

Hof van Cassatie, arrest van 6 februari 2015

Zie ook Hof van Beroep te Gent, arrest van 23 januari 2014 in [Tijdschrift@ipr.be 2014/1](http://Tijdschrift@ipr.be)

Verbetering geboorteakte – Naam van het kind – Internationale bevoegdheid – Artikel 36 WIPR – Belgische rechter bevoegd wanneer de betrokkene zijn gewone verblijfplaats in België heeft – Toepasselijk recht – Artikel 37 WIPR – Recht van de Staat waarvan de betrokkene de nationaliteit heeft – Russisch recht – Taalkundige vergissing – Schrijfwijze van de familienaam – Geen gevaar voor de openbare orde – Ambtshalve optreden van het openbaar ministerie niet verantwoord

Rectification acte de naissance - Nom de l'enfant – Compétence internationale – Article 36 CODIP – Compétence internationale des juridictions belges lorsque l'intéressé réside habituellement en Belgique – Droit applicable – Article 37 CODIP – Droit de l'Etat dont l'intéressé possède la nationalité – Droit russe – Erreur matérielle – Graphie du nom de famille – Pas de danger pour l'ordre public – Intervention d'office du ministère public non justifiée

PROCUREUR-GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE GENT, met als kantoor te 9000 Gent, Savaanstraat 11/101,

eiser,

tegen

1. **K. K.**, wonende te [...],

2. **Z. K.**, wonende te [...],

verweerders.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 23 januari 2014.

Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert in zijn verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.



III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1. Het openbaar ministerie werpt ambtshalve een middel van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep op: de eiser kan hier niet ambtshalve optreden op grond van artikel 138bis, § 1, Gerechtelijk Wetboek.

Van dit middel werd kennis gegeven aan de partijen overeenkomstig artikel 1097 Gerechtelijk Wetboek.

2. Krachtens artikel 138bis, § 1, Gerechtelijk Wetboek treedt het openbaar ministerie in burgerlijke zaken ambtshalve op telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

Uit die bepaling volgt niet dat het openbaar ministerie ambtshalve een vordering kan instellen telkens als een bepaling van openbare orde of betreffende de openbare orde geschonden werd. De vereisten van de openbare orde die, in de zin van die bepaling, een dergelijk optreden kunnen verantwoorden, veronderstellen dat de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die moet worden verholpen.

3. Het arrest verklaart de door de verweerders ingestelde vordering tot naamsverbetering gegrond en beveelt dat in de geboorteakte van hun dochter K. S. de familienaam “K.” wordt verbeterd in “K[...]/a”. Het verantwoordt zijn beslissing met de in het cassatieberoep bekritiseerde reden dat er in de schrijfwijze van de familienaam in de geboorteakte een materiële vergissing van linguïstische aard is gebeurd.

4. Die beslissing brengt de openbare orde niet zodanig in gevaar dat het ambtshalve optreden van de eiser erdoor verantwoord wordt.

Het middel van niet-ontvankelijkheid is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Laat de kosten ten laste van de Staat.

Bepaalt de kosten op 35,37 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit afdelingsvoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, afdelingsvoorzitter Beatrijs Deconinck, en de raadsheren Alain Smetryns, Koen Mestdagh en Bart Wylleman, en in openbare rechtszitting van 6 februari 2015 uitgesproken door afdelingsvoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal André Van Ingelgem, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.



VERZOEKSCHRIFT HOUDENDE VOORZIENING IN CASSATIE DOOR HET OPENBAAR MINISTERIE

Voor: mevrouw de **Procureur-generaal** bij het Hof van Beroep te Gent, Savaanstraat 11/101, 9000 Gent,

eiser in cassatie.

Tegen: 1. de Heer **K. K.**, geboren te [...] (USSR) op [...], van Russische nationaliteit,

en

2. mevrouw **K. Z.**, geboren te [...] (USSR) op [...], van Russische nationaliteit, samenwonend te [...]

verweerders in cassatie,

met als raadsman Mr. Hendrik CAMERLYNCK, advocaat, met kantoor te 8900 IEPER, Cartonstraat 14.

Aan de Heren Eerste Voorzitter en Voorzitters van het Hof van Cassatie,

Aan de Dames en Heren Raadsheren bij het Hof van Cassatie,

Hooggeachte Dames en Heren,

Eiser heeft de eer een arrest aan uw beoordeling voor te leggen dat op tegenspraak op 23 januari 2014 werd uitgesproken door de 11ter kamer van het Hof van Beroep te Gent (2011/EV/59). (stuk 1)

Feiten en procedurevoorgaanden

Verweerders in cassatie, beiden van Russische nationaliteit, kwamen in januari 2002 als asielzoekers naar België. Ze dienden meerdere opeenvolgende asielaanvragen in welke hen systematisch werden geweigerd en waarbij hen telkens een bevel om het grondgebied te verlaten, werd betekend.

Op 9 maart 2010 verwierven ze uiteindelijk een verblijfsrecht in België ingevolge de grote regularisatiegolf op grond van artikel 9 ter van de Vreemdelingenwet.

Verweerders in cassatie kregen twee kinderen:

- K. S. K., geboren te [...] op [...]
- K. K., geboren te [...] op [...]

Bij eenzijdig verzoekschrift, neergelegd ter griffie bij de rechtbank van eerste aanleg te Ieper op 15 juni 2011, vorderden verweerders in cassatie, optredend in eigen naam, bij toepassing



van artikel 1383 Ger.Wb. de verbetering te horen bevelen van de geboorteakte van hun dochter K. K., meer bepaald vorderden verweerders in cassatie dat de familienaam van hun dochter K. verbeterd zou worden van K. in K[...]a.

Bij vonnis van 26 oktober 2011 oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Ieper dat *“er geen sprake kan zijn van een vergissing die aanleiding zou kunnen geven tot een naamsverbetering, indien de naam in de geboorteakte overeenstemt met de familienaam van de vader. In casu is dit het geval: de dochter draagt dezelfde familienaam als de vader, nl. “K.”.*”

De rechtbank van eerste aanleg te Ieper oordeelde dat de toevoeging van een letter aan de familienaam geen naamsverbetering maar wel een naamsverandering is en de vordering van eisers, thans verweerders in cassatie, bijgevolg ongegrond is.

Bij verzoekschrift neergelegd op 28 november 2011 ter griffie van het Hof van beroep te Gent tekenden verweerders in cassatie hoger beroep aan tegen hoger vermeld vonnis van de rechtbank van eerste aanleg Ieper van 26 oktober 2011.

Lopende de procedure in hoger beroep legden verweerders in cassatie op 8 juni 2013 voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van Ieper een nationaliteitsverklaring af ter verkrijging van de Belgische nationaliteit voor hun dochter K. K. en hun zoon K. K. in toepassing van artikel 11 §2 Wetboek Belgische Nationaliteit.

Op 1 oktober 2013 verkregen K. S. K. en K. K. de Belgische nationaliteit.

Bij arrest van 23 januari 2014 verklaarde de 11ter kamer van het Hof van Beroep te Gent het hoger beroep van verweerders in cassatie ontvankelijk en gegrond.

Het Openbaar ministerie kan op grond van artikel 138 bis §1 Gerechtelijk wetboek in burgerlijke zaken ambtshalve optreden indien de openbare orde in gevaar komt door een toestand die moet worden verholpen (zie de arresten van uw Hof dd. 05 oktober 2001, Arr.cass. 2001, 1646 en dd. 29 maart 1982, Arr.cass. 1981-1982, 944).

Tegen voormeld arrest van 23 januari 2014 wenst eiser in cassatie, wegens geschonden openbare orde, op te komen met volgende middelen tot cassatie.

Eerste middel tot cassatie

Geschonden wetsbepaling:

- Artikel 149 van de Grondwet
- Artikel 17 Ger.W.
- Artikel 18 Ger.W.
- Artikel 373 BW
- artikel 2, tweede lid van de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen.



Aangevochten beslissing

De appelrechter stelt in het bestreden arrest onder titel III (ondertitel: de ontvankelijkheid van de initiële vordering van appellanten – optredend in eigen naam – tot naamsverbetering van de geboortakte van hun dochter, - p. 8 van het bestreden arrest-):

“aangezien de vordering tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand geen hoogstpersoonlijk karakter heeft, kan zij in beginsel worden ingesteld door de wettelijke vertegenwoordiger van een handelingsonbekwame persoon (eigen onderlijning).”

En verder onder dezelfde titel:

“de vaststelling dat de ouders ter zake de vordering niet qualitate qua hebben ingesteld heeft evenwel geen invloed op de toelaatbaarheid van desbetreffende vordering van hen als ouders in eigen naam”

Grieven

Het bestreden arrest bevat een tegenstrijdigheid:

enerzijds stelt het Hof dat de vordering door de wettelijke vertegenwoordiger van een handelingsonbekwame persoon dient te worden ingesteld en stelt anderzijds dat de vordering van verweerders in cassatie die ingesteld is in eigen naam en niet in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger toch toelaatbaar is.

Naamgeving is van openbare orde.

De keuze van de naam is niet vrij beschikbaar en wordt verkregen op de wijzen door de wet bepaald, in de regel is deze gebaseerd op de afstamming. De familienaam behoort tot de persoonlijkheidsrechten en raakt bijgevolg de openbare orde.

De minderjarige is een rechtssubject en is titularis van alle rechten en plichten. Hij is rechtsbekwaam.

Gelet op de minderjarigheid is hij echter handelingsonbekwaam.

De handlingsbekwaamheid is een geldigheidsvoorwaarde om een rechtshandeling te stellen.

De handlingsbekwaamheid is een ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering.

De minderjarige kan zelf geen rechtshandelingen en rechtsvorderingen stellen. Om te vermijden dat dit zou leiden tot een rechtsonbekwaamheid, heeft de werkgever de vertegenwoordiging van de minderjarige voorzien.

Overeenkomstig artikel 373 Burgerlijk Wetboek treden de ouders, wanneer zij samenleven en het gezag over de persoon van het minderjarig kind gezamenlijk uitoefenen, als wettelijke vertegenwoordiger op.

Ongeacht het feit dat verweerders in cassatie een persoonlijk en rechtstreeks belang kunnen hebben bij de naamswijziging van hun dochter, kunnen alleen diegenen over wiens naam het gaat een naamsverandering of naamsverbetering vragen, hetzij in eigen naam indien zij rechtsbekwaam zijn, hetzij door de wettelijke vertegenwoordigers qualitate qua (als formele procespartij) indien zij rechtsonbekwaam zijn.



Wie als formele procespartij in rechte optreedt, moet zich ook als dusdanig kenbaar maken.

In voorkomend geval zijn verweerders in cassatie in eigen naam opgetreden en niet als regelmatige wettelijke vertegenwoordigers van hun minderjarige dochter K. over wiens naam het gaat, maar die handelingsonbekwaam is om zelf in rechte op te treden.

Door enkel in eigen naam op te treden miskennen de verweerders in cassatie die toelaatbaarheidsvereisten om in rechte op te treden, met name het belang en de hoedanigheid en schenden ze hiermee de artikelen 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek.

Door in eigen naam op te treden, hebben de verweerders in cassatie eveneens artikel 373 BW (de ouders, die het ouderlijk gezag uitoefenen treden op als wettelijke vertegenwoordigers voor de rechten die aan de staat van de persoon van de minderjarige verbonden zijn) voor wat betreft de naamsverbetering en artikel 2, tweede lid van de wet van 15 mei 1987 voor wat betreft de naamsverandering, geschonden. Dit laatste artikel bepaalt dat een verzoek tot naamswijziging kan worden ingediend door “de betrokkene zelf of zijn wettelijke vertegenwoordiger” (D. Van Grunderbeeck, “artikel 2 van de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen” in Comm.Pers, losbl, p. 9 en 14).

Derhalve diende de vordering van verweerders in cassatie in elk geval als niet-toelaatbaar te worden afgewezen.

Tweede middel tot cassatie

Geschonden wetsbepaling:

- artikel 1383 Gerechtelijk wetboek

Aangevochten beslissing:

De appelrechter stelde onder titel III (ondertitel: het op de naamsvaststelling toepasselijk recht en de gegrondheid van voormelde vordering tot naamsverbetering sub 2, - p. 10 van het bestreden arrest-):

“Volgens het Russisch recht krijgt het kind de naam van zijn ouders, bij onderscheiden familienamen wordt de familienaam van de vader gegeven of anders, mits akkoord, de familienaam van de moeder.

K. krijgt (zoals haar broer) de familienaam van haar vader conform het Russisch recht.

Echter, in de schrijfwijze van deze familienaam is er in de geboorteakte een materiële vergissing van linguïstische aard gebeurd, reden waarom een naamsverbetering zich terzake wel degelijk opdringt”.



Grieven:

De vordering tot naamsverbetering van verweerders in cassatie is eigenlijk een verzoek tot het gendereigen maken van de familienaam van hun dochter K. en is gebaseerd op linguïstische grond en niet op wettelijke grond.

De procedure van de naamsverbetering wordt geregeld bij artikel 1383 en volgende van het Gerechtelijk wetboek en voorziet een gerechtelijke procedure tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand bij materiële mislag of onwettelijkheid.

De procedure van de naamsverbetering is geënt op een onjuiste vermelding in de geboorteakte als gevolg van een vergissing of onvolledigheid.

Overeenkomstig artikel 37 eerste lid WIPR wordt de vaststelling van de naam beheerst door het recht van de Staat waarvan de persoon de nationaliteit heeft.

Bij het opstellen van de kwestige geboorteakte diende de ambtenaar van de burgerlijke stand te Ieper derhalve toepassing te maken van het Russische recht (stuk 2 - J. VERHELLEN: *“Het wetboek IPR inzake familierecht getoetst aan de praktijk.”* RW, 2012-2013, nr. 40, 1562).

Artikel 18 van de Russische wet op de akten met betrekking tot de staat van de persoon bepaalt: *“bij de registratie van de geboorte wordt als familienaam van het kind, de familienaam van de ouders gegeven. Bij onderscheiden namen van de ouders wordt als familienaam van het kind de familienaam van de vader of mits akkoord van de ouders, de familienaam van de moeder gegeven.”* (stuk 3/3 - stukkenbundel neergelegd door de Procureur-generaal voor het Hof van Beroep)

Het kind K., geboren op [...] diende in toepassing van artikel 18 van de Russische wet op de akten met betrekking tot de staat van de persoon, de naam van haar vader, zijnde K. te krijgen. De ambtenaar van Burgerlijke Stand te Ieper handelde dienovereenkomstig en acteerde voor het kind K. de naam K.

De grondslag waarop de verweerders in cassatie zich beroepen om een ‘a’ toe te voegen aan de familienaam van hun dochter berust bijgevolg niet op de Russische wet, maar op Russische linguïstisch grondslag.

Een taalkundige wijziging, meer bepaald het gendereigen maken van een familienaam door toevoeging van de letter ‘a’ is geen onnauwkeurigheid, onjuistheid, materiële mislag of onwettelijkheid.

Het is zoals de appelrechter het trouwens zelf stelde, “een gegeven van linguïstische aard” en doet niets ter zake en kan niet de grondslag vormen voor de gestelde rechtsvordering tot verbetering van de naam (stuk' 4 - Arr. HvB Antwerpen, 4 april 2001, RW, 2002-2003, nr. 12, 464).

Indien in casu de naam die in de geboorteakte wordt opgenomen overeenstemt met de familienaam van de vader, is er geen sprake van een vergissing of onvolledigheid en kan men zich niet beroepen op de procedure van de naamsverbetering.

Overeenkomstig de Belgische wet dient men bij een verzoek tot linguïstische aanpassing toepassing te maken van de procedure van de naamsverandering.



Overeenkomstig de wet van 15 mei 1987 inzake de namen en voornamen zijn voor de procedure naamsverandering niet de Belgische rechtbanken maar wel de Belgische overheden bevoegd.

Derhalve diende de appelrechter in navolging van de eerste rechter te besluiten dat de vordering een vordering tot naamsverandering betrof en derhalve tot een onbevoegdheid van de Belgische rechtsmacht.

De gevorderde taalkundige wijziging meer bepaald het gendereigen maken van een naam werd echter door de appelrechter beoordeeld als een materiële misslag van de Ambtenaar van de Burgerlijke Stand. Bijgevolg oordeelde de appelrechter verkeerdelijk dat een naamsverbetering kon worden doorgevoegd.

Derde middel tot cassatie

Geschonden wetsbepalingen:

- Artikel 37 eerste lid WIPR
- Artikel 38 WIPR

Aangevochten beslissing

De appelrechter stelde onder titel III (ondertitel: het op de naamvaststelling toepasselijk recht en de gegrondheid van voormelde vordering tot naamsverbetering: sub 1 – p. 10 van het bestreden arrest -):

“Krachtens artikel 37 eerste lid WIPR wordt de vaststelling van de naam van de persoon beheerst door het recht van de Staat waarvan de persoon de nationaliteit heeft”

en vervolgens onder dezelfde titel sub 4, - p. 11 van het bestreden arrest - :

“Het gegeven dat voor de kinderen, in het bijzonder voor K., inmiddels de Belgische nationaliteit werd aangevraagd, doet zelfs in de hypothese van een eventueel gunstig gevolg, aan één en ander geen afbreuk”.

Grieven

De bodemrechter (zowel in eerste aanleg als de appelrechter) hebben de plicht om, desgevallend ambtshalve – daar de wetgeving op de naam van openbare orde is – eerst te onderzoeken of de objectieve voorwaarden vervuld zijn en pas in tweede fase een subjectieve beoordeling te maken.

In toepassing van artikel 37 WIPR heeft de bodemrechter de plicht op het ogenblik van de behandeling en beoordeling van de zaak de nationaliteit van de persoon over wiens naam de rechtsvordering wordt ingesteld, te verifiëren.



De appelrechter diende derhalve op het ogenblik van de beoordeling ambtshalve de nationaliteit van het kind K. te verifiëren (door zich terzake de nuttige stukken te laten voorleggen). Dit klemt dit te meer, gezien de appelrechter kennis had van het gegeven dat er lopende de beroepsprocedure een nationaliteitsverklaring tot het verkrijgen van de Belgische nationaliteit voor het kind K. K. was afgelegd.

Door dit na te laten heeft de appelrechter verkeerdelijk toepassing gemaakt van de Russische wet daar waar dit op het ogenblik van de beoordeling de Belgische wet diende te zijn gezien het kind K. K. inmiddels de Belgische nationaliteit had.

K. S. K. verwierf immers op 1 oktober 2013 de Belgische nationaliteit (stukken 5 en 6).

Derhalve had de appelrechter op grond van het toepasselijke recht (zijnde Belgische recht) dienen vast te stellen dat het kind de naam van de vader, zijnde K., diende te dragen, naam welke K. op het ogenblik van de beoordeling factueel ook droeg.

Waar oorspronkelijk het Russische recht van toepassing was, was dit op het ogenblik van de beoordeling van de vordering door de appelrechter niet langer het geval ingevolge een rechtshandeling die door verweerders in cassatie hangende de procedure werd gesteld en waardoor K. K. de Belgische nationaliteit verkreeg.

Ingevolge de verkrijging van de Belgische nationaliteit werd artikel 38 WIPR toepasselijk dat stelt: *“De vrijwillige of uit de wet voortvloeiende verandering van naam of voornamen van een persoon wordt beheerst door het recht van de Staat waarvan die persoon op het tijdstip van de verandering de nationaliteit heeft.”* (eigen onderlijning)

Op het ogenblik van de beoordeling door de appelrechter had K. K. reeds de Belgische nationaliteit en was dus het Belgisch recht van toepassing. (zie stuk 2 J. VERHELLEN: *“Het wetboek IPR inzake familierecht getoetst aan de praktijk.”* RW, 2012-2013, nr. 40, 1562), wat door de appelrechter werd miskend.

De appelrechter had de plicht om in het bestreden arrest ambtshalve de plicht om bij de beoordeling de nationaliteit te toetsen van degene over wiens naam het gaat, gezien de naamgeving van openbare orde is.

OM DEZE REDENEN

BEHAGE HET AAN HET HOF

Het bestreden arrest te verbreken en de zaak en de partijen te verwijzen naar een ander hof van beroep, zetelend in burgerlijke zaken.

Kosten als naar rechte.

