster in Rwanda gewerkt heeft in de informaticasector als receptioniste en dat ze ook nog bij een advocaat heeft gewerkt. Dat ze goed opgeleid is, verklaarde de eiser zelf nog bij de politie op 15 januari 2014: de verweerster heeft een universitair diploma management behaald in Rwanda.

Uit de door de verweerster naar voor gebrachte stukken blijkt wel degelijk dat de verweerster werk had in Rwanda en over een inkomen beschikte. Haar werkgever (van de sarl S., zie stuk 5 verweerster) verklaarde dat de verweerster tewerk gesteld is geweest in de firma van november 2011 tot maart 2013 en dit als ‘auditeur’. Ze verkeerde dan ook in geen geval in een armoedige of uitzichtloze situatie waardoor ze dan maar haar heil zou gezocht hebben in België.

- *(c) de betaling van sommen geld aan de verweerster of haar familie*

De eiser stelt dat hij tienduizenden euro’s betaald heeft voor, tijdens en na het huwelijk. Tijdens zijn verhoor op 15 januari 2014 verklaarde de eiser het groot huwelijksfeest te hebben bekostigd (waarvan overigens foto’s worden voorgelegd) en hiervoor 800,00 euro te hebben betaald. In totaal zou hij 12.000 euro betaald hebben waaronder de vliegticketten voor beiden en de huur van een woning en een bruidsschat van 1.000 US dollar.

De eiser brengt bewijzen voor van het overmaken van sommen geld via Western Union (zijn stukken III.5-21). De verweerster beweert dat deze stukken vervalst zijn, maar hiervan ligt geen bewijs voor.

De door de eiser voorgelegde stukken betreffen enerzijds zelf gemaakte overzichten met sommen geld (die op zich niets bewijzen) en betalingsbewijzen die dateren van:

- mei 2012 tot 3 oktober 2012 (dit is vóór het huwelijk): voor in totaal **1.026,58 euro** (108,50 euro + 92,38 euro + 93,83 euro + 403,51 euro + 328,36 euro) en
- van 3 december 2012 tot september 2013 (dit is na het huwelijk) van in totaal **3.027,24 euro** (420,00 euro + 262,00 euro + 315 euro + 315 euro + 212 euro + 208,90 euro + 581,00 euro + 713,34 euro).

Deze sommen zijn toch niet de tienduizenden euro's waarover de eiser spreekt. Het zijn gebruikelijke sommen voor de organisatie van een Afrikaans huwelijksfeest, het betalen van vliegtuigticketten, een bruidsschat en eventueel wat financiële steun aan de verweerster toen ze nog in Rwanda woonde (maar dat kadert ook binnen de onderhoudsverplichtingen tijdens het huwelijk).

Voor het overige worden nog 3 betalingsbewijzen in de debatten gebracht die betrekking hebben op 2 andere personen: er werd 2 maal 208,90 euro betaald aan een zekere M. M. (voor de kinderen van de verweerster ?) en er werd 1 maal 338,87 euro betaald aan een zekere M. S. Maar ook dit zijn geen exorbitante sommen. In elk geval ligt hiermee niet het bewijs voor dat aan de verweerster een som geld zou beloofd zijn bij het aangaan van het huwelijk.

De beide partijen bevestigden bij hun verhoor bij de cel schijnhuwelijken op 31 mei 2013 dat er in Kigali een huwelijksfeest werd gegeven en dat er een huwelijksfeest was dat volledig betaald werd door de eiser. Ook de trouwringen werden door hem betaald.

Het is niet ongebruikelijk in de Afrikaanse cultuur dat de man vele kosten van de huwelijkssluiting draagt. De eiser heeft dat destijds klaarblijkelijk met plezier en vrijwillig gedaan.

Met de voorliggende stukken wordt geen doorslaggevend bewijs van schijnhuwelijk geleverd.

- *(d) het grote leeftijdsverschil*

Als indicator van een schijnhuwelijk haalt de eiser het 'grote' leeftijdsverschil tussen de partijen aan.

De eiser kan toch moeilijk voorhouden dat een leeftijdsverschil van 8 jaar groot is. Dit is een normale leeftijdsverhouding tussen volwassen partners.

- *(e) de slechte behandeling door de verweerster van de eiser en zijn zoon*

De eiser beweert dat de verweerster hemzelf en zijn zoon slecht behandeld zou hebben. Als bewijs brengt hij in de debatten: een verhoor van hemzelf, een foto van bedorven voedsel en e-mails tussen hemzelf en het Vertrouwenscentrum Kindermisbruik enerzijds en het commissariaat voor de Kinderrechten anderzijds (zie de 5 stukken in zijn bundel IV).

Zijn klacht bij de politie dateert van 24 september 2013, die bij het Vertrouwenscentrum Kindermishandeling van 2 oktober 2013 en die bij het Commissariaat voor de Kinderrechten

van 13 oktober 2013. De eiser brengt evenwel niet het resultaat van deze door hem ingediende klachten in de debatten. Ze dateren nochtans van 1,5 jaar geleden. Er mag dan ook aangenomen worden dat deze klachten voor de verweerster geen enkele incriminatie met zich hebben gebracht.

Voor het overige spreekt het voor zich dat een foto van bedorven voedsel niet bewijst dat de verweerster hiervoor verantwoordelijk is, laat staan dat ze dit te eten heeft willen geven aan de zoon van de eiser.

Dat het kind van de eiser slecht zou gereageerd hebben door opnieuw in bed te plassen, slecht te eten en angstig te zijn (wat overigens niet bewezen wordt) kan mogelijks ook eenvoudig verklaard worden door de echtelijke moeilijkheden tussen zijn vader en de verweerster of eenvoudig ook door de komst van de verweerster naar België (daar waar hij voorheen door zijn vader alleen werd opgevoed).

De zienswijze van de verweerster is anders: ze verklaarde aan de politie dat de relatie helemaal niet goed zat aangezien het vertrouwen een deuk had gekregen eind augustus 2013. De eiser zou de volledige controle over de verweerster willen en dit op alle vlakken. Zo zou de eiser ook het verbod hebben gegeven aan zijn zoon om nog met de verweerster te spreken. Als hij afwezig was zou de zoon wel nog met haar gesproken hebben. Ze ontkende in elk geval de zoon te hebben bedreigd. De politie verwees de verweerster door naar het OCMW om de situatie weer wat leefbaarder te maken.

Deze beweringen van de verweerster zijn even plausibel als de beweringen van de eiser. Er ligt in elk geval geen bewijs voor dat meer geloof moet gehecht worden aan de beweringen van de eiser boven die van de verweerster.

- *(f) het door de verweerster eerder proberen bekomen van een verblijfsrecht in België en de contacten met andere mannen*

De eiser beweert dat de verweerster tussen 2008 en 2010 reeds met een in Frankrijk wonende Rwandees, een zekere Y., zou geprobeerd hebben om te huwen met het oog op het bekomen van een verblijfsrecht. Ook met een zekere E. C. zou ze dit geprobeerd hebben.

Met zijn stuk VII.3 toont de eiser enkel aan dat er in februari 2011 via facebook 3 contacten zijn geweest tussen E. C. en de verweerster waarbij er ook telefoonnummers werden uitgewisseld. De verweerster was op dat ogenblik nog niet verloofd met de eiser en het stond haar vrij contacten te hebben met andere mensen/mannen. De inhoud van de facebook-berichten is overigens weinig zeggend. Daarnaast blijkt uit het aanbrengen van deze gesprekken dat de eiser toch wel ver gaat in het zoeken in privé-gegevens van de verweerster.

De verweerster ontket overigens niet dat ze met een zekere Y. en E. C. contacten heeft gehad via facebook (van voor haar verlovings). Ze ontket evenwel naaktfoto's aan E. C. te hebben doorgestuurd: het ging om foto's in geklede toestand. Ze stelt dat het gaat om de foto's onder haar stuk 3.

- (g) de e-mails, chatgesprekken en de zogenaamde relatie van de verweerster met een zekere A.

De eiser beweert dat de verweerster een minnaar had/heeft, een zekere A. met wie ze een bezoek bracht aan diens Brusselse advocaat. Volgens de verweerster is ze bevriend met A. R., die ze heeft leren kennen in de Nederlandse les. Hij is een Rwandese vluchteling. Heel de klas Nederlands was op de hoogte van het verslechterend huwelijk van de partijen en de band met A. was het sterkst omdat hij ook van Rwandese afkomst was. Ze betwist een relatie te hebben met hem.

De eiser brengt als stuk naar voor: een reeks e-mails tussen de verweerster (onder de alias I. K.) en een zekere A. N. De verweerster bevestigt deze ‘alias-account’ te hebben gecreëerd omdat de eiser haar (ander) e-mailverkeer steeds controleerde. Ze meent dat de eiser ook in deze nieuwe account ingreep en zelf een conversatie startte.

Naar het oordeel van deze rechtbank heeft de eiser inderdaad toegang gehad tot deze account aangezien hij de voornoemde e-mails of facebookberichten in de debatten kan brengen. De waarheidsgrouwheid van de berichten is dan ook inderdaad niet zeker te noemen: bij kennis van de toegangscodes is het mogelijk dat de eiser zelf gesprekken heeft aangegaan. Bovendien dateren deze gesprekken allen van oktober 2013, zijnde de periode waarin de eiser al opdracht had gegeven om de verweerster te dagvaarding in nietigverklaring van het huwelijk. De kans bestaat evenzeer dat de eiser zichzelf stukken heeft willen verschaffen voor het voeren van de huidige procedure.

Met de voorliggende berichten wordt enkel bewezen dat er elektronische contacten zijn geweest tussen 2 elektronische adressen maar wie deze gesprekken voerde, staat niet vast. Enig onderzoek omtrent de vraag wie welke accounts heeft gecreëerd of ze heeft gebruikt, wordt niet voorgelegd.

Daarenboven legt de verweerster wel een geschreven getuigenverklaring voor van A. R. waarin hij verklaarde geen relatie te hebben met de verweerster en wenst dat de eiser stopt met het bekleden van zijn goede naam.

Tenslotte is het nog maar de vraag of het eventueel aanknopen van contacten of relaties met andere mensen/mannen in een periode van ernstige echtelijke moeilijkheden abnormaal te noemen is voor een persoon die afkomstig is uit Rwanda en zo goed als alleen is in België.

Met de voorliggende stukken wordt geen doorslaggevend bewijs van een schijnhuwelijk geleverd.

- (h) de na de komst van de verweerster naar België ontstane relatieproblemen

Het is duidelijk dat er na de komst van de verweerster naar België vrij snel problemen ontstaan zijn binnen het koppel. Blijkbaar waren deze dermate geëscaleerd dat de verweerster de echtelijke woning verlaten heeft op 4 november 2013.

De oorzaak van de problemen zoeken de beide partijen bij de ander.

Volgens de verweerster behandelde de eiser haar op een onmenselijke manier. De eiser stelt dat de problemen te wijten zijn aan de houding van de verweerster ten opzichte van zijn zoon en de discussies over de beide kinderen van de verweerster (hij zou niet beloofd hebben dat de beide kinderen uit Rwanda naar België zouden mogen overkomen).

Deze rechbank kan onmogelijk uitmaken welke partij het bij het juiste eind heeft, maar de hierboven beschreven zienswijze van de beide partijen wijst er op dat er eerder vrij snel echtelijke moeilijkheden zijn ontstaan, eerder dan dat er sprake was van een schijnhuwelijk. Uit dit louter eindigen van het huwelijk en alle over elementen kan niet zonder meer afgeleid worden dat de verweerster nooit de bedoeling zou gehad hebben een duurzame relatie tot stand te brengen en enkel een verblijfsrechtelijk voordeel zou beoogd hebben.

Uit de verklaringen van de eiser zelf (zie p. 35 dossier O.M.) kan de rechbank voor het overige afleiden dat de eiser een zeer goede kennis heeft over de verweerster: hij kent de vorige relaties of vermeende relaties van de verweerster (met de namen), hij kent de namen van haar kinderen en hun verblijfstoestand in Rwanda, kent de moeder van de verweerster en haar drie broers, verder weet hij ook dat de vader van de verweerster overleden is in 1994. Tenslotte weet hij ook dat de verweerster een universitair diploma management behaald heeft in Rwanda maar stelt hij dat ze haar rapport middelbaar onderwijs zou vervalst hebben. Deze kennis van de situatie van de verweerster kan de eiser enkel opgedaan hebben door een voldoende nauwe band met haar te hebben opgebouwd. Ook dit vormt een tegenindicatie voor een schijnhuwelijk.

De vordering van de eiser wordt dan ook afgewezen als ongegrond.

2.4. De gerechtskosten

Gezien de vordering van de eiser ongegrond is, dienen de gerechtskosten te worden betaald door de eiser.

De gerechtskosten omvatten onder meer de rechtsplegingsvergoeding, zoals bepaald in artikel 1022 Ger.W. (artikel 1018,6° Ger.W.). De rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en de erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij (artikel 1022, lid 1 Ger.W.).

Artikel 1, lid 2, van het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 Ger.W. en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat, bepaalt dat de bedragen vastgesteld worden per aanleg.

De verweerster is de in het gelijk gestelde partij, zodat alleen voor haar een rechtsplegingsvergoeding dient te worden vastgesteld dewelke volledig en uitsluitend ten laste valt van de eiser. De vordering van de eiser is een niet in geld waardeerbare vordering waarvoor het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding gelijk is aan 1.320,00 euro (zie art. 3 K.B. 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, B.S. 9 november 2007, p. 56834).



Waar de eiser zelf aandringt op de toekenning van de basisrechtsplegingsvergoeding kan het basisbedrag toegekend worden.

2.5. De gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad

Art. 1399, eerste lid Ger.W. verzet zich tegen de voorlopige tenuitvoerlegging van vonnissen inzake nietigverklaring van het huwelijk.

OP DEZE GRONDEN,
DE RECHTBANK, op tegenspraak,

met inachtneming van de artikelen 2, 30, 34, 35, 36, 37 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Verklaart de vordering van de eiser ontvankelijk maar wijst deze af als ongegrond.

Veroordeelt de eiser tot het betalen van de kosten van deze procedure, die als volgt worden begroot:

- aan de zijde van de eiser:
 - € 264,83 dagvaardingskosten
- aan de zijde van de verweerster:
 - € 1.320,00 rechtsplegingsvergoeding

Aldus, gewezen en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de zeventiende familiekamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent op 15 januari tweeduizend vijftien.

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



Rechtbank van eerste aanleg te Gent, vonnis van 13 februari 2014

Incidente erkenning Pakistaans echtscheidingsvonnis – Artikel 22 WIPR – Weigeringsgronden artikel 25 WIPR – Geen verstoting – Erkenning huwelijksakte – Artikel 46 WIPR – Geen bigamie – Erkenning geboorteakte – Artikel 62 WIPR – Artikel 27 WIPR

Reconnaissance incidente d'un jugement de divorce pakistanaise – Article 22 CODIP – Motifs de refus article 25 CODIP – Pas de répudiation – Reconnaissance de l'acte de mariage – Article 46 CODIP – Pas de bigamie – Reconnaissance de l'acte de naissance – Article 62 CODIP – Article 27 CODIP

A. R. nr. [...]

De rechtbank nam inzage van de stukken, waaronder het hieraan gehecht verzoekschrift, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 7 maart 2013 en de conclusie van de verzoekers neergelegd ter zitting van 5 december 2013.

De verzoeker en de raadsman van de verzoekers werden gehoord tijdens de terechtingen van deze rechtbank en kamer (in raadkamer) van 5 december 2013, waarna de debatten gesloten werden.

Ter terechting van 16 januari 2014 werd het gunstig schriftelijk advies van het openbaar ministerie door eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen neergelegd, waarop niet gerepileerd werd en de zaak in beraad genomen werd.

Relevante feiten en voorwerp van de vordering

De verzoeker heeft de Belgische nationaliteit en de verzoekster heeft de Pakistaanse nationaliteit.

Ze zijn met elkaar gehuwd in Gujrat (Pakistan) op 20 maart 2005.

De verzoeker is op 16 maart 2006 Belg geworden (zie stuk 7 verzoekers, brief van de FOD Justitie).

De verzoekers hebben inmiddels 3 kinderen: R., geboren te [...] op [...], I., geboren te [...] op [...] en M., geboren te [...] op [...].

De twee oudste kinderen verkregen op 16 november 2009 de Belgische nationaliteit nadat de verzoeker (hun vader) ook de Belgische nationaliteit verworven had.

Bij het verzoek tot het afleveren van de Belgische paspoorten van de twee oudste kinderen werden de verzoekers geconfronteerd met een weigering van de Belgische ambassade in Islamabad. Aangezien het huwelijk tussen de verzoekers niet als geldig werd aanvaard werden de geboorteakte niet erkend aangezien de afstamming van de kinderen niet vaststond.

De verzoeker was vóór het huwelijk met de verzoekster gehuwd geweest en uit de echt gescheiden volgens het Pakistaans recht. Er worden problemen gemaakt omdat de verzoeker de in het Pakistaans recht bestaande wachttermijn om opnieuw te huwen gelijk aan 90 dagen niet zou gerespecteerd hebben. Volgens de verzoekers geldt deze wachttermijn evenwel enkel voor de vrouw en niet voor de man omdat deze enkel werd ingevoerd om afstammingsproblemen te vermijden. Verder verwijzen de verzoekers naar het feit dat ze al 8 jaar gehuwd zijn, samen 3 kinderen hebben en dat de verzoeker jaarlijks meermaals zijn echtgenote en kinderen in Pakistan gaat bezoeken. De toestand wordt wel onhoudbaar aangezien het in Pakistan onaanvaardbaar is dat een vrouw zonder echtgenoot leeft.

Aangezien het huwelijk dient erkend te worden, menen de verzoekers dat ook de geboorteakte van de drie kinderen kunnen erkend worden.

De verzoekers vragen concreet:

- hun huwelijk afgesloten te Gujrat (Pakistan) op 20 maart 2005 te willen erkennen;
- de geboorteakte van de kinderen R. S. U. (geboren te [...] op [...]), I. S. U. (geboren te [...] op [...]) en van M. S. U. (geboren te [...] op [...]) te willen erkennen;
- de kosten ten laste te leggen van de Belgische Staat.

Na advies van de procureur des Konings van 26 september 2013 zetten de verzoekers hun argumentatie uiteen (in hun conclusies neergelegd ter terechting van 5 december 2013) omtrent de eerdere echtscheiding van de verzoeker (argumentatie die ertoe zou leiden dat de verzoeker geen bigaam huwelijk zou gesloten hebben). De verzoeker meent dat er geen sprake was van een verstotting in de zin van art. 57 WIPR. Alleen de criteria van art. 25 WIPR zouden gecontroleerd moeten worden. Omtrent de erkenning van de geboorteakte ontwikkelen de verzoekers een argumentatie in ondergeschikte orde: voor het geval de rechtbank toch zou oordelen dat er sprake is van een polygaam huwelijk geldt de relatieve of verzachtende werking van de openbare orde (onder verwijzing naar het arrest van het GWH van 26 juni 2008 waarbij er gesteld wordt dat er geen onderscheid kan gemaakt worden tussen kinderen geboren binnen een polygaam huwelijk en andere kinderen). Verder verwijzen ze naar het feit dat een niet erkenning van het huwelijk en de geboorteakte zeer onrechtvaardigde gevolgen zou hebben.

Bovendien is het voor de verzoekers geen optie om de zaak te proberen regulariseren door de verzoeker eerst uit de echt te doen scheiden van zijn eerste echtgenote en nadien opnieuw te doen huwen met de verzoekster: voor de Pakistaanse autoriteiten is hij immers reeds met de verzoekster gehuwd. In België huwen is evenmin een optie vermits de verzoekster geen celibaatsattest zal kunnen voorleggen omdat ze in Pakistan reeds met de verzoeker gehuwd is. Gelijkaardige problemen doen zich voor wat betreft de afstamming ten aanzien van de drie kinderen.

Beoordeling

1. Incidenteel: is de verzoeker naar Pakistaans recht uit de echt gescheiden en is deze echtscheiding erkenbaar?

Alvorens te kunnen oordelen of het huwelijk van de verzoekers voor erkenning in aanmerking komt, dient eerst nagegaan te worden of de verzoeker die eerder gehuwd en gescheiden is,

effectief naar Pakistaans recht uit de echt gescheiden is en of deze echtscheiding in België erkennbaar is. Zoniet kan zich een probleem van bigamie stellen.

1.1. Het wettelijk kader van de erkenning van vreemde echtscheidingsvonnissen / echtscheidingsakten

Aangezien geen multilaterale noch bilaterale verdragen tussen België en Pakistan de erkenning regelen van het ter beoordeling liggend ‘echtscheidingsvonnis’ is het ‘gemeen’ erkenningsrecht zoals opgenomen in het WIPR van toepassing.

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

Volgens art. 24 WIPR dient deze rechtkant te beschikken over de volgende stukken:

1. een uitgifte van de beslissing die volgens het recht van de staat waar ze is gewezen, voldoet aan de voorwaarden nodig voor de echtheid ervan;
2. in geval van een verstekbeslissing, het origineel of een voor eensluidend verklaard afschrift van het document waaruit blijkt dat het stuk dat het geding heeft ingeleid of een gelijkwaardig stuk volgens het recht van de staat waar de beslissing is gewezen aan de niet verschenen partij is betekend of ter kennis gebracht;
3. enig document op grond waarvan kan worden vastgesteld dat de beslissing, volgens het recht van de staat waar zij is gewezen, uitvoerbaar is en betekend of ter kennis gebracht is.

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

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



9. de erkenning in strijd zou zijn met de weigeringsgronden bedoeld in de artikelen 39, 57, 72, 95, 115 en 121 WIPR.

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

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

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

1.2. De voorgaande regels toegepast op het concrete geschil

a. De feiten

De verzoeker is voor een eerste maal gehuwd geweest, namelijk met S. dochter van M. A.

Dit huwelijk werd bij vonnis van 31 oktober 2005 ontbonden nadat een akte van scheiding op 9 maart 2005 werd afgegeven door de verzoeker aan mevrouw S. (zie stuk 25 verzoekers). Een afschrift van deze akte van echtscheiding werd voorgelegd aan de Union Council nr. 107 voor zitting en beslissing.

a. Het voor erkenning voorliggende vonnis is gewezen op tegenspraak, de vereiste documenten werden voorgelegd

Naar het oordeel van de rechtbank kan er geen discussie over bestaan dat het Pakistaans echtscheidingvonnis gewezen is op tegenspraak. Dit blijkt uit stuk 25 van de verzoekers die een gelegaliseerde vertaling omvat van het echtscheidingsvonnis.

De vereiste gelegaliseerde en in het Nederlands vertaalde documenten van het ter beoordeling liggende vonnis worden voorgelegd.

b. Is er sprake van een huwelijksontbinding in de zin van art. 57 WIPR waardoor bijkomende controlegronden gelden?

Sedert de invoering van het WIPR moet onder ‘ontbinding van het huwelijk gegrond op de wil van de man’ zowel de eenzijdige verstoting (talak) als de verstoting met vergoeding (khol) worden begrepen (Advies Raad van State, Parl. St. Senaat 2001-02, nr. 2-1225/1, 280-284). Naar het oordeel van deze rechtbank is het niet de vraag of er sprake is van een verstoting of



geen verstoting maar wel of het gelijkheidsbeginsel gerespecteerd werd (zie o.m. J. Verhellen, *Het Belgisch wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, nr. 693) en of er geen sprake is geweest van de schending van (het algemeen criterium van) de rechten van verdediging.

Het voorgelegde afschrift van het echtscheidingsvonnis spreekt over een akte van echtscheiding die door de man werd afgegeven aan de vrouw. Verder leggen de verzoekers een vertaling voor van de ‘Muslim Family Laws Ordinance van 1961’ met als titel 7. Talaq (hun stuk 26). Dit hoofdstuk uit het familiewetboek omschrijft te ‘talaq’ als volgt: ‘(...) (1) *Iedere man, die van zijn vrouw uit de echt wil scheiden, zal zo vlug mogelijk na de uitspraak van de talaq in welke vorm dan ook, aan de voorzitter een schriftelijke kennisgeving geven van zijn als zodanig handelen, en moet een afschrift ervan aan de vrouw bezorgen (...)*’. Onder punt 8. wordt de ontbinding van het huwelijk anders dan talaq besproken als volgt: ‘(...) *Waar het recht tot echtscheiding behoorlijk aan de vrouw werd gedelegeerd en zij dat recht wenst uit te oefenen, of waar een van de partijen voor het huwelijk het huwelijk wenst te ontbinden op een andere wijze dan door de talaq, zullen de bepalingen van paragraaf 7 mutatis mutandis en voor zover van toepassing, toepasselijk zijn. (...)*’.

Er moet rekening gehouden worden met het feit dat de verstoting zeer diverse verschijningsvormen kan aannemen naargelang van het land van oorsprong. Naar het oordeel van deze rechtbank wijst de in het echtscheidingsvonnis opgenomen ‘akte van echtscheiding’ naar de eenzijdige ‘verstoting’ van de vrouw door de man. Het Pakistaans recht voorziet onder het hierboven beschreven punt 8. niet over een initiatiefmogelijkheid tot echtscheiding. Het recht tot echtscheiding kan immers enkel ‘gedelegeerd’ worden aan de vrouw.

De rechtbank dient aldus de andere criteria van art. 57 WIPR te onderzoeken alvorens al dan niet te besluiten tot de erkenbaarheid.

Vooreerst blijkt dat er wel degelijk een rechter is tussengekomen om de echtscheidingsakte te homologeren. Het wordt dan ook een rechterlijke beslissing waarop de regels van de erkenning van vonnissen toepassing vinden.

Verder was er geen band met België op het ogenblik van de echtscheiding aangezien de verzoeker toen nog de Pakistaanse nationaliteit had (hij verkreeg de Belgische nationaliteit pas op 16 maart 2006, zie de brief van de FOD Justitie, stuk 7 verzoekers) en in Pakistan zijn verblijfplaats had. Ook de toenmalige echtgenote van de verzoeker had geen enkele band met België: ze verbleef in Pakistan en had de Pakistaanse nationaliteit.

Tenslotte blijkt uit niets dat de vrouw niet op ondubbelzinnige wijze en zonder enige dwang de ontbinding van het huwelijk zou aanvaard hebben. Uit het feit dat de akte haar bekend werd gemaakt en dat haar moeder namens haar is verschenen mag aangenomen worden dat aan deze voorwaarde is voldaan. Bovendien werd ook een verzoeningspoging ondernomen en werd aan haar een onderhoudsgeld van 4500 roepies toegekend. Er was sprake van een zekere vorm van debat.

Naar het oordeel van deze rechtbank voldoet deze specifieke vorm van huwelijksontbinding aan punt 7 van de Pakistaanse wet van 1961 en is in deze concrete omstandigheden niet aangetoond dat de vrouw werd gedwongen.



In die omstandigheden is het bewuste echtscheidingsvonnis erkenbaar als ook de overige criteria van art. 25 WIPR voldaan zijn.

c. De criteria van art. 25 WIPR

Art. 25 WIPR sluit de controle van het geschil zelf of de herziening ten gronde uit evenals de controle van het toegepaste recht behalve in het geval van art. 25, § 1, 3° WIPR, namelijk het geval waarbij de beslissing *alleen* zou verkregen zijn om te ontsnappen aan de toepassing van het door het WIPR aangewezen recht, in een aangelegenheid waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken.

Uit niets blijkt dat de verzoeker louter en alleen door in Pakistan te gaan scheiden de bedoeling had om aan het normaal toepasselijke recht te ontsnappen of dat er een inbreuk gepleegd werd op de andere criteria van art. 25 WIPR.

Bij de vraag of de rechten van verdediging eventueel zouden geschonden zijn dient voornamelijk nagegaan te worden of de vrouw werd opgeroepen en gehoord tijdens de procedure en zij zich heeft kunnen verweren of in te stemmen met de echtscheiding.

Uit het voorliggend echtscheidingsvonnis blijkt dat de toenmalige echtgenote van de verzoeker werd opgeroepen om te verschijnen voor de rechtkant en dat ze werd vertegenwoordigd door haar moeder. Verder heeft de rechtkant ook een verzoeningspoging gedaan maar is deze daar niet in geslaagd. Na 90 dagen is de akte van echtscheiding verstrekken. Uit niets blijkt dat mevrouw S. zou gehandeld hebben onder dwang of dat haar rechten van verdediging zouden geschonden geweest zijn.

2. De vordering tot erkenning van de Pakistaanse huwelijksakte van 20 maart 2005

Vermits geen multilaterale of bilaterale verdragen van toepassing zijn op de erkenning van de Pakistaanse huwelijksakte is het “*gemeen*” erkenningsrecht van toepassing zoals opgenomen in het Wetboek voor Internationaal privaatrecht van 2004 (afgekort WIPR).

Artikel 27 §1 WIPR bepaalt dat een buitenlandse authentieke akte in België door alle overheden wordt erkend zonder dat een beroep dient gedaan op enige procedure (erkennung van rechtswege), indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijk recht en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 (wetsontduiking) en 21 WIPR (openbare orde-exception). Indien de erkenning geweigerd wordt, kan beroep worden ingesteld bij de rechtkant van eerste aanleg. In dat geval geldt de procedure zoals beschreven in art. 23 WIPR (zie hierover: H. Storme, “Deel III. De erkenning en uitvoerbaarverklaring van vreemde rechterlijke beslissingen en akten”, in J. Erauw en mede-auteurs, *Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Gandaius, Kluwer, 2009, nr. 215 e.v.).

Om een erkenning te bekomen moet de verzoeker de documenten voorleggen die in art. 24 WIPR worden opgesomd, voor zover zij van toepassing zijn ten aanzien van authentieke akten. In de praktijk zal het gaan om een uitgifte die voldoet aan de voorwaarden nodig voor de echtheid. Daarenboven moet de akte voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de staat waar ze werd opgesteld nodig zijn voor haar echtheid (art. 27 § 1, 2) en moet de akte rechtsgeldig zijn overeenkomstig het recht dat volgens het Belgisch wetboek op de betrokken rechtsverhouding toepasselijk is.



Dit betekent dat wanneer het om een huwelijksakte gaat de partners voor de *grondvoorraarden* om te huwen dienen te voldoen aan het recht van het land waarvan zij de nationaliteit hebben (art. 46 lid 1 WIPR) en moeten zij de *vormvereisten* van het recht van het land waar het huwelijk werd gesloten in acht genomen hebben (art. 47 § 1 WIPR). Op die manier wordt het conflictenrecht getoetst.

Verder vermeldt art. 27 WIPR uitdrukkelijk dat bij die controle de artikelen 18 en 21 WIPR moeten in acht genomen worden. Er mag met andere woorden geen rekening gehouden worden met feiten en handelingen die als enig doel wetsontduiking hebben. Hier wordt nagegaan of de aanknopping berust op een rechtsfeit of rechtshandeling die niet uitsluitend gekozen werd om het toepasselijk recht te doen veranderen of ook niet geveinsd werd. Bovendien blijft ook de openbare orde-exception van toepassing: het door het wetboek aangewezen vreemde recht dat de in de akte vervatte rechtshandeling in principe beheerst, zal daardoor voor de controle van de rechtsgeldigheid conform art. 27 WIPR in bepaalde gevallen moeten vervangen worden door een andere relevante bepaling uit dat vreemde recht of uit het Belgisch recht.

De rechtbank stelt vast dat:

- stuk 1 van de verzoekers een gelegaliseerde versie is van een kopie van de huwelijksakte in het Pakistaans en een gelegaliseerde vertaling ervan; De rechtbank is van oordeel dat de betrokken huwelijksakte qua vorm rechtsgeldig werd opgesteld conform het Pakistaans recht;
- er geen discussie kan over bestaan dat de art. 18 en 21 WIPR niet van toepassing zijn: het houdt geen wetsontduiking in om te huwen in Pakistan nu de verzoekster de Pakistaanse nationaliteit heeft en de verzoeker inmiddels de Belgische nationaliteit heeft maar van Pakistaanse origine is; van enige noodzakelijke vervanging van de toepasselijke Pakistaanse wetgeving is evenmin sprake nu er geen strijdigheid met de Belgische openbare orde bewezen is.

Rest dan de vraag of voormeld huwelijk werd afgesloten mits naleving van de grondvoorraarden om te huwen volgens de beide nationale wetten van de echtgenoten.

Zeker in het Belgisch recht is het niet toegelaten om een huwelijk te sluiten wanneer een van de echtgenoten nog gehuwd is (verbod op bigamie of polygamie). Waar het eerder echtscheidingsvonnis hierboven erkennbaar is, is er geen sprake van bigamie in hoofde van de verzoeker.

Verder wordt bezwaar gemaakt omdat de wachttijd van 90 dagen (tussen echtscheiding bij akte van 9 maart 2005 en nieuw huwelijk op 20 maart 2005) zoals voorgeschreven door het Pakistaans recht niet in acht zou zijn genomen door de verzoeker (toetsing Pakistaanse grondvoorraarden conform art. 46 WIPR).

Zoals blijkt uit de door de verzoekers voorgelegde stukken bedraagt deze wachttermijn van 90 dagen een termijn voor de *vrouw* (iddat genoemd): bij ontbinding van het huwelijk door scheiding duurt de wachttijd drie menstruatieperiodes en voor het geval dit om fysische redenen niet meer mogelijk is, bedraagt dit drie islamitische kalendermaanden (zie o.m. stuk 10 en 12 verzoekers). Uit stuk 12 van de verzoekers (een attest van een Pakistaanse magistraat



van 13 december 2011) blijkt dat de man een tweede huwelijk eender wanneer kan aangaan na de echtscheiding van zijn echtgenote. Hem wordt geen ‘iddat’-periode ten laste gelegd.

Het huwelijk afgesloten op 20 maart 2005 na de echtscheiding van 9 maart 2005 was aldus perfect mogelijk in hoofde van de verzoeker.

Bij gebreke aan andere bezwaren kan de Pakistaanse huwelijksakte erkend worden.

3. De erkenning van de Pakistaanse geboorteakte

Dezelfde hierboven opgesomde erkenningscriteria gelden voor de drie voorliggende Pakistaanse geboorteakte.

Waar gelegaliseerde geboorteakte voorliggen en de drie kinderen geboren zijn binnen het huwelijk van de verzoekers (dat hierboven erkend werd) en het Belgisch recht (het recht van de nationale wet van de potentiële vader op het ogenblik van de geboorte was het Belgische recht) de vaderschapsregel van de echtgenoot van de moeder toepast, hebben de voornoemde drie kinderen de verzoeker als vader.

Waar de rechtsgeldigheid van de drie aktes wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijk recht (art. 62 WIPR) en noch de toepassing van artikel 18 (wetsontduiking) noch de toepassing van art. 21 WIPR (openbare orde-exception) zich opdringen, bestaat er geen enkel bezwaar om de drie geboorteakte niet te erkennen.

Ook op dit verzoek kan ingegaan worden.

4. De gerechtskosten

De verzoekers vragen over de kosten te beslissen als naar recht.

Het huidige verzoek wordt behandeld op eenzijdig verzoekschrift en doet geen geschil ontstaan waarbij de ene partij in het gelijk wordt gesteld en de andere partij in het ongelijk wordt gesteld in de zin van art. 1017, eerste lid, Ger. W.. De eisers op eenzijdig verzoekschrift hebben geen recht op een rechtsplegingvergoeding vanwege de afwezige tegenpartij (zie hierover ook: L. Samoy en V. Sagaert, ‘De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat’, *R.W.* 2007-08, 684-685; J.F. Van Drooghenbroeck en B. De Coninck, ‘La loi du 21 avril 2007’, *J.T.* 2008, 47-48).



OP DEZE GRONDEN,
DE RECHTBANK,

met inachtneming van:

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

Verklaart de verzoeken van de verzoekers tot erkenning ontvankelijk en gegrond als volgt.

ERKENT

1. de huwelijksakte, opgesteld te Gujrat (Pakistan) op 20 maart 2005 (ingeschreven onder de derde folio, nummer 45) waarin het huwelijk tussen de verzoekers wordt afgesloten en
2. de geboorteakte van
 - a. R. S. U. (geboren te [...] (Pakistan) op [...]),
 - b. I. S. U. (geboren te [...] (Pakistan) op [...]) en van
 - c. M. S. U. (geboren te [...] (Pakistan) op [...]).

Laat de kosten van deze eenzijdige procedure ten laste van de verzoekers en begroot deze kosten op € 60,00 rolrecht.

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

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



RECHTSLEER/DOCTRINE

Patrick Wautelaet (Université de Liège) et Jinske Verhellen (Universiteit Gent) - L'ordre public, la révision au fond et la légalisation: bref commentaire de la circulaire du 14 janvier 2015 relative à la légalisation

Le SPF Affaires Etrangères a adopté en janvier 2015 une nouvelle circulaire relative à la légalisation (*M.B.*, 22 janvier 2015). Cette circulaire remplace la circulaire précédente, adoptée en 2006 (circulaire du 14 décembre 2006 portant instructions en matière de légalisation, *M.B.*, 11 janvier 2007). Au premier regard, l'adoption de cette nouvelle circulaire permet de tenir compte de l'entrée en vigueur du Code consulaire (Loi du 21 décembre 2013 portant le Code consulaire, *M.B.*, 21 janvier 2014). Le chapitre 7 de ce Code est en effet consacré à la légalisation et à l'examen des documents étrangers. Il indique quelle autorité est compétente pour procéder à la légalisation d'un document (art. 33) et confirme la pratique antérieure des 'remarques' pouvant être apposées sur un acte étranger lorsqu'un doute sérieux existe sur l'authenticité de l'acte ou sur l'authenticité de son contenu (art. 34). Tous ces textes font référence à l'article 30 du Code de droit international privé, disposition qui constitue le socle de base dans cette matière puisqu'elle pose l'obligation de soumettre les décisions ou actes étrangers à la formalité de la légalisation avant leur utilisation en Belgique, sous réserve bien entendu du traitement plus favorable accordé par des instruments internationaux (dont notamment la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers). Le cadre réglementaire belge se complète d'un arrêté royal adopté le 12 juillet 2006 à propos de la légalisation (*M.B.*, 11 janvier 2007)¹.

La circulaire de 2015 reprend à son compte la plupart des éléments qui figuraient déjà dans la précédente version de la circulaire. Sont ainsi passés en revue les questions de définition et de compétence, le périmètre des documents visés par la légalisation, les formalités à accomplir ainsi que les circonstances qui peuvent justifier un refus d'accorder la légalisation et la pratique des remarques apposées sur les documents étrangers.

Deux éléments importants ne manquent néanmoins pas d'attirer l'attention à la lecture de la circulaire révisée: 1) l'introduction d'un contrôle de l'ordre public à l'occasion de l'examen de la demande de légalisation et 2) l'octroi au SPF Affaires étrangères d'une possibilité additionnelle de contrôle en parallèle, voire même au-delà de la demande de légalisation.

1. L'ordre public

Après avoir rappelé que la légalisation peut être refusée lorsque la signature apposée sur le document étranger n'est pas celle du fonctionnaire compétent, que le signataire n'était pas compétent ou que le timbre ou le sceau est faux, falsifié ou inusité, le SPF Affaires étrangères indique que "*[l]a légalisation peut aussi est refusée si le document présenté est jugé contraire à l'ordre public belge*".

Cette précision suscite nombre d'interrogations. La circulaire ne précise pas à quelle notion de

¹Sur l'ensemble du cadre légal, voy. F. KORKMAZER, "De regels van de legalisatie van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten nader bepaald", *TVW*, 2007, 200-202; S. KONINGS, "Artikel 30", in *Internationaal Privaatrecht*, T. KRUGER, G. VAN CALSTER, J. VERHELLEN et P. WAUTELET (éd.), die Keure, 2014, 29-31.



l'ordre public il est fait référence: s'agit-il de l'ordre public de droit interne, que l'on a coutume de lier à l'article 6 du Code civil, ou du concept, au contenu différent, retenu en droit international privé (article 21 du Code de droit international privé)? Quelle que soit la définition retenue, ce sont tant l'intervention de l'ordre public que ses effets dans le domaine de la légalisation qui suscitent des questions.

Si l'on se penche sur l'intervention de l'ordre public, force est de constater que l'intrusion de ce concept dans le processus de légalisation contraste de manière radicale avec la conception généralement admise de la légalisation. Celle-ci constitue une vérification limitée des documents (actes et décisions) émanant d'un Etat étranger. Comme le rappelle l'article 30 du Code de droit international privé, la légalisation "n'atteste que la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont l'acte est revêtu". Le contrôle auquel l'autorité belge chargée de la légalisation doit procéder, ne porte dès lors aucunement sur le contenu de l'acte ou de la décision étrangère. La mission de cette autorité se limite, pour les besoins de la légalisation, à vérifier des éléments qui n'ont pas de lien avec la validité substantielle de l'acte ou de la décision. La circulaire confirme expressément ce point: la formule de légalisation utilisée indique que la légalisation ne garantit pas l'authenticité du contenu du document, ce qui, selon la circulaire, vise à éviter de donner l'impression aux autorités confrontées au document que le contenu a également été vérifié².

La portée limitée de la légalisation n'est pas une nouveauté: elle est inhérente au concept lui-même. On en trouve des manifestations tant à propos d'instruments internationaux que dans le cadre belge. C'est ainsi que l'article 2 de la Convention de La Haye de 1961 précise que la légalisation "ne recouvre que la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur le territoire duquel l'acte doit être produit attestent la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu"³.

Il est vrai que dans certains Etats, la légalisation n'a pas seulement pour effet d'attester la véracité de la signature et la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi, mais qu'elle peut produire des effets plus étendus⁴. Cette conception étendue n'a néanmoins jamais été retenue en Belgique. Comme il a été rappelé lors de la codification du droit international privé belge, le contrôle requis lors de la légalisation se limite à des vérifications formelles. Il est en effet "distinct d'une vérification de la reconnaissance de la décision ou de la validité de l'acte au regard du droit normalement applicable, vérification qui relève des autres dispositions pertinentes du Code"⁵. Ceci explique que la légalisation est intimement associée à la

²Sous le point 2.5.

³Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers. Une définition identique figure à l'article 3 de la Convention relative à la suppression de la légalisation d'actes dans les Etats membres des Communautés européennes (Bruxelles, 25 mai 1987, Loi du 27 novembre 1996).

⁴Voy. les explications de Y. LOUSSOUARN, Rapport explicatif relatif à la Convention apostille de 1961, *Actes et documents de la neuvième session*, T. II – légalisation, Bureau permanent de la Conférence, 1961, 178.

⁵Exposé des motifs, Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, SO 2003, 3-27/1, 59. Voy. également l'exposé des motifs du Code consulaire dans lequel il est indiqué que les dispositions du Code relatives à la légalisation "ne chang[ent] rien sur le fond à l'obligation de légalisation ni à la portée de la légalisation qui, pour mémoire, ne fait que confirmer la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu". Et les auteurs du texte ajoutent que "[la légalisation] ne se prononce donc pas sur l'authenticité matérielle ou sur l'exactitude juridique du contenu du document légalisé" (Projet de loi portant le Code consulaire, 29 mai 2013, Chambre des Représentants, *Doc. Parl.*, 53-2841/001, 16).



vérification de la seule force probante extrinsèque d'un document (acte ou décision) étranger⁶, ce que la circulaire confirme d'ailleurs expressément⁷. On enseigne à ce titre que la formalité de la légalisation ne conduit nullement l'autorité à apprécier l'un des motifs de refus qui pourrait être opposés à l'acte ou à la décision étrangère⁸. Par ailleurs, l'absence de légalisation ne prive pas le document étranger de sa validité. Le défaut de légalisation ne conduit qu'à suspendre la prise en considération de l'acte ou de la décision jusqu'à l'obtention de la légalisation. C'est ainsi que les services de la publicité foncière refuseront de prendre en considération un acte non légalisé et qu'une juridiction surseoirà statuer sur l'exequatur de la décision tant que celle-ci n'a pas fait l'objet d'une légalisation.

Il est vrai aussi que la légalisation diffère de la simple certification de signature, qui constitue une vérification *matérielle* d'une signature, sans contrôle de la qualité du signataire de l'acte. Il n'en reste pas moins que le processus de légalisation se limite à la seule signature et à la qualité de l'auteur de celle-ci, comme en témoigne la définition retenue par le législateur français⁹.

Bref, l'intervention de l'ordre public dans le processus de légalisation ne manque pas d'étonner. L'ordre public joue un rôle important dans la politique d'accueil des actes et décisions étrangères. Il est plus difficile d'apercevoir quel rôle cette notion peut jouer dès lors que la légalisation se limite au contrôle de l'authenticité de certains éléments du document étranger.

L'on pourrait objecter que l'ordre public constitue un mécanisme de portée générale, dont l'application s'impose dans toutes les circonstances. Nul ne songe à nier l'importance de ce mécanisme. Dans les relations internationales privées, ce que l'on désigne communément par exception d'ordre public a comme fonction de modaliser l'accueil réservé en Belgique à ce qui s'est fait à l'étranger. Qu'il s'agisse d'un acte ou d'une décision, les conséquences de son accueil peuvent heurter de manière manifeste certains principes fondamentaux structurant l'ordre juridique belge. Ainsi, nul ne songerait à retenir l'application en Belgique de la loi d'un Etat étranger qui accorderait des droits successoraux moins importants à certains héritiers qu'à d'autres parce que les premiers sont de sexe féminin. De même, on n'hésitera pas à refuser de tenir compte en Belgique d'une décision étrangère qui a rejeté une prétention formulée par un enfant au motif que celui-ci est né hors mariage. Ces exemples permettent de montrer que s'il s'agit d'un mécanisme de nature générale, l'ordre public n'a vocation à intervenir qu'en présence d'un véritable 'choc de valeurs'. Ce mécanisme trouve sa justification dans la mobilisation par deux ordres juridiques distincts de règles juridiques fondées sur des présupposés diamétralement opposés. C'est cet antagonisme qui nourrit l'ordre public.

On peine à trouver un tel antagonisme lorsque se pose la question de la légalisation: cette vérification, importante, ne vise aucunement à apprécier le contenu ou les effets d'un acte ou d'une décision étrangère. De l'aveu du législateur lui-même, la légalisation ne s'intéresse qu'à

⁶C'est en effet au titre de cette force probante extrinsèque que MM. Fallon et Rigaux examinent la formalité de la légalisation (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3ème éd., Larcier, 2015, 458, n° 10.47).

⁷Sous le point 2.2. (but de la procédure de légalisation).

⁸F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, 458, n° 10.47. MM. Erauw et Storme indiquent dans le même sens que la légalisation "constitueert geen administratieve 'erkennung' en ze waarborgt niet de authenticiteit van de inhoud van het document" (J. ERAUW et H. STORME, *Internationaal privaatrecht*, Kluwer, 2009, 272, n° 197).

⁹Art. 2 du décret n° 2007-1205 du 10 août 2007 relatif aux attributions du ministère des Affaires étrangères, des ambassadeurs et des chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'actes (*J.O.*, 12 août 2007). Selon cette disposition, la légalisation "est la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu".



certaines mentions figurant dans l'acte étranger. Il n'est certes pas à exclure qu'une situation se présente dans laquelle des difficultés relatives à la signature ou à la qualité du signataire d'un acte étranger, se présentent sous un jour tel que l'on puisse évoquer un risque de violation de principes fondamentaux. Il est néanmoins fort difficile d'identifier un exemple concret d'une telle situation.

Au demeurant, il faut bien garder à l'esprit que la légalisation n'est qu'une première étape dans le processus parfois long d'accueil d'un acte ou d'une décision étrangère. La légalisation ne dispense aucunement du contrôle de ces actes et décisions. En schématisant, ce contrôle repose pour les actes sur une appréciation de la conformité de l'acte étranger à la loi désignée par les règles belges de droit international privé (le 'test conflictuel'). L'article 27 du Code de droit international privé ajoute à ce contrôle la nécessité de veiller au respect de l'ordre public de droit international privé. Pour les décisions étrangères, l'appréciation est fondée sur l'absence de violation de l'ordre public et le respect des droits de la défense. L'ordre public demeure toujours au rendez-vous une fois la barrière de la légalisation franchie, même lorsque l'acte ou la décision étrangère bénéficie d'un régime simplifié de circulation. Comme l'indique M. Erauw, l'octroi de la légalisation ne signifie pas nécessairement que l'acte légalisé peut sortir ses effets en Belgique: la légalisation est, selon les termes de M. Erauw, une condition nécessaire mais non suffisante pour que l'acte puisse être utilisé en Belgique¹⁰. Au vrai la circulaire confirme de manière expresse ce point puisqu'elle indique que le fait qu'une décision judiciaire étrangère ou un acte authentique étranger ait fait l'objet d'une légalisation ne signifie pas qu'il doit être accepté en Belgique¹¹. L'utilisation de l'ordre public au stade de la légalisation n'est dès lors pas seulement incongrue, elle est également foncièrement inutile.

2. Enquête sur un document étranger: examen au fond

La circulaire évoque également l'examen des documents étrangers. A cet égard, la circulaire semble se cantonner à une simple explicitation des termes de l'article 34 du Code consulaire. A bien y réfléchir cependant, il est patent que la circulaire va plus loin que cette disposition.

L'article 34 donne une assise légale à la pratique des remarques apposées sur un document annexe, pratique qui était déjà décrite dans la circulaire de 2006. A l'origine, cette enquête visait à déterminer si le document étranger ne présentait pas des "anomalies" (terme utilisé par la circulaire de 2006) manifestes. L'enquête se limitait dès lors aux problèmes apparaissant "*prima facie*"¹². Les anomalies visées étaient les erreurs matérielles, comme le fait qu'une personne soit renseignée comme étant célibataire, alors qu'elle avait déclaré être mariée. La portée de l'examen tel qu'envisagé à l'époque était limitée. Les remarques apposées à l'occasion de la légalisation ne pouvaient concerner que des éléments "objectifs" relatifs "soit à un fait rapporté de manière erronée dans la décision judiciaire étrangère ou l'acte authentique étranger", soit au non-respect de la législation locale sur un ou plusieurs points précis. A bien des égards, ce contrôle s'éloignait déjà sensiblement de celui nécessaire pour la légalisation. Il ne s'agissait néanmoins pas d'une contrôle plein et entier du document étranger.

Cette pratique des 'remarques' a reçu une assise légale dans le Code consulaire. Bien plus, l'article 34 du Code consulaire semblait avoir déjà élargi le champ d'investigation: l'article 34 permettait aux services consulaires d'effectuer une enquête lorsqu'il existe un "doute sérieux"

¹⁰J. ERAUW, "Article 30", in *Commentaire du Code de droit international privé*, J. ERAUW et al., (éds.), Bruylant, 2006, 164.

¹¹Point 3.1 de la circulaire.

¹²Expression utilisée par la circulaire de 2006.

tant sur l'authenticité du document que sur l'authenticité du contenu du document émanant de l'étranger. Ceci permettait déjà aux autorités belges d'examiner le document étranger dans son ensemble, sans se cantonner aux anomalies ou erreurs les plus manifestes.

La nouvelle circulaire élargit encore le périmètre de contrôle: il est en effet question d'un "examen sur le fond, indépendant de l'examen 'formel' propre à la légalisation"¹³. Ouvrant encore plus largement le champ du contrôle, la circulaire indique même que "l'enquête peut avoir lieu avant ou après la légalisation, elle peut porter sur un document apostillé ou dispensé de légalisation, et elle peut être réalisée indépendamment d'une éventuelle remarque *prima facie* annexe à la légalisation"¹⁴.

Ce faisant, la circulaire semble mettre en place un mécanisme *autonome* de vérification des documents (décisions judiciaires et actes authentiques) étrangers. Ce mécanisme n'est plus nécessairement lié à la légalisation. La vérification peut même intervenir à l'égard de documents dispensés de la formalité de la légalisation. Ainsi, la circulaire permettrait au SPF Affaires étrangères d'examiner par le menu une décision judiciaire émanant d'une juridiction turque ou encore un acte authentique dressé par une autorité du Kirghistan, alors même que ces deux Etats sont liés par la Convention de La Haye de 1961 qui supprime l'exigence de légalisation. L'on peut se demander à quelle occasion le SPF Affaires étrangères serait amené à se prononcer sur ces documents. L'ambition est-elle de consacrer une autre pratique, qui voit des autorités communales ou d'autres autorités confrontées à de tels documents émanants d'autorités kirghizes ou d'autres Etats, en référer au SPF Affaires Etrangères afin que celui-ci initie une enquête ? Ce faisant, l'on se rapprocherait du système centralisé de contrôle des actes et documents étrangers revendiqués par certains acteurs locaux¹⁵, mais dont il faut bien admettre qu'il est en contradiction directe avec le système de reconnaissance de plein droit des décisions judiciaires étrangères et des actes étrangers adopté par le législateur en 2004. L'on peut enfin s'interroger sur l'encadrement d'un tel contrôle: la circulaire n'est guère explicite à propos de "l'examen au fond" qu'elle met en place. S'agit-il pour le SPF Affaires étrangères de procéder au test conflictuel retenu par l'article 27 du Code de droit international privé à l'égard des actes authentiques étrangers? Dans ce cas, les termes utilisés par la circulaire manquent singulièrement de précision. Et comment comprendre cet examen au fond à propos des décisions étrangères alors que l'article 25 § 2 du Code prévoit qu'"en aucun cas, la décision judiciaire étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond"? Aucune de ces questions, pourtant cruciales, ne trouve - ne fut-ce qu'un début - de réponse dans la circulaire.

En guise de conclusion

Au total, il semble que l'introduction d'une référence à l'ordre public dans le processus de légalisation ainsi que la revendication par le SPF Affaires étrangères d'un pouvoir de contrôle autonome des documents étrangers participent du mouvement général de méfiance à l'égard des documents étrangers. La pratique des remarques apposées sur les documents étrangers constituait déjà un développement, critiquable selon nous¹⁶, témoignant de cette défiance. Nul

¹³Point 3.2 de la circulaire.

¹⁴Idem.

¹⁵Voy. S. HEYLEN, "Naar een centrale dienst voor buitenlandse akten en gerechtelijke beslissingen?", *De Burg. St.*, 2013, 27-41.

¹⁶Sur le risque que les "remarques" apposées sur un document étranger légalisé dictent l'approche que retiendront les autorités belges confrontées à ce document, l'autorité morale s'attachant à ces remarques obscurcissant la nécessité d'un examen ad hoc par l'autorité belge, voy. J. VERHELLEN, "Het nieuwe Belgische Consulair Wetboek toegelicht", *R.W.*, 2014-2015, (403), 412 et P. WAUTELET in « Les relations familiales internationales – retour sur trois tendances majeures », in *Etats généraux du droit de la famille. Actualités juridiques et judiciaires de la*



ne niera la nécessité de combattre les tentatives de fraude. L'appareil légal mis en place en Belgique permet déjà à suffisance de combattre les tentatives de fraude – sur le plan civil, le test conflictuel imposé par l'article 27 du Code pour les actes étrangers et l'obstacle de l'ordre public (art. 25 du Code) constituent des mécanismes dont l'efficacité a été démontrée. L'introduction d'une référence à l'ordre public au stade de la légalisation procède d'un mélange des genres bien mal inspiré. On peut dès lors espérer que le SPF Affaires Etrangères fera bien vite disparaître cette mention susceptible d'entraîner une inutile confusion dans le chef tant des praticiens que des justiciables. Quant à l'apparition d'un contrôle au fond des actes et décisions étrangères, elle ne manque pas d'interpeller. Le moins que l'on puisse attendre des autorités publiques dans un Etat de droit, c'est une certaine cohérence et un respect pour les principes de base de la législation. Le principe posé par le Code de droit international privé est celui de la reconnaissance de plein droit des actes et des décisions judiciaires étrangères. La reconnaissance de plein n'équivaut pas à une reconnaissance sans contrôle. Comme rappelé, le législateur a prévu plusieurs possibilités de contrôle des actes et décisions étrangères. L'introduction d'un mécanisme 'para-légal' de vérification du 'contenu' de ces actes et décisions mine l'œuvre législative. Le sort des actes et des décisions étrangères en Belgique mérite mieux que cette intervention fort peu transparente. Nous espérons dès lors que la circulaire fera l'objet d'une nouvelle révision qui rendra à cet instrument le rôle qui doit être le sien, à savoir fournir des renseignements pratiques et des précisions à propos d'un texte législatif. Au final, l'incertitude que fait peser la circulaire sur ces actes et décisions ne manquera pas de rejoindre à terme sur le crédit accordé par les autorités étrangères aux actes et décisions belges. L'on peine à voir dans quelle mesure ceci participe d'un bon service aux contribuables.

famille en 2014, Bruylant, 2014, (203), 231-232.

Patrick Wautelet (Université de Liège) - Les procédures concurrentes en Europe: les innovations du Règlement 1215/2012

Le Règlement Bruxelles *Ibis*¹ a été adopté au terme d'un processus de 'reformatage' qui a fait l'objet d'abondants commentaires. L'une des nombreuses questions qui ont retenu l'attention des négociateurs portait sur la concurrence de procédures. Le rapport Heidelberg avait identifié certaines difficultés à propos du mécanisme de la litispendance². Dans son projet initial, la Commission n'avait pas non plus proposé de modification substantielle du mécanisme mis en place pour appréhender les procédures concurrentes. L'on ne s'étonnera dès lors guère que la nouvelle version du texte demeure dans l'ensemble fidèle aux principes bien connus. La priorité temporelle demeure le principe de solution. A bien considérer les évolutions récentes du droit international privé européen, ce mécanisme a d'ailleurs acquis valeur de principe général. L'on en retrouve en effet des applications dans l'ensemble des règlements récemment adoptés.

A l'instar d'autres thèmes, l'ambition du nouveau Règlement n'est pas de révolutionner, mais bien d'affiner des principes bien admis. Le Règlement Bruxelles *Ibis* apporte certains éclairages et précisions qui sont utiles (section 1). Sur un point particulier, le Règlement va plus loin que le texte antérieur: le traitement des situations de concurrence de procédures intéressant des Etats tiers fait l'objet de nouvelles dispositions (section 2). L'ensemble de ces éléments sera abordé succinctement.

Section 1. Les procédures concurrentes au sein de l'Union européenne

Comme pour d'autres sujets, la refonte du Règlement Bruxelles I a conduit non pas à une révolution, mais bien à un aménagement portant essentiellement sur des questions somme toute relativement secondaires. C'est ainsi que le principe même de la coordination des procédures concurrentes par la priorité chronologique demeure inchangé. Le Règlement Bruxelles *Ibis* fait confiance, comme l'ensemble des autres règlements européens³, à la seule priorité chronologique. Ce système qui donne une prime au premier arrivé, est sans doute apparu comme le moins mauvais des principes de solution⁴.

La refonte n'a pas non plus modifié les conditions liées à l'identité des parties : le texte évoque encore l'identité d'objet, de cause et de parties, dont on sait qu'elles ont reçu une interprétation extensive de la part de la Cour de justice.

Quelques modifications sont néanmoins apportées au régime des procédures concurrentes : les premières ont trait à la mise en œuvre de la priorité temporelle (A), la deuxième à l'impact

¹Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *J.O.*, 20 décembre 2012 L-351/1.

²B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and Enforcement in the EU*, Beck/Hart/Nomos, 2008, 100-126.

³Voy. l'article 17 du Règlement 650/2012 (successions), l'article 12 du Règlement 4/2009 (aliments) ou encore l'article 19 du Règlement Bruxelles II^{ibis}.

⁴On lira avec intérêt les considérations de Mme Moissinac qui a proposé au terme d'une étude fondamentale, de retenir comme nouveau fondement au mécanisme de résolution des conflits de procédure une solution fondée sur l'identification du juge le plus compétent : V. MOISSINAC MASSÉNAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, 2007, 327 p.

d'une clause d'élection de for (B). L'on signalera que ces modifications n'ont pas touché à la possibilité pour un juge second saisi d'adopter des mesures provisoires ou conservatoires⁵ ni au règlement de la connexité européenne⁶. On notera aussi que la proposition formulée par la Commission de prévoir une règle visant la concurrence entre une procédure arbitrale et une procédure engagée devant un juge étatique, n'a pas été retenue⁷.

A. La détermination de la date de saisine

Le mécanisme retenu pour la litispendance impose au juge second saisi de se dessaisir en faveur du juge premier saisi. Avant de ce faire, deux questions doivent être résolues : la plus importante concerne la date de saisine respective des deux juridictions, puisque cette date est la clé de voûte du système. Les juridictions doivent également s'interroger sur leur compétence respective.

Le régime de la vérification de la compétence en cas de saisine concurrente ne se laisse pas directement déduire du texte européen. Les principes applicables ont été dégagés par la Cour de justice. Celle-ci a décidé qu'il n'appartient pas au juge second saisi de contrôler la compétence du juge premier saisi. Cette appréciation revient au seul juge premier saisi, que sa compétence soit fondée sur le Règlement ou sur un autre texte⁸. La règle européenne indique néanmoins ce que le juge second saisi peut faire : il doit surseoir (d'office) à statuer jusqu'à ce que la compétence du juge premier saisi soit établie. Ce principe conserve toute sa validité sous l'empire du Règlement Bruxelles *Ibis*.

S'il peut examiner sa propre compétence, étant seul habilité à le faire, l'on peut se demander si le juge second saisi est *tenu* de procéder à cet examen. A priori, cette vérification s'impose nécessairement puisqu'il n'y a pas de litispendance si l'une des deux juridictions saisies concurremment n'est pas compétente. Il n'en demeure pas moins que l'on peut se demander s'il est nécessaire de façon absolue de procéder à cet examen. Si un juge constate qu'un autre a été saisi antérieurement, ne peut-il pas attendre que ce dernier constate qu'il est compétent? Ce simple constat suffirait à lui accorder priorité, le juge second saisi devant nécessairement se dessaisir. La vérification de sa propre compétence par le juge second saisi aurait alors été inutile. Dans la grande majorité des cas, la question n'a qu'une importance réduite. Le juge

⁵La Commission avait proposé d'introduire une nouvelle règle imposant aux juridictions de coopérer afin d'assurer une bonne coordination entre la procédure au fond et une demande de mesures provisoires lorsque celle-ci est formée devant les juridictions d'un autre Etat membre que celui dans lequel la procédure au fond est pendante.

⁶Sous une réserve, qui porte sur la possibilité pour une juridiction de faire droit à une exception de connexité lorsque la procédure dont elle est saisie, est en degré d'appel. L'on se souvient que le Règlement 44/2001 avait corrigé le texte initial (à savoir l'article 22 § 2 de la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968), en précisant que la connexité pouvait être utilisée "lorsque les demandes sont pendantes en appel". La nouvelle version du texte affine encore le mécanisme qui peut dorénavant être appliqué lorsque la demande devant la juridiction première saisie est pendante au premier degré (art. 30 § 2), ce qui empêche le jeu de la connexité lorsque la juridiction seconde saisie est une juridiction d'appel. La justification de cette modification n'apparaît pas clairement. Selon M. Egea, il faut se réjouir de cette modification dans la mesure où elle induit un assouplissement qui participe d'un mouvement plus large de coordination effective entre les juridictions des Etats membres (V. EGEA, "La résolution des conflits de procédures dans le Règlement Bruxelles *Ibis*", in *Le nouveau Règlement Bruxelles *Ibis**, E. GUINCHARD (éd.), Bruylants, 2014, (147), 150).

⁷Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), COM(2010) 748 final. Le nouvel article 29(4) du Règlement aurait imposé aux juridictions d'un Etat membre de donner la priorité au tribunal arbitral saisi d'un litige identique lorsque le siège de l'arbitrage se situe dans un Etat membre.

⁸C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance e.a. c. New Hampshire Insurance Company*, aff. C-351/89, Rec., 1991, I-3342, attendu n° 25.

second saisi pourra facilement constater s'il est ou non compétent pour prendre connaissance du litige. Il n'est cependant pas exclu qu'en raison des circonstances de l'espèce, la question de la compétence ne puisse pas facilement être résolue. L'économie de procédure ne conseille-t-elle dès lors pas au juge second saisi dans une telle hypothèse d'attendre que le juge premier saisi ait statué sur sa propre compétence? S'il apparaît que cette compétence existe bel et bien, le juge second saisi pourrait se dessaisir sans avoir consacré de temps et de ressources à l'examen de sa propre compétence. Cette lecture de la position du juge second saisi nous semble bien en conformité avec l'esprit de la litispendance européenne, qui vise à limiter au maximum la duplication d'efforts entre juges.

L'obligation pour chacune des juridictions d'établir sa propre compétence constitue un passage obligé pour la résolution du conflit de procédures. Tant que le juge premier saisi ne s'est pas prononcé sur sa compétence, le tribunal second saisi est condamné à l'attente⁹. Le délai d'attente imposé au juge second saisi peut s'avérer long, surtout si ce dernier est coutumier d'une administration rapide de la justice alors que le juge premier saisi met moins d'empressement à faire avancer les choses. La Commission avait proposé d'introduire une obligation pour le tribunal premier saisi d'établir sa compétence dans un délai de six mois¹⁰. L'objectif visé était évident: réduire tant que faire se peut le délai pendant lequel les deux juridictions sont saisies concurremment. Sans doute le Parlement et les Etats membres ont-ils jugé qu'une telle obligation faisait double emploi avec l'obligation de célérité déjà imposée par les standards internationaux régissant le procès équitable.

Reste la question de la date de la saisine des deux juridictions. Sur ce point, la refonte apporte quelques précisions¹¹. L'article 30 (devenu article 32) peut en effet conduire à des résultats singuliers. Dans la mesure où chaque juge apprécie de façon indépendante sa propre date de saisine, il n'est pas exclu que chacun des juges estime avoir été saisi avant l'autre. En outre, la pratique a démontré qu'un flou pouvait entourer la détermination par un tribunal de la date à laquelle il a été saisi.

Pour éviter ces difficultés, le nouvel article 29 par. 2 précise que “à la demande d'une juridiction saisie du litige, toute autre juridiction saisie informe sans tarder la première juridiction de la date à laquelle elle a été saisie conformément à l'article 32”¹².

L'idée est judicieuse. Elle permettra à une juridiction d'obtenir des informations précises sur la date à laquelle la juridiction concurrente estime avoir été saisie¹³. Lorsque la date de saisine

⁹La Cour de cassation a même estimé (sur base d'une version antérieure du texte européen) qu'il n'appartenait pas au juge premier saisi d'inviter une partie ayant saisi un tribunal étranger, à solliciter que celui-ci se désaisisse au motif de l'antériorité de la saisine du juge belge : Cass., 14 nov. 2002, C.00.0452.F/1, *KMV Vermögensverwaltungs GmbH c. Isotoit. Arr. Cass.*, 2002, 2471; *Revue@dipr.be*, 2004/2, 2.

¹⁰Selon le formule proposée par la Commission, “le tribunal premier saisi établit sa compétence dans un délai de six mois, sauf si cela s'avère impossible en raison de circonstances exceptionnelles”.

¹¹Sans pour autant, comment pourrait-il en aller autrement, épouser toutes les questions que peut soulever la mise en oeuvre du critère chronologique. La question se pose par exemple de savoir comment déterminer quand il est mis fin à une procédure. Cette question peut être importante lorsqu'une procédure a été engagée, pour être ensuite suspendue en raison de négociations entre parties, l'une d'elle saisissant ensuite une autre juridiction. La suspension de la première procédure peut-elle être considérée comme y ayant mis fin? Sur cette question dans le cadre d'un litige complexe, voy. les observations de H. MUIR WATT, “De la régulation des procédures parallèles dans le contentieux contractuel transfrontière (et l'exploitation stratégique de ses failles” : l'affaire de *The Alexandros*”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2014, 71 e.s., n° 11 e.s.

¹²La formule initialement proposée par la Commission était plus limitative puisqu'elle ne visait que la seule possibilité pour le tribunal second saisi de s'informer auprès du tribunal premier saisi de la date de sa saisine.

¹³La Commission avait proposé d'étendre le devoir d'information pour inclure également des informations sur

d'une juridiction demeure incertaine, cette information peut s'avérer importante. Imaginons une procédure engagée en Belgique et une autre en France. Si le juge belge hésite quant à la date de la saisine, la situant entre le 1 et le 10 du mois de février 2014, il pourrait éviter des investigations inutiles s'il apprend que le juge français estime en tout état de cause avoir été saisi en janvier 2014.

La mise en pratique concrète de cette possibilité de communication laisse néanmoins subsister certaines questions. Le régime n'est même pas esquissé par le Règlement, qui se contente d'indiquer que cette communication doit avoir lieu "sans tarder". L'on peut également lire dans l'article 29 par. 2 qu'une telle information ne peut pas être adressée *motu proprio* par une juridiction. Elle ne peut avoir lieu qu'à la demande de la juridiction saisie concurremment. Pour le reste, il appartiendra à la pratique de combler les lacunes du mécanisme et d'imaginer les modalités pratiques – par exemple la langue de communication, la nécessité ou non d'informer ou d'impliquer les parties, voire encore la possibilité d'exercer un recours contre la décision d'une juridiction de communiquer à l'autre sa date de saisine¹⁴. Selon M. Nuyts, la communication pourrait avoir lieu de manière informelle sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir les parties, sauf à respecter ultérieurement l'obligation prévue par le droit national de soumettre le résultat à un débat contradictoire¹⁵. On peut également noter que la nouvelle disposition ne subordonne pas la possibilité de solliciter l'information à l'existence d'un doute dans le chef de la juridiction sur la date à laquelle l'autre juridiction a été saisie, ou encore à l'existence d'un désaccord des parties sur cette question.

L'article 32 apporte également quelques précisions qui contribuent à affiner les contours de la détermination autonome de la date de saisine. L'article 30 du Règlement Bruxelles I mettait en place une double règle permettant de déterminer, sans avoir égard au droit national, la date de la saisine des deux juridictions¹⁶. Lorsque la procédure est engagée par la notification ou la signification d'un document qui doit ensuite être déposé entre les mains d'une juridiction (hypothèse de la citation en droit belge), l'article 30-2° prévoyait que la date pertinente est celle à laquelle l'acte est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification. La pratique avait rapidement intégré cette règle, dans ses rapports avec le mécanisme de transmission mis en place par le Règlement sur la signification. L'on estimait sur base de la définition européenne que lorsque le document introductif d'instance doit être transmis par le biais du mécanisme mis en place par le Règlement 1393/2007, l'autorité visée à l'article 30 était l'autorité de l'Etat dans lequel la signification devait intervenir, et plus précisément, la première des autorités intervenant dans le processus de signification¹⁷. Ce n'est donc pas la date de la signification en elle-même qui était prise en considération, mais bien la date de *réception* de l'acte par l'entité requise¹⁸. La solution retenue aux Pays-Bas¹⁹ et en France²⁰

l'existence d'une décision statuant sur la compétence ou, à défaut de celle-ci, sur le délai estimé nécessaire pour statuer sur sa compétence.

¹⁴Voy. les réflexions de A. NYUTS, "Bruxelles Ibis : présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", in *Actualités en droit international privé*, A. NYUTS (éd.), Bruylants, 2013, (77), 133.

¹⁵A. NYUTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", *Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 35.

¹⁶Les juridictions néerlandaises font application de cette disposition lorsque le mécanisme de litispendance était déduit non pas du Règlement mais bien de la Convention CMR, les tribunaux estimant que l'article 30 du Règlement pouvait s'appliquer puisqu'il faisait partie du droit néerlandais : Rb. Utrecht, 26 juillet 2006, *Allround Cargo BV c Exel Nederland BV*, S&S, 2007, 88 (ECLI:NL:RBUTR:2006:AY5196) et Rb. Rotterdam, 22 avril 2009, *JTG Trading BV c CCBB Rotterdam BV*, S&S, 2010, 10 (ECLI:NL:RBROT:2009:BI2791).

¹⁷En ce sens, N. WATTÉ, A. NYUTS et H. BOULARBAH, "Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.T.*, 2002, (161), 168, n° 20.

¹⁸A condition bien entendu que la transmission ait lieu par le biais du mécanisme de transmission principale organisé par l'article 4 du Règlement 1393/2007. Sur ce point, cons. O. MIGNOLET, "Le contenu des règles de

était identique.

Suivant la suggestion du rapport Heidelberg²¹, le nouveau Règlement revient sur cette interprétation et retient comme décisive pour la saisine, la date de la première remise de l'acte à une autorité, qu'elle soit chargée d'autoriser la signification ou d'y procéder elle-même. Le nouvel article 32-1° *in fine* prévoit en effet que “L'autorité chargée de la notification ou de la signification visée au point b) est la première autorité ayant reçu les actes à notifier ou à signifier.” Concrètement, il faudra identifier dans les mécanismes de transmission prévus par le Règlement signification quelle est l'autorité première sollicitée pour la transmission. M. Nuyts voit dans cette disposition la condamnation de l'interprétation qui consistait à considérer qu'une juridiction n'est saisie qu'au moment de la réception de l'acte par l'autorité compétente de l'Etat membre où se trouve la personne à laquelle l'acte doit être signifié²².

Une deuxième innovation tient à l'obligation imposée à l'autorité chargée de la notification ou de la signification de consigner “la date du dépôt de l'acte introductif d'instance ou de l'acte équivalent ou la date de la réception des actes à notifier ou à signifier.” (art. 32-2°) Cette précision est importante dans la mesure où elle permettra à la partie intéressée de se ménager la preuve de la date de saisine. Elle s'ajoute aux obligations de consignation déjà prévues par le Règlement signification et notamment celles imposées par l'article 10 de ce Règlement. Il serait sans doute utile d'aller plus loin et de consigner non seulement la date mais aussi l'heure du dépôt ou de la réception.

B. *Clause d'élection de for et procédures concurrentes*

La nouveauté la plus importante apportée au régime des procédures concurrentes est sans conteste le mécanisme particulier prévu lorsque l'une des juridictions saisies peut fonder sa compétence sur un accord d'élection de for. L'on sait le retentissement qu'avait reçu la jurisprudence *Gasser* de la Cour de justice. Dans cette affaire, la Cour avait décidé que “[l]orsque des procédures concurrentes sont engagées devant différentes juridictions et qu'une des parties revendique l'application d'une clause d'élection de for conférant compétence à la juridiction seconde saisie, cette juridiction doit néanmoins surseoir à statuer jusqu'à ce que le

procédures issues des règlements communautaires et leur sanction”, in *Le droit processuel et judiciaire européen*, M. STORME et G. DE LEVAL (éds.), La Chartre, 2003, (329), 348.

¹⁹Voy. Rb. Midden-Nederland (Utrecht), 10 juillet 2013, ECLI :NL:RBMNE:2013:3059, *NJF*, 2013/389 (en l'espèce une procédure concurrente avait été engagée en France. Pour déterminer la date à laquelle il avait été saisi, le tribunal néerlandais a retenu la date à laquelle l'autorité responsable de la signification a retenu le document. Selon le tribunal, l'autorité compétente était l'autorité requise française qui avait reçu la demande de signification) et Rb. Middelburg, 5 mars 2008, *S&S*, 2009, 40 (ECLI:NL:RBMID:2008:BD2444) (en l'espèce une procédure avait été engagée aux Pays-Bas et une autre en Angleterre. S'interrogeant sur l'application de l'article 30 du Règlement, le tribunal a retenu qu'il fallait avoir égard non pas à la date à laquelle le document introductif d'instance avait été envoyé depuis les Pays-Bas à l'huissier belge chargé de la signification, mais bien à la date à laquelle cet huissier, autorité chargée de la signification, avait reçu la demande de signification).

²⁰Cons. Cass. fr., 1ère civ., 23 janvier 2007, *D.*, 2007, 513. La Cour de cassation censure une décision qui avait retenu, comme date de saisine de la juridiction la réception de l'acte par l'huissier de justice français chargé de la signification, alors que l'entité requise, désignée par la France, était, à l'époque, la Chambre nationale des huissiers de justice (qui elle-même transmettait l'acte à signifier à un huissier de justice territorialement compétent). La Cour relève que la date à laquelle la juridiction est réuptée saisi est celle de la réception de l'acte à signifier par l'entité requise, définie dans le Règlement signification, qui est celle chargée de procéder ou de faire procéder à la signification de l'acte introductif d'instance.

²¹Incertitude existant dans certains pays, voy. les remarques de B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, *op. cit.*, 120-122.

²²A. NYUTS, *art. cit.*, *Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 35.



juge saisi en premier se soit déclaré incomptent²³. Cette affaire a connu un retentissement très important, suscitant des réactions nombreuses et pour le moins courroucées, singulièrement dans la littérature anglaise²⁴.

A la suite de cette jurisprudence, une autre affaire retentissante avait montré les ressources que permet l'exploitation des procédures concurrentes. Dans l'affaire *Primacom*, une entreprise allemande, qui avait obtenu un important financement (375 mln EUR) de la part d'un syndicat bancaire, avait engagé une procédure devant les tribunaux allemands alors même que le contrat d'emprunt ('Second Secured Facility Agreement') prévoyait la compétence des seules juridictions anglaises²⁵. La procédure engagée en Allemagne après que l'emprunteur ait négligé de s'acquitter du montant d'intérêts dus pour la période écoulée, qui visait à obtenir une déclaration selon laquelle aucun intérêt n'était dû du chef de l'emprunt dans la mesure où Primacom était dans une situation financière délicate, était manifestement une tentative de contraindre les banques à négocier une solution globale²⁶. A contrecœur, la juridiction anglaise saisie par les banques du bien constater qu'elle devait s'effacer devant la saisine antérieure des tribunaux allemands²⁷.

Le nouvel article 31 par. 2 e.s. met fin au règne de la litispendance dans cette hypothèse particulière, pour lui préférer une solution accordant priorité à la juridiction élue par les parties. Le Préambule ne cache pas que l'intention est de "renforcer l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for et éviter les manœuvres judiciaires" (considérant 22)²⁸. L'accroc au sacro-saint principe de priorité du juge premier saisi est important: il ne suffit plus désormais

²³C.J.C.E., 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c. MIS AT Srl*, aff. C-116/02, Rec., I-14693 et les commentaires de A. NYUTS, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements further to Gasser and the Community Principle of Abuse of Rights", in *Forum Shopping in the European Judicial Area*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (éd.), Hart, 2007, 55-73.

²⁴Voy. surtout T. C. HARTLEY, "The European Court, the Brussels Convention/ Regulation and the Establishment of an Efficient System for International Litigation in Europe", in *Continuity and change in EU law : essays in honor of Sir Francis Jacobs*, OUP, 2008, 385-399 et T. C. HARTLEY, "Jurisdiction Agreements under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention", *Eur. L. Rev.*, 2000, 178-182. Adde A. BRIGGS, "What should be done about jurisdiction agreements?", *Yearb. Priv. Intl. L.*, 2012, 311-332 et R. FENTIMAN, 'Parallel Proceedings and Jurisdiction Agreements in Europe', in *Forum Shopping in the European Judicial Area*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (éd.), Hart, 2007, 27-54.

²⁵La clause pertinente du contrat prévoyait que: "JURISDICTION - English Courts. The courts of England have exclusive jurisdiction to hear and determine any suit, action or proceeding, and to settle any dispute (a Dispute), which may arise out of or in connection with this Agreement (including a dispute regarding the existence, validity or termination of this Agreement or the consequences of its nullity)."

²⁶Le juge Cooke a noté que "it is clear that both these proceedings were commenced in breach of the exclusive jurisdiction clause and the evidence suggests that this was done with the primary intention of frustrating any possible attempt by JP Morgan and the SSLs to seek appropriate relief in the English Courts in accordance with that jurisdiction clause": *JP Morgan Europe Ltd v Primacom AG* [2005] EWHC 508, para. 10.

²⁷*JP Morgan Europe Ltd v Primacom AG* [2005] EWHC 508; [2005] 2 All E.R. (Comm) 764; [2005] 2 Lloyd's Rep. 665; [2005] 1 C.L.C. 493; [2006] I.L.Pr. 11 (Comm.). Néanmoins, le juge anglais a refusé de considérer que certaines parties de la demande formée par les banques étaient soumises à l'exception de litispendance. Les banques réclamaient en effet tout d'abord une déclaration attestant que le 'Facility Agreement' était valable et devait être exécuté et que Primacom demeurait en défaut de ses obligations. Cette partie de la demande présentait la même cause et le même objet que les deux procédures introduites par Primacom en Allemagne. Ceci n'était néanmoins pas le cas des deux autres chefs de la demande formulée par les banques, qui souhaitaient également obtenir qu'un rapport établi par un réviseur leur soit communiqué et qu'injonction soit faite à Primacom de ne pas disposer de sa filiale néerlandaise qui constituait son actif principal. Seul l'article 28 du Règlement Bruxelles I pouvait empêcher les tribunaux anglais de prendre connaissance de cette partie de la demande. Le juge Cooke a estimé que l'application de l'article 28 ne s'imposait pas en l'espèce.

²⁸Un renforcement qui se traduit par d'autres adaptations du régime des clauses d'élection de for, voy. les commentaires de M. HERRANS BALLESTEROS, "The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast : the Solutions Adopted for Agreements on Jurisdictions", *J. Priv. Intl. L.*, 2014, 291-308.

d'être premier saisi pour l'emporter sur une procédure ultérieure. La priorité chronologique n'est d'aucune pertinence lorsque l'une des juridictions saisies a été choisie par les parties²⁹. De même, la nouvelle règle rompt avec la présomption, chère à la Cour de justice³⁰, selon laquelle les tribunaux des Etats membres possèdent tous compétence égale pour apprécier l'application des règles européennes de compétence³¹.

Quels sont les contours de cette exception au mécanisme de litispendance? Il est tout d'abord nécessaire qu'une juridiction d'un Etat membre ait été désignée par les parties. Se pose inévitablement la question de l'appréciation de la validité (tant formelle que substantielle) de l'accord d'élection de for. Le mécanisme est-il subordonné à la vérification préalable, par le juge premier saisi, que cette clause peut sortir ses effets? La Commission avait proposé une solution radicale, excluant toute possibilité pour le juge non désigné de connaître du litige³².

Ce n'est pas l'option qui a été retenue par le texte, sensiblement en retrait de la proposition initiale. L'article 31 par. 2 n'est guère explicite sur la question de savoir si le juge non désigné peut porter une appréciation sur la clause d'élection de for. L'on peut à tout le moins déduire du texte que le juge non désigné peut exercer un contrôle sur la validité de la clause d'élection de for tant que la juridiction désignée n'a pas encore été saisie³³. Dans ce cas en effet, l'article 31 par. 2 n'est pas encore applicable (*infra*). Le juge non désigné est dès lors libre de procéder à un contrôle plein de la clause d'élection de for.

Qu'en est-il lorsque le juge désigné a bel et bien été saisi: le juge non désigné perd-il tout pouvoir de contrôle à l'égard de la clause d'élection de for? Cette lecture semble s'imposer puisqu'elle permet de renforcer de manière substantielle le statut d'une clause d'élection de for. C'est au considérant n° 22 que l'on trouve la réponse: rappelant que l'objectif de la nouvelle règle est de "renforcer l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for", ce considérant indique que lorsqu'une juridiction désignée par les parties a été saisie, la juridiction saisie antérieurement du même litige est tenue de surseoir à statuer "dès que la juridiction désignée est saisie et jusqu'à ce que cette dernière juridiction déclare qu'elle n'est pas compétente en vertu de l'accord exclusif d'élection de for". L'on peut déjà en déduire que le juge premier saisi doit s'incliner d'emblée devant la saisine concurrente, mais ultérieure, du juge désigné par les parties. Le considérant confirme cette lecture en ajoutant que cette règle "vise à faire en sorte que ... la juridiction désignée ait priorité pour décider de la validité de l'accord et de la mesure dans laquelle celui-ci s'applique au litige pendant devant elle". Partant, la clause d'élection de for crée un véritable effet de compétence-compétence³⁴, dont l'effet négatif ne s'impose toutefois qu'à condition que le juge désigné par les parties ait été effectivement saisi³⁵.

²⁹Sauf dans l'hypothèse où est jeu une règle de compétence dite de protection (sections 3, 4 et 5 du Règlement). Voy. l'art. 31 par. 4.

³⁰C.J.C.E., 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c. MIS AT Srl*, préc., attendu n° 48.

³¹En ce sens, M. POHL, "Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle", *IPRax* 2013, (109), 111.

³²Art. 32(2) de la Proposition de la Commission.

³³En ce sens, M. POHL, *art. cit.*, 111.

³⁴Mme Francq note à juste titre que le prix à payer pour cette innovation est la charge imposée à une partie qui souhaite de bonne foi contester la validité d'une clause d'élection de for, cette partie étant contrainte de le faire devant le juge désigné, pour ensuite revenir devant un autre juge si elle obtient raison - S. FRANCQ, "Les clauses d'élection de for", in *Le nouveau Règlement Bruxelles Ibis*, E. GUINCHARD (éd.), Bruylants, 2014, (107), 142.

³⁵Le Règlement rejoue ce faisant certains droits nationaux qui prévoient qu'il appartient au seul tribunal arbitral de se prononcer sur la convention d'arbitrage sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi (voy. l'article 1448 du Code de procédure civile français et de manière générale, voy. E. GAILLARD, "L'effet négatif de la compétence-compétence", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*

Il a été proposé d'admettre que la juridiction première saisie, non désignée par les parties, ne devrait surseoir à statuer comme l'y invite l'article 31 par. 2 qu'après avoir vérifié qu'il existe une clause attributive de juridiction et qu'elle répond aux conditions posées par l'article 25³⁶. Ceci permettrait au juge de vérifier si la clause alléguée n'est pas "manifestement inexisteante, nulle ou inapplicable dans le cas d'espèce"³⁷. Cette lecture du texte, qui rejoindrait la pratique arbitrale, permettrait d'introduire une dose de flexibilité propre à empêcher les abus. La priorité accordée au juge désigné pourrait en effet conduire une partie à saisir un juge en alléguant l'existence en faveur de ce dernier d'un accord d'élection de for, dans le simple but de paralyser une autre procédure. La manœuvre suppose qu'une partie invoque *mala fide* l'existence d'une clause d'élection de for et qu'elle saisisse la juridiction prétendument désignée. C'est à ce prix que l'exception au mécanisme de la litispendance lui permettrait de demander la paralysie de la procédure concurrente, même introduite antérieurement.

Permettre au juge premier saisi, mais non désigné par les parties, de s'intéresser à la validité de la clause alors que le juge désigné a déjà été saisi, rend néanmoins le mécanisme plus complexe. A tout le moins, si une telle lecture devait être adoptée, faudrait-il réduire le pouvoir de contrôle du juge premier saisi. L'on pourrait par exemple s'inspirer de la pratique de certaines institutions arbitrales, dont le règlement prévoit que les parties seront renvoyées à l'arbitrage dès lors qu'il apparaît qu'existe une "convention apparente d'arbitrage"³⁸.

Il est ensuite nécessaire que la juridiction désignée par les parties ait été effectivement saisie. C'est en effet uniquement en cas de saisine du tribunal élu que l'exception au mécanisme de litispendance trouve à s'appliquer. L'exception n'a pas vocation à intervenir lorsque le tribunal désigné n'a pas encore été saisi – on peut le regretter dans la mesure où ceci impose un effort supplémentaire à la partie qui souhaite se prévaloir de la clause d'élection de for. Néanmoins, cette exigence paraît raisonnable puisqu'il est permis de modifier même tacitement une clause d'élection de for antérieure³⁹.

L'application de ce nouveau mécanisme est bien entendu subordonnée au constat que les procédures engagées sont identiques. L'appréciation fort large de la condition d'identité des parties devrait néanmoins contribuer à donner au mécanisme un grand rôle à jouer.

Alors qu'en principe un tribunal peut aller de l'avant lorsqu'il constate qu'il a été saisi en premier, ce tribunal devra surseoir à statuer s'il apparaît que les parties avaient confié compétence aux juridictions d'un autre Etat membre. L'obligation pour le juge non désigné de surseoir à statuer n'est pas liée à la chronologie procédurale: elle s'impose même si le juge désigné par les parties a été saisi ultérieurement. Lorsque la juridiction saisie en premier lieu

Lausanne, 1999, 387-402).

³⁶A. NUYTS, "Bruxelles *Ibis* : présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", in *Actualités en droit international privé*, A. NUYTS (éd.), Bruylant, 2013, (77), 99-101.

³⁷*Id.*, p. 100.

³⁸Voy. l'article 5 par. 2 du Règlement CEPANI ou encore l'article 6 par. 4 du Règlement CCI selon lequel "L'arbitrage aura lieu si et dans la mesure où, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement".

³⁹Comme l'explique Mme Kessedjian, "la règle est rédigée de telle manière que, pour qu'elle s'applique, il faut que le tribunal élu soit saisi. S'il ne l'est pas, la solution *Gasser* s'appliquera. On peut regretter ce qui peut être considéré comme un 'loupé'. Mais, le message aux parties reste clair : la partie qui a avantage à faire appliquer l'accord d'élection de for devra saisir le juge élu. Si elle ne le fait pas, on peut considérer qu'elle y a renoncé." - C. KESSEDJIAN, "Le Règlement 'Bruxelles I Révisé' : Much ado about ... what?", *Europe*, mars 2013, n° 3.

peut fonder sa compétence sur une clause d'élection de for, le Règlement ne modifie en réalité pas la donne. Dans ce cas, c'est au mécanisme classique de litispendance fondée sur la priorité chronologique qu'il revient de s'appliquer, pour imposer à toutes les autres juridictions qui seraient saisies, de surseoir à statuer.

Le sursis à statuer imposé à la juridiction première saisi, se poursuit jusqu'à ce que la juridiction désignée par les parties ait statué sur sa compétence. Soit pour décliner sa compétence, auquel cas la juridiction première saisie pourra poursuivre l'examen de la procédure. Soit pour estimer qu'elle est bien compétente. Dans ce cas, il ne restera plus à la juridiction première saisie qu'à décliner sa compétence, non pas en vertu de la litispendance, mais bien parce que l'article 25 la prive de compétence⁴⁰.

Comme le note le Préambule, ce nouveau mécanisme "vise à faire en sorte que, dans une telle situation, la juridiction désignée ait priorité pour décider de la validité de l'accord et de la mesure dans laquelle celui-ci s'applique au litige pendant devant elle" (considérant 22).

Qu'en est-il si le tribunal saisi en premier, poursuit l'examen de la cause, en évitant de faire droit au sursis à statuer que lui impose le nouvel art. 31 par. 2? Le considérant 22 du Préambule indique à ce propos que "La juridiction désignée devrait être en mesure de poursuivre la procédure, que la juridiction non désignée ait déjà décidé ou non de surseoir à statuer." Ceci confirme, pour autant que de besoin, que le juge désigné par les parties, peut poursuivre l'examen de la cause, quelle que soit la position adoptée par le juge premier saisi (et non désigné par les parties).

L'exception au mécanisme de la litispendance ne préviendra pas toutes les tentatives de 'torpiller' une procédure en saisissant un tribunal dans l'espoir non pas d'obtenir une solution rapide, mais bien au contraire de retarder considérablement la solution du litige. Une telle manœuvre, devenue rare, est encore possible dans l'hypothèse où les parties ne sont pas liées par une clause d'élection de for.

⁴⁰L'article 31 par. 3 confirme cette solution.

Section 2. Procédures concurrentes et Etats tiers

L'adoption au sein de l'Union européenne d'un ensemble de règles visant le procès international conduit nécessairement à s'interroger sur les conséquences que les règles européennes peuvent développer à l'endroit des procédures intéressant des parties établies dans des Etats extérieurs à l'Union ou des faits qui ont lieu en dehors de l'Union. Cette question s'est posée de manière générale à propos des règles de compétence⁴¹. Elle a également été soulevé à propos du règlement des procédures concurrentes. La Cour de justice a confirmé que le mécanisme européen de litispendance ne s'applique qu'aux situations de litispendance devant des juridictions d'Etats membres. Dans son arrêt *Overseas*, la Cour avait indiqué à ce propos que si l'application du mécanisme européen de litispendance était indépendante du domicile des parties, elle ne se concevait que lorsque les actions concurrentes étaient mises devant des juridictions d'Etats membres⁴². Il importait dès lors de s'interroger sur le sort à réservé à une procédure pendante devant les juridictions d'un Etat membre lorsqu'il apparaît que le même litige avait été soumis aux juridictions d'un Etat tiers. Ni la Convention de Bruxelles, ni le Règlement 44/2001 n'évoquaient cette question. L'existence d'une procédure concurrente dans un Etat tiers n'était pour autant pas entièrement absente de l'espace judiciaire européen, puisque les différents textes prévoaient une règle faisant de l'existence d'une décision rendue dans un Etat tiers un empêchement à la libre circulation des décisions au sein de l'Union, lorsque cette décision portait sur le même objet et avait la même cause qu'une décision prononcée dans un autre Etat membre⁴³.

Plusieurs solutions pouvaient être envisagées. La première est de prolonger l'effort de coordination européen en imposant aux juridictions des Etats membres de respecter la même discipline à l'égard des procédures engagées dans des Etats tiers qu'à l'égard des procédures intra-européennes. Simple dans son concept, cette solution pêche bien entendu par le caractère unilatéral de la rigueur qu'elle impose aux juridictions européennes. Rien ne garantit en effet qu'une juridiction d'un Etat tiers saisie en second lieu, fera preuve de la même abnégation vis-à-vis d'une procédure engagée antérieurement dans un Etat membre.

L'on aurait également pu permettre aux Etats membres de recourir à leur propre mécanisme de litispendance⁴⁴. Cette solution a été retenue par certaines juridictions à propos d'autres Règlements européens⁴⁵. Ceci n'aurait néanmoins pas manqué de conduire à une

⁴¹Voy. en général TH. KRUGER, *Civil Jurisdiction rules of the EU and their impact on third states*, OUP, 2008, 422 p.

⁴²C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance e.a. c. New Hampshire Insurance Company*, aff. C-351/89, Rec., 1991, I-3342.

⁴³Voy. l'article 34(4) du Règlement Bruxelles I, devenu l'article 45 par. 1(d) du Règlement Bruxelles Ibis.

⁴⁴Comme l'avaient proposé MM. Gothot et Holleaux (*La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, 123, n° 217).

⁴⁵Voy. Douai, 15 mai 2006, *Procédures*, mars 2007, 15, note de C. NOURRISSAT. En l'espèce, une procédure de divorce avait été engagée en France, alors que l'épouse avait déjà saisi les juridictions islandaises d'une procédure identique. Après avoir constaté que la règle de litispendance européenne (en l'occurrence celle prévue par le Règlement Bruxelles II, aujourd'hui remplacé par le Règlement Bruxelles IIbis) ne pouvait s'appliquer puisque la procédure antérieure avait été engagée en Islande, Etat non membre de l'union européenne, la Cour a fait appel au droit commun français. L'exception de litispendance internationale du droit commun français ne peut toutefois être accueillie, précise la Cour, « que si la décision à intervenir à l'étranger est susceptible d'être reconnue en France ». Le juge français conclura après un examen du cas à la recevabilité de l'exception de litispendance et à son dessaisissement. La Cour précise : « (...) il n'apparaît nullement que le législateur ait voulu exclure toutes les compétences non européennes pour donner un caractère universel au règlement susvisé et que le terme exclusif visé par l'article 7 de celui-ci ne tend qu'à assurer la primauté du texte communautaire sur le droit interne des Etats membres ». En général sur l'application du mécanisme de litispendance en matière de divorce à l'égard d'Etats tiers voy. G. VITELLINO, "European Private International Law and Parallel



diversification des solutions peu compatible avec l'idéal européen, voire de nuire à l'effet utile de certaines règles de compétence prévues par les textes européens⁴⁶. Cette option devait en tout état de cause être examinée avec précaution suite à la jurisprudence *Owusu* de la Cour de justice⁴⁷.

Une autre option aurait conduit à ne pas se préoccuper de l'existence d'une procédure concurrente lorsque celle-ci est extérieure au territoire de l'Union. Après tout, le Règlement accorde compétence aux juridictions d'un Etat membre. Ceci ne résulte pas du hasard mais bien du constat que le litige possède un lien avec le territoire de l'Union. L'on mesure néanmoins aisément les désavantages d'une telle solution: une telle indifférence aux procédures concurrentes engagées dans un Etat tiers, pouvait mettre en péril la circulation d'une décision européenne. Un tel danger est facile à apercevoir lorsque cette décision doit faire l'objet d'une exécution dans l'Etat tiers. Il n'en est pas moins tout autant réel lorsque la décision étrangère s'introduit au sein de l'espace judiciaire européen à la faveur des règles de reconnaissance que les Etats membres ont mis en place pour les décisions des Etats tiers. L'espace judiciaire européen prévoit certes une règle permettant le refus de reconnaissance

Inévitablement, il était devenu important de s'interroger sur le sort à réservier aux situations de litispendance impliquant un Etat tiers⁴⁸. La pratique judiciaire avait déjà esquissé les potentialités des mécanismes européens de coordination dans ce contexte, sans pouvoir toutefois imposer une solution ferme⁴⁹. Une question identique se pose d'ailleurs pour les autres règlements de l'espace judiciaire européen. Elle n'a pas reçu de réponse.

Le mécanisme retenu par les articles 33 et 34 s'inspire largement de la litispendance applicable entre Etats membres. L'on retiendra en particulier qu'il est fondé sur la priorité temporelle, le juge d'un Etat membre n'étant appelé à se préoccuper de l'existence d'une procédure concurrente dans un Etat tiers que lorsque celle-ci a été engagée avant qu'il soit saisi⁵⁰. Il s'en éloigne également de manière substantielle. C'est sur ces différences qu'il convient d'insister.

Proceedings in third States in Family Matters », in *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, A. MALATESTA, S. BARIATTI et F. POCAR (éds.), Cedam, 2008, 221-248.

⁴⁶Comme l'a démontré G. VITELLINO, “The Brussels I Regulation and Concurrent Proceedings in Third States : a Possible Reform”, in *The Brussels I Regulation : Challenges for Croatian Judiciary*, V. TOMLJENOVIC et I. KUNDA (éds.), Pravni fakultet u Rijeci, 2012, 135-161, spéc. 141 e.s.

⁴⁷CJUE, 1 mars 2005, *Andrew Owusu c N.B. Jackson*, aff. C-281/02, Rec., 2005, I-1383.

⁴⁸Comp. V. EGEA, *art. cit.*, 159-160 – qui estime que la nécessité de consacrer une règle de litispendance extra-européenne ne va pas de soi et son utilité pas démontrée.

⁴⁹Voy. sur la décision du juge anglais dans l'affaire *Ferrexpo* : CH. CHALAS, “L'affaire Ferrespo : baptême anglais pour l'effet réflxe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2013, 359 e.s.

⁵⁰L'on peut se demander s'il est permis de faire référence à l'article 32 du Règlement pour déterminer la date de saisine des juridictions lorsque s'appliquer l'article 33. Formellement, l'application de l'article 32 s'impose puisque cette disposition ambitionne d'offrir une solution pour la section 9 consacrée à la litispendance (M. Franzina en déduit que l'article 32 s'applique à plein dans le cas d'une litispendance avec un Etat tiers : P. FRANZINA, “Lis Pendens Involving a Third Country Under the Brussels I-Bis Regulation : An Overview”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, (23), 24). Il n'est néanmoins pas exclu que le maniement de la solution retenue par l'article 32 suscite une difficulté lorsqu'il s'agit de déterminer la date à laquelle une juridiction d'un Etat tiers a été saisie. A suivre les principes dégagés par la Cour de justice, il n'appartient d'ailleurs pas à la juridiction européenne de se prononcer sur cette question. M. d'Avout considère que les règles européennes de datation sont inapplicables et qu'elles peuvent eu mieux être appliquées “par analogie” : L. d'AVOUT, “La refonte du Règlement Bruxelles I (règlement UE n° 1215/2012 du 12 décembre 2012)”, *D.*, 2013, (1014), 1023, n° 22. Dans le même sens, V. EGEA, *art. cit.*, 162, n° 37. Voy. aussi les observations de A. NUYTS, *art. cit.*, *Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 35.

A. La réduction du champ d'application de la litispendance

Telles qu'elles sont organisées par le règlement refondu, la litispendance et la connexité possèdent une vocation réduite⁵¹. Elles ne peuvent en effet trouver application que lorsque la juridiction européenne fonde sa compétence sur certaines règles de compétence. C'est ainsi que le mécanisme de litispendance étendu aux Etats tiers, pourra trouver à s'appliquer lorsque le juge européen est compétent au titre du domicile du défendeur (art. 4) et lorsqu'il fonde sa compétence sur l'une des règles de compétence spéciale (art. 7 à 9). Sont par contre exclues du mécanisme les règles de compétence dites de protection⁵², les règles de compétence exclusives (articles 24), ainsi que les règles fondées sur la volonté des parties⁵³.

Cette réduction significative du champ d'application de la litispendance peut se comprendre comme l'expression d'un attachement particulier au jeu de certaines règles. Il est vrai que l'espace judiciaire européen repose sur un ensemble disparate de règles de compétence, dont certaines se distinguent par leurs traits caractéristiques. C'est certainement le cas pour les règles de compétence de protection. S'agissant des règles de compétence exclusive, l'exclusion du jeu de la litispendance confirme leur statut particulier. L'on peut y voir une forme de rejet, implicite au moins, de la théorie de l'effet réflexe.

L'introduction d'une obligation limitée de coordination avec une procédure engagée dans un Etat tiers, conduit à s'interroger sur le sort à réservé à une procédure lorsqu'il apparaît qu'elle concurrence une procédure dans un Etat tiers alors que le juge européen fonde sa compétence sur une règle particulière non visée par le mécanisme de la litispendance extra-européenne. La concurrence de procédures échappe certes au mécanisme européen. La cohérence de l'édifice européen impose néanmoins d'interdire au juge européen tout recours à un mécanisme de litispendance prévu par son droit national. Les mécanismes nationaux ne peuvent permettre de mettre en danger le jeu des règles de compétence européennes⁵⁴.

Cette conclusion s'impose-t-elle avec la même force lorsque le juge d'un Etat membre saisi d'une demande, constate qu'une demande parallèle est pendante devant une juridiction d'un Etat tiers, lié avec son Etat par une convention bilatérale qui prévoit une règle de litispendance? La question s'est posée dans le cadre du droit européen du divorce. Dans une espèce où des procédures de divorce avaient été engagées tant en France qu'en Tunisie, la Cour de cassation française a estimé qu'il n'était pas interdit de faire application de l'exception de litispendance prévue par la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972⁵⁵. On peut néanmoins se demander s'il est légitime pour une juridiction d'un Etat membre de faire droit à une exception de litispendance prévue par une convention bilatérale, dès lors qu'elle possède

⁵¹Le mécanisme vise la situation dans laquelle une procédure est pendante devant "une juridiction d'un Etat tiers". A défaut de définition dans le Règlement, il faut sans doute comprendre que ne sont visés que les Etats non membres de l'Union européenne, et non les Etats membres de l'Union européenne non liés par le Règlement. En ce sens, L. D'AVOUT, *art. cit.*, *D.*, 2013, (1014), 1023, n° 22.

⁵²Section 3, articles 10 à 23 (règles de compétence visant les litiges en matière d'assurance, de contrats de consommation et de contrats de travail).

⁵³Section 7, articles 25 et 26.

⁵⁴En ce sens, P. FRANZINA, *art. cit.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, (23), 32.

⁵⁵Cass. (1^{ère} ch.), 25 avril 2007, *D.*, 2007, 1431, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *J.C.P.*, 2007, IV 2103, 43, *Bull. civ.*, I, n° 157, 140. Il est intéressant de noter que la Cour a procédé à une substitution de motifs pour justifier sa décision. In fine, la Cour a refusé de censurer la décision par laquelle la Cour d'appel de Versailles avait rejeté le déclinatoire de compétence soulevé par l'époux, qui entendait privilégier la compétence des juridictions tunisiennes, au motif que les juridictions tunisiennes ne possédaient pas compétence.

compétence sur base du Règlement dans la mesure où ce dernier l'emporte en principe sur les conventions conclues par les Etats⁵⁶.

B. Une litispendance potentielle

Si le champ d'application de la nouvelle litispendance se veut modeste, il en va certainement aussi pour le mode d'opération du mécanisme. L'on connaît la rigueur de la litispendance classique telle qu'interprétée par la Cour de justice: fondée sur une stricte priorité chronologique, elle ne laisse à la juridiction seconde saisie que d'autre choix de se dessaisir ou de surseoir à statuer lorsque la compétence de la juridiction première saisie n'est pas encore établie. Il ne peut être question d'interroger la compétence de cette juridiction. A fortiori n'y-a-t-il aucune place pour une appréciation fondée sur l'opportunité de céder la priorité à l'autre juridiction.

Telle qu'elle est envisagée par l'article 33, la litispendance présente un tout autre visage. Si le mécanisme est toujours subordonné à la priorité temporelle et enfermé dans le cadre d'une identité d'objet, de cause et de parties⁵⁷, le principe même du mécanisme n'est en effet plus celui d'une obligation de se dessaisir. Les juridictions européennes se voient au contraire confier une simple possibilité de coordonner leur action avec celle d'une juridiction extra-européenne. La circonstance que ces dispositions soient rédigées sur un mode souple⁵⁸, laissant beaucoup de marge aux juridictions des Etats membres, ne doit pas surprendre. Il n'existe en effet aucune réciprocité entre Etats membres et Etats tiers.

L'existence d'un pouvoir d'appréciation n'est par ailleurs guère une nouveauté : au contraire, elle caractérise bon nombre de mécanismes de litispendance retenus par les Etats. C'est d'ailleurs dans le droit comparé que le législateur a puisé les différents éléments qui structurent le pouvoir d'appréciation du juge européen. Celui-ci repose sur plusieurs considérations que l'on a pu regrouper sous l'appellation de "bilan d'opportunité préalable"⁵⁹. Les éléments les plus importants de cette appréciation sont tout d'abord un pronostic de reconnaissance. La déférence que peut accorder une juridiction d'un Etat membre à une juridiction d'un Etat tiers soit soumise à un pronostic de reconnaissance. C'est le fameux Anerkennungsprognose que l'on retrouve dans le droit de certains Etats membres – et qui ne serait que d'une utilité réduite dans les relations entre Etats membres compte tenu de la grande souplesse du mécanisme de reconnaissance intra-européen. L'expérience acquise par les juridictions nationales apprend que le maniement d'un tel pronostic peut s'avérer délicat⁶⁰. Il s'agit en effet d'anticiper sur le déroulement de la procédure étrangère, qui peut n'avoir pas encore connu un développement considérable. Dans certains cas, le juge européen ne disposera que du seul document introductif d'instance qui a permis l'introduction de la

⁵⁶ Art. 69. Voy. M. DOUCHY-OUDOT, « Le traitement de la litispendance », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (éds.), Dalloz, 2005, (209), 214.

⁵⁷ Qu'il faudra certainement interpréter avec la même flexibilité que celle imposée par la Cour de justice à l'égard de la litispendance intra-européenne.

⁵⁸ Comme le note l'attenu 23 qui évoque un "mécanisme souple".

⁵⁹ L. D'AVOUT, *art. cit.*, D., 2013, (1014), 1023.

⁶⁰ Dans sa proposition initiale, la Commission avait suggéré d'imposer au juge européen de vérifier en outre qu'il soit prévisible que la décision du tribunal de l'Etat tiers pourrait être rendue dans un "délai raisonnable" (art. 34, § 1(b) Proposition de la Commission). Cette précision ne figure plus dans la version définitive. Selon M. Cadet, le législateur européen a estimé que la notion de délai raisonnable n'était pas assez précise et qu'il serait en pratique quasiment impossible pour une juridiction d'un Etat membre d'estimer le temps nécessaire à un tribunal d'un Etat tiers pour rendre une décision (F. CADET, "Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté", *JDI*, 2013, n° 41).



procédure étrangère. S'il apparaît prématuré de se livrer à un pronostic de reconnaissance, il paraît préférable non pas de rejeter l'exception de litispendance, mais de surseoir à statuer. Un tel sursis ne doit pas être fondé sur l'article 33. Le pouvoir général du juge de temporiser dans l'attente de plus amples renseignements constitue un fondement suffisant. L'appréciation devra se faire à la lumière non pas des dispositions du Règlement relatives à l'accueil des jugements étrangers, mais bien des dispositions pertinentes du droit national de l'Etat membre. Il s'agira tantôt de dispositions nationales, tantôt de dispositions issues d'un accord conclu entre l'Etat membre et l'Etat tiers concerné.

Outre le pronostic de reconnaissance, le juge de l'Etat membre devra apprécier si le sursis à statuer est "nécessaire pour une bonne administration de la justice". Le vocabulaire utilisé traduit de façon très nette la différence avec la coordination des procédures entre Etats membres: alors que l'article 29 est rédigé sur un mode impératif, voire militaire, le considérant n° 23 invite les juridictions des Etats membres à "tenir compte" des procédures pendantes devant les juridictions d'Etats tiers. Le préambule énumère à titre exemplatif un certain nombre d'éléments qui peuvent informer la décision du juge. Il pourra ainsi tenir compte des liens entre les faits de l'espèce, les parties et l'Etat tiers, de l'état d'avancement de la procédure dans l'Etat tiers et de la probabilité que la juridiction de l'Etat tiers rende une décision dans un délai raisonnable⁶¹. D'autres facteurs peuvent être pris en considération. Le juge pourra par exemple tenir compte de la circonstance que sa saisine est manifestement le résultat d'une course au for, le demandeur ne l'ayant saisi que pour échapper à une procédure qui s'annonçait devant les juridictions de l'Etat tiers⁶². L'appréciation pourrait également être fondée sur la nature et la force de la règle de compétence mobilisée pour fonder la compétence du juge européen : lorsqu'il fonde sa compétence sur le domicile du défendeur (art. 4), il paraît moins facile d'accepter que le litige ne possède pas une dimension européenne suffisante que lorsque la compétence est fondée sur la localisation sur le territoire d'un Etat membre du lieu de livraison de marchandises (art. 7 (1)) ou du dommage (art. 7(3)). Inversement, la nature de la compétence revendiquée par le juge de l'Etat tiers peut également être prise en considération⁶³. La valeur du titre de compétence apparaît en effet comme une donnée utile dans l'appréciation de l'utilité du sursis.

Le même considérant 24 ajoute un élément intéressant: lorsqu'il évalue s'il apparaît nécessaire de surseoir à statuer, le juge peut aussi s'interroger sur la nature de la compétence revendiquée par le juge de l'Etat tiers. S'il apparaît que cette compétence est, aux yeux de l'Etat tiers, exclusive, cet élément peut être pris en considération lorsque dans des circonstances identiques, une juridiction d'un Etat membre pourrait aussi revendiquer une compétence exclusive. Ce faisant, la litispendance se trouve matinée d'un élément de la théorie de l'effet

⁶¹On aura reconnu certains des éléments de la doctrine du *forum non conveniens*. L'appréciation du caractère plus approprié du for de l'Etat tiers n'intervient néanmoins qu'à titre d'élément d'un mécanisme de litispendance qui demeure marqué par l'importance de la chronologie des saisines. Il ne s'agit dès lors pas d'une remise en question du banissement dont la doctrine du for plus approprié a été frappé par la jurisprudence *Owusu* (CJUE, 1 mars 2005, *Andrew Owusu c N.B. Jackson*, préc.).

⁶²M. d'Avout évoque l'hypothèse de la saisine d'une juridiction européenne "empreinte d'une manifeste mauvaise foi et portant préjuice à la compétence préférable d'un juge d'un Etat tiers non européen" (L. D'AVOUT, *art. cit.*, *D.*, 2013, (1014), 1023, n° 22, note 47).

⁶³M. Franzina indique que le jeu de la litispendance peut être refusé "when the subject matter of the dispute features but a transient, occasional or superficial link with the third country in question, according to the relevant European standards" - P. FRANZINA, *art. cit.*, *Riv. dir. int. priv. Proc.*, 2014, (23), 35. Mme Francq envisage l'application de l'article 33 afin de donner un fondement à la déférence que les juridictions des Etats membres pourraient vouloir manifester envers la compétence exclusive des juridictions d'un Etat tiers fondée sur une clause de juridiction (S. FRANCQ, *art. cit.*, 120).

réflexe⁶⁴. Cette admission partielle de l'effet réflexe de la compétence exclusive pourrait ouvrir la voie à une reconnaissance plus large de la théorie.

Le déroulement de la litispendance diffère sur un autre point lorsqu'elle concerne une procédure engagée dans un Etat tiers: le sursis ne peut se muer en désaisissement qu'une fois la procédure engagée dans l'Etat tiers achevée et à condition que la décision prononcée soit susceptible d'être accueillie en Europe. Le contraste avec l'article 29 est saisissant, qui impose au juge second saisi de se défaire du litige dès que le juge premier saisi a établi qu'il est compétent. Que le sursis à statuer ait vocation à subsister pendant une période plus longue lorsque le litige est soumis parallèlement au juge d'un Etat tiers, s'explique par l'incertitude qui entoure l'accueil de la décision étrangère au sein de l'Union. Par contraste, une telle incertitude est évacuée entre Etats membres compte tenu de l'impératif de libre circulation auquel le Règlement 1215/2012 donne une nouvelle vigueur.

Enfin, le législateur européen a prévu une porte de sortie : le sursis à statuer qui intervient lors du constat de l'existence d'une procédure antérieure dans un Etat tiers, peut être levé dans certaines circonstances. Il en va ainsi lorsqu'il apparaît que la procédure dans l'Etat tiers ne pourra pas être conclue dans un délai raisonnable ou lorsque le juge de l'Etat tiers a lui-même sursis à statuer au vu de l'existence d'une procédure concurrente⁶⁵. L'on peut se demander s'il ne serait pas opportun d'introduire un mécanisme similaire pour adoucir la litispendance intra-européenne.

Le règlement refondu étend l'effort de coordination avec les procédures engagées dans les Etats tiers en permettant également aux juridictions des Etats membres d'avoir égard aux procédures connexes engagées dans un Etat tiers. Le nouvel article 34 reprend pour cette hypothèse l'essentiel des dispositions prévues pour la litispendance extra-européenne. La seule différence notable concerne l'exigence d'identité entre les procédures, à laquelle est substituée une condition plus en phase avec la connexité: avant de surseoir à statuer, le juge européen doit en effet s'assurer qu'il y ait un intérêt à instruire et juger les demandes portées devant le juge européen et devant le juge de l'Etat tiers en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables. A cette exigence répond une possibilité de mettre fin au sursis lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de risque que les décisions soient inconciliables (art. 34 § 2 a). L'expérience acquise avec la connexité intra-européenne peut faire craindre que cette extension de la connexité restera bien souvent lettre morte.

Il faut se réjouir que le nouveau Règlement prévoit des dispositions spéciales visant la coordination des procédures entre Etats membres et Etats tiers⁶⁶. Au total, ces nouvelles dispositions constituent un outil supplémentaire au service de la coordination des procédures⁶⁷. L'avancée est néanmoins modeste. Le caractère unilatéral de la coordination et l'absence de garantie en ce qui concerne tant le respect des principes fondamentaux de procédure par la procédure engagée dans un Etat tiers et que l'issue qu'elle connaîtra,

⁶⁴Comme on avait déjà pu le proposer, voy. A. NYUTS, "La théorie de l'effet réflexe", in *Le droit processuel et judiciaire européen*, M. STORME et G. DE LEVAL (éds.), La Chartre, 2003, (73), 76.

⁶⁵M. Nuyts a suggéré de permettre au juge européen qui met fin au sursis, d'assortir sa décision de conditions, sur le modèle des 'undertakings' qui constituent l'un des points forts de la doctrine du forum non conveniens (A. NYUTS, *art. cit.*, *Rev. crit. dr:int. priv.*, 2013, n° 6).

⁶⁶Sur la possibilité de combiner l'application de l'article 29 (litispendance intra-européenne) et 33 (litispendance extra-européenne) lorsqu'un même litige fait l'objet de procédures concurrentes tant au sein de l'Union qu'au-delà, voy. P. FRANZINA, *art. cit.*, *Riv. dir: int. priv. Proc.*, 2014, (23), 39-40.

⁶⁷Dont on peut penser qu'elles serviront de modèle lors des révisions futures d'autres instruments, notamment celle annoncée du Règlement Bruxelles IIbis.

expliquent certes les réserves qui entourent le mécanisme. A trop entourer cette nouvelle forme de litispendance de précautions, il est néanmoins à craindre qu'elle ne remportera qu'un succès fort mitigé. L'on peut aussi se demander s'il n'aurait pas été utile de supprimer la condition de priorité temporelle. Après tout, puisque la litispendance est devenue dans les relations avec les Etats tiers, un mécanisme laissé à l'appréciation du juge, est-il encore nécessaire de fonder la solution sur la circonstance, parfois fortuite, que le juge étranger ait été saisi antérieurement? L'exigence de coordination est tout aussi grande lorsque la saisine de la juridiction de l'Etat tiers n'est pas préalable à la saisine de la juridiction de l'Etat membre, celui-ci pouvant dans cette hypothèse apprécier l'état d'avancement de sa propre procédure et en tenir compte dans sa décision de céder ou non la priorité à la procédure étrangère⁶⁸. Enfin, l'introduction d'un mécanisme européen de coordination avec une procédure engagée dans un Etat tiers appelle logiquement le développement de règles européennes régissant l'accueil au sein de l'Union de décisions émanant d'Etats tiers. Le Règlement Bruxelles *Ibis* ne constitue dès lors sans doute qu'une étape de l'évolution de l'espace judiciaire européen.

⁶⁸On aurait pu à tout le moins supprimer l'exigence de priorité chronologique lorsque le juge d'un Etat tiers saisi concurrence, exerce une compétence qui est exclusive tant dans son ordre juridique qu'au sens du Règlement. En ce sens, la suggestion d'A. NUYTS, *art. cit., Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 5.

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation

1. De Brussel Ibis Verordening is in werking getreden

Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

Deze verordening is in werking getreden op 15 januari 2015.

Artikel Patrick Wautelaet (ULg)

Le Règlement Bruxelles Ibis est entré en vigueur

Règlement (UE) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Ce règlement est entré en vigueur le 15 janvier 2015.

Article Patrick Wautelaet (ULg)

2. Europese Verordening over de wederzijdse erkenning van beschermingsmaatregelen in burgerlijke zaken

Verordening (EU) Nr. 606/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 12 juni 2013 betreffende de wederzijdse erkenning van beschermingsmaatregelen in burgerlijke zaken. Deze verordening stelt regels vast voor een eenvoudige en snelle regeling voor de erkenning van beschermingsmaatregelen die in een lidstaat in burgerlijke zaken zijn gelast (artikel 1). Beschermingsmaatregelen zijn beslissingen die door de instantie van afgifte van de lidstaat van oorsprong bevolen worden en waarbij verplichtingen worden opgelegd aan de persoon van wie de dreiging uitgaat, ter bescherming van een andere persoon, wiens fysieke of psychische integriteit mogelijk in gevaar is (artikel 3.1). Een beschermde persoon die in de aangezochte lidstaat een in de lidstaat van oorsprong gelaste beschermingsmaatregel wenst in te roepen, legt aan de bevoegde instantie van de aangezochte lidstaat een afschrift van de beschermingsmaatregel, een certificaat, en indien nodig, een vertaling van het certificaat over. (artikel 4.2)

Deze verordening is in werking getreden op 11 januari 2015.

Règlement européen relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile

Règlement (UE) No 606/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile. Le présent règlement établit des règles régissant un mécanisme simple et rapide de reconnaissance des mesures de protection en matière civile ordonnées dans un État membre (article 1). Des mesures de protection sont les décisions ordonnées par l'autorité d'émission de l'État membre d'origine et imposant à la personne à l'origine du risque encouru des obligations afin de protéger une autre personne, lorsque l'intégrité physique ou psychologique de cette dernière est susceptible d'être menacée (article 3.1). Une personne protégée qui souhaite invoquer, dans l'État membre requis, une mesure de protection ordonnée dans l'État membre d'origine fournit à l'autorité compétente de l'État membre requis une copie de la mesure de protection, le certificat et, si nécessaire, une traduction du certificat (article 4.2).

Ce règlement est entré en vigueur le 11 janvier 2015.

3. Uitvoeringsverordening beschermingsmaatregelen

Uitvoeringsverordening (EU) Nr. 939/2014 van de Commissie van 2 september 2014 tot vaststelling van de certificaten als bedoeld in de artikelen 5 en 14 van Verordening (EU) nr. 606/2013 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wederzijdse erkenning van beschermingsmaatregelen in burgerlijke zaken. Deze uitvoeringsverordening stelt het formulier dat moet worden gebruikt voor de aanvraag van een certificaat vast.

Deze uitvoeringsverordening is in werking getreden op 11 januari 2015.

Règlement d'exécution des mesures de protection

Règlement d'exécution (UE) No 939/2014 de la Commission du 2 septembre 2014 établissant les formulaires de certificats visés aux articles 5 et 14 du règlement (UE) no 606/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile. Ce règlement d'exécution établit le formulaire à utiliser pour une demande de certificat.

Ce règlement d'exécution est entré en vigueur le 11 janvier 2015.

4. Wijzingen door wet tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder

Wet van 18 december 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van internationaal privaatrecht, het Consulair Wetboek, de wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder en de wet van 8 mei 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de invoering van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen bij de wijze van naamsoverdracht aan het kind en aan de geadopteerde.

Deze wet bracht een wijzing aan de artikelen 61 en 62 WIPR aan. De tekst van deze bepalingen leest nu als volgt:

Artikel 61 WIPR

De Belgische rechters zijn bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de vaststelling of betwisting van [een afstammingsband], naast de gevallen voorzien in de algemene bepalingen van deze wet, indien:

- 1° het kind bij de instelling van de vordering zijn gewone verblijfplaats in België heeft;
- 2° de persoon [ten opzichte van wie de afstamming] wordt aangevoerd of betwist, bij de instelling van de vordering zijn gewone verblijfplaats in België heeft; of
- 3° het kind en de persoon [ten opzichte van wie de afstamming] wordt aangevoerd of betwist, bij de instelling van de vordering Belg zijn.

Artikel 62 WIPR

§ 1 De vaststelling en de betwisting van [de afstammingsband ten opzichte] van een persoon worden beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind of, indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling, bij het verrichten van die handeling.

Wanneer het door dit artikel aangewezen rechtsstelsel geen toestemming van het kind eist, worden de vereiste van en de voorwaarden voor diens toestemming evenals de wijze waarop zij wordt uitgedrukt, beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind op het tijdstip van de toestemming zijn gewone verblijfplaats heeft.

§ 2 Wanneer een afstammingsband volgens het recht toepasselijk uit hoofde van deze wet rechtsgeldig wordt vastgesteld tegenover meerdere personen [...], bepaalt het recht toepasselijk op de afstamming die van rechtswege uit de wet voortvloeit welk gevolg een erkenning hierop heeft. [In geval van conflict tussen meerdere afstammingen die van rechtswege uit de wet voortvloeien of die voortvloeien uit meerdere erkenningen, regelt, tussen de aangewezen rechtsstelsels, het recht van de Staat waarmee het geval de nauwste banden heeft, het conflict.]

Deze wet is op 23 december 2014 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Modifications par la loi de l'établissement de la filiation de la coparente

Loi du 18 décembre 2014 modifiant le Code civil, le code de droit international privé, le Code consulaire, la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté.

Cette loi a adapté les articles 61 et 62 du CODIP. Le texte des articles se lit maintenant comme suit:

Article 61 CODIP

Les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant l'établissement ou la contestation [d'un lien de filiation], outre dans les cas prévus par les dispositions générales de la présente loi, si:

- 1° l'enfant a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande;
- 2° la personne [à l'égard de laquelle la filiation] est invoquée ou contestée a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande; ou
- 3° l'enfant et la personne [à l'égard de laquelle la filiation] est invoquée ou contestée sont belges lors de l'introduction de la demande.

Article 62 CODIP

§ 1er L'établissement et la contestation [du lien de filiation à l'égard] d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte.

Lorsque le droit désigné par le présent article ne prévoit pas l'exigence d'un tel consentement, l'exigence et les conditions du consentement de l'enfant, ainsi que le mode d'expression de ce consentement, sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle au moment de ce consentement.

§ 2 Lorsqu'un lien de filiation est établi valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi à l'égard de plusieurs personnes [...], le droit qui régit la filiation résultant de plein droit de la loi détermine l'effet sur celle-ci d'un acte de reconnaissance. [En cas de conflit entre plusieurs filiations résultant de plein droit de la loi ou résultant de plusieurs actes de reconnaissance, le conflit est régi, parmi les droits désignés, par celui de l'Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits.]

Cette loi a été publiée le 23 décembre 2014 au Moniteur belge.

5. Legalisatie

Ministerieel besluit 16 december 2014 houdende toekenning van bevoegdheid op het gebied van legalisatie. Dit ministerieel besluit somt de ereconsulaten op die bevoegdheid tot legalisatie hebben.

Dit ministerieel besluit is op 23 december 2014 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Légalisation

Arrêté ministériel du 16 décembre 2014 portant attribution de compétence en matière de légalisation. Cette arrêté ministériel résume les consulats honoraires qui ont compétence pour légaliser.

Cet arrêté ministériel a été publié le 23 décembre 2014 au Moniteur belge.

6. Omzendbrief reparatiewet afstamming meemoeder en naamswetgeving

Omzendbrief van 22 december 2014 inzake de wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder en de wet van 18 december 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van internationaal privaatrecht, het Consulair Wetboek, de wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder en de wet van 8 mei 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de invoering van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen bij de wijze van naamsoverdracht aan het kind en aan de geadopteerde.

De omzendbrief bevat de volgende tekst over het Wetboek internationaal privaatrecht:

“Het Wetboek van internationaal privaatrecht werd aangepast door de wet van 18 december 2014 zodat de bevoegde rechter en het toepasselijk recht inzake meemoederschap kan bepaald worden in grensoverschrijdende situaties.

In de eerste plaats werd de terminologie van artikel 61 van het Wetboek van internationaal privaatrecht aangepast zodat voor de vaststelling en betwisting van het meemoederschap dezelfde bevoegdhedsregels gelden als voor de vaststelling en betwisting van het vaderschap en moederschap.

Ook wat het toepasselijk recht betreft (art. 62 van het Wetboek van internationaal privaatrecht), is geopteerd voor dezelfde basisregel als die voor het vaderschap en moederschap. Het nationaal recht van de ouder wordt in aanmerking genomen als aanknopingsfactor. Dit betekent dat de vaststelling en de betwisting van het meemoederschap beheerst wordt door het recht van de Staat waarvan de meemoeder de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind, of, indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling (bijvoorbeeld een erkenning), bij het verrichten van die handeling.



Artikel 62, § 2, van het Wetboek van internationaal privaatrecht regelt de mogelijke conflicten die kunnen rijzen indien de afstamming rechtsgeldig wordt vastgesteld ten aanzien van meerdere personen van hetzelfde geslacht. Dit is mogelijk indien die personen een verschillende nationaliteit bezitten en dus op de vaststelling van de afstamningsband verschillende nationale wetten worden toegepast.

Deze paragraaf werd geherformuleerd, aangezien in geval van meemoederschap de afstamming wordt vastgesteld ten aanzien van twee personen van hetzelfde geslacht zonder dat er sprake is van een conflict.

In geval van conflict tussen meerdere afstammingen die van rechtswege uit de wet voortvloeien of die voortvloeien uit meerdere erkenningen, wordt tussen de aangewezen rechtsstelsels het recht toegepast van de Staat waarmee het geval de nauwste banden heeft.

Voor het overige wordt verwezen naar de omzendbrief van 23 september 2004 betreffende de aspecten van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht die betrekking hebben op het personeel statuut.”

Deze omzendbrief is op 29 december 2014 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Circulaire de la légalisation de la filiation de la coparente et la légalisation du nom

Circulaire du 22 décembre 2014 relative à la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 18 décembre 2014 modifiant le Code civil, le Code de droit international privé, le Code consulaire, la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté.

La circulaire au sujet du Code de droit international privé:

“Le Code de droit international privé est adapté par la loi du 18 décembre 2014 afin de désigner le juge compétent et la loi applicable à la comaternité dans les situations transfrontières.

En premier lieu, la terminologie de l'article 61 du Code de droit international privé est adaptée afin de retenir pour la comaternité les mêmes critères de compétence que ceux prévus pour l'établissement et la contestation de la paternité et de la maternité.

En ce qui concerne la loi applicable (art. 62 du Code de droit international privé), on a dès lors opté pour la même règle de base que celle qui prévaut pour la paternité et la maternité. Le droit national du parent est pris en compte comme facteur de rattachement. Cela signifie que l'établissement et la contestation de la comaternité sont régis par le droit de l'Etat dont la coparente a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire (par exemple une reconnaissance), au moment de cet acte.

L'article 62, § 2 du Code de droit international privé règle les éventuels conflits qui peuvent naître si la filiation est établie valablement à l'égard de plusieurs personnes de même sexe. Il

pourrait en être ainsi lorsque ces personnes sont de nationalité différente et voient donc appliquer des lois nationales différentes à l'établissement du lien de filiation.

Ce paragraphe est reformulé étant donné qu'en cas de comaternité la filiation est établie à l'égard de deux personnes de même sexe sans qu'il s'agisse d'un conflit.

En cas de conflit entre plusieurs filiations résultant de plein droit de la loi ou résultant de plusieurs actes de reconnaissance, le conflit est régi, parmi les droits désignés, par celui de l'Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits.

Pour le surplus, il est renvoyé à la circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel.”

Cette circulaire a été publiée le 29 décembre 2014 au Moniteur belge.

7. Omzendbrief legalisatie en onderzoek van vreemde documenten

[Omzendbrief van 14 januari 2015](#) houdende instructies inzake legalisatie en onderzoek van vreemde documenten.

Deze omzendbrief is op 22 januari 2015 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

[Commentaar door Patrick Wautelet \(ULg\) en Jinske Verhellen \(UGent\)](#)

Circulaire légalisation et l'examen des documents étrangers

[Circulaire du 14 janvier 2015](#) relative à la légalisation et à l'examen des documents étrangers.

Cette circulaire a été publiée le 22 janvier 2015 au Moniteur belge.

[Commentaire par Patrick Wautelet \(ULg\) et Jinske Verhellen \(UGent\)](#)