

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 1 maart 2017

Internationale bevoegdheid – Betwisting afstamming – Gewone verblijfplaats van het kind in Peru – Artikel 61 WIPR – Artikel 11 WIPR – Noodforum als subsidiaire ultieme bevoegdheidsregel

Compétence internationale – Contestation de paternité – Résidence habituelle de l'enfant au Pérou – Article 61 CODIP – Article 11 CODIP – For de nécessité comme règle de compétence subsidiaire et ultime

D., geboren op [...], wonende te [...] Antwerpen, [...];

appellante

vertegenwoordigd door Meester K. Spooen loco Meester E. Van Goethem, advocaat te 2600 Berchem, Koninklijkelaan 60;

tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Antwerpen, van 10 februari 2016;

tegen

1. **C.**, wonende te [...] (Peru);

eerste geïntimeerde

vertegenwoordigd door Meester M. Van Raemdonck loco Meester E. Clijmans, advocaat te 2000 Antwerpen, Schermersstraat 30;

2. **Meester Nathalie Van De Merlen**, advocaat te 2000 Antwerpen, Amerikalei 191, in haar hoedanigheid van voogd ad hoe over het minderjarig kind I., geboren op [...] 2011, wonende te [...] (Peru), aangesteld bij beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 15 januari 2014;

tweede geïntimeerde

in persoon;

Procedure

1. Gelet op de door de wet vereiste processtukken, in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis dd. 10/02/2016 alsmede het verzoekschrift neergelegd op 11/05/2016, waarmee hoger beroep werd ingesteld.

Voorwerp van de vorderingen

2. Het hoger beroep ingesteld door mevrouw D. (hierna ook: *de appellante*) bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 11/05/2016, tegen het vonnis van 10/02/2016 strekt ertoe, bij hervorming van dit bestreden vonnis,

- Te zeggen voor recht dat tot vernietiging zal worden overgegaan van de erkenning van de minderjarige I., geboren op [...] 2011 te [...] (Peru), erkend door de heer H. op 28/01/2013, nu deze laatste onmogelijk de biologische vader kan zijn van deze minderjarige, daar hij werd gesteriliseerd in België, waarvoor er een volledig medisch dossier voorhanden is
- Te zeggen voor recht dat de erkenning strijdig is met de belangen van het kind, nu de heer H. niet de biologische vader kan zijn.

3. De eerste geïntimeerde concludeert dat het Hof zich zonder rechtsmacht zou verklaren (in essentie concludeert zij dienvolgens tot de bevestiging van het bestreden vonnis) en vraagt om appellante te veroordelen tot een schadevergoeding van € 2.000,00 wegens tergend en roekeloos geding. Ondergeschikt, voor zover het Hof zou oordelen dat het rechtsmacht heeft, vraagt zij de vordering van appellante ontoelaatbaar, minstens, ongegrond te verklaren en vraagt zij om appellante te veroordelen tot een schadevergoeding van € 2.000,00 wegens tergend en roekeloos geding. Ten slotte vraagt zij ook de veroordeling van appellante tot de kosten van het geding.

4. De voogd *ad hoc* concludeert tot de onontvankelijkheid, minstens tot de ongegrondheid van de vordering van appellante en vraagt om appellante te veroordelen tot een schadevergoeding van € 2.000,00 wegens tergend en roekeloos geding.

Feiten en retro-acten

5. Appellante was gehuwd met de heer H.

Deze verliet België eind jaren '90 en emigreerde naar Peru, zodat een situatie van feitelijke scheiding ontstond.

De heer H. liet aan appellante op 07/02/2013 een akte van erkenning van een minderjarig kind betekenen, overeenkomstig artikel 319bis BW.

Voordien had de heer H. immers een kind erkend, genaamd I., geboren op [...] 2011 in [...] (Peru).

De heer H. en appellante zijn uit de echt gescheiden bij vonnis van de rechtbank van 1ste aanleg te Antwerpen dd. 11/03/2014. Naar wat partijen ter zitting dd. 07/02/2017 hebben verklaard is de man overleden tijdens de procedure in hoger beroep, zodat het huwelijk is ontbonden door overlijden.

Het kind, I., voormeld, is de zoon van eerste geïntimeerde, zo blijkt uit de bijgebrachte gegevens/stukken.

Naar wat appellante stelt is het volstrekt onmogelijk dat de heer H. vader is van dit kind, aangezien hij voordien werd gesteriliseerd in België ingevolge een medische ingreep.

Appellante stelt dat het de bedoeling was om eerste geïntimeerde, zijn maîtresse, te bevoordelen en zijn nalatenschap te beïnvloeden, mede in het licht van het gegeven dat bij hem een kwaadaardige hersentumor was vastgesteld, waaraan hij trouwens overleed op [...] 2014. Zijn wettig gezin en zijn wettige kinderen in België zouden hierdoor zijn benadeeld.

Overeenkomstig artikel 329bis BW vraagt appellante de nietigverklaring van de erkenning.

De eerste rechter verklaarde zich in het hier bestreden vonnis evenwel zonder rechtsmacht, rechtdoende op de exceptie van gebrek aan rechtsmacht, die was opgeworpen door huidig eerste geïntimeerde, mevrouw C. (hierna ook: *de moeder*).

Volgens de eerste rechter volgt dit uit het feit dat geen toepassing kan worden gemaakt van de onderscheiden bevoegdheidsgronden welke zijn voorzien in artikel 61 WIPR, wat overigens ook wordt erkend door appellante.

Het beroep op artikel 11 WIPR door appellante, het zgn. *noodforum*, werd verworpen door de eerste rechter, met de overweging dat niet blijkt dat de zaak nauwe banden heeft met België en evenmin is aangetoond dat een procedure in Peru onmogelijk zou zijn of dat het onredelijk zou zijn te eisen dat de vordering in het buitenland wordt ingesteld, terwijl er ook geen indicatie is dat de Peruviaanse rechtbanken niet de garanties zouden bieden zoals die voorzien zijn onder artikel 6 H.V.R.M.

Ten slotte merkte de eerste rechter ook nog op dat de kostprijs en het taalprobleem, opgeworpen door appellante, eveneens geldt voor de moeder/huidig eerste geïntimeerde.

Appellante is gegriefd door het bestreden vonnis.

Zij haalt in dat verband aan dat:

- De Belgische rechtbanken bevoegd zijn op grond van artikel 11 WIPR
- De zaak nauwe banden heeft met België, aangezien appellante en wijlen de heer H. in België zijn gehuwd en in eerste instantie ook in België verbleven, terwijl zij ook beiden de Belgische nationaliteit hebben, hier hun huwelijksvermogen hebben en hun kinderen en kleinkinderen hebben (allen met de Belgische nationaliteit) alsook hun gezinswoning en appellante steeds in België heeft verbleven
- Ook de akte van erkenning in België werd betekend
- Wijlen de heer H. nog steeds regelmatig naar België kwam en er aldaar samen met haar dan verbleef en het bed deelde
- De bestaande banden met Peru niet van aard zijn om het nauwe(re) verband met België te verbreken
- Het onredelijk zou zijn om te eisen dat zij haar vordering in Peru zou stellen, nu zij dit land niet kent en ook de taal niet machtig is, terwijl een dergelijk procedureel avontuur ook allesbehalve opportuun is, gelet op de kostprijs en de actuele leeftijd van appellante
- Net zoals ook de voogd *ad hoc* opwerpt, geen garanties bestaan op een onafhankelijk en onpartijdige rechter in Peru.

Ten gronde werpt appellante voorts nog op dat:

- Sprake is van een frauduleuze erkenning, nu wijlen de heer H. was gesteriliseerd, zodat hij onmogelijk de vader kan zijn
- De familierechtbank bevoegd is voor vorderingen inzake de staat van personen en de rechtbank te Antwerpen bevoegd is, met toepassing van artikel 629bis Ger.W.
- Het Belgisch recht ten gronde van toepassing is, gelet op artikel 62 WIPR, aangezien wijlen de heer H. de Belgische nationaliteit had en het zijn vaderschap is dat thans ter betwisting staat
- Bij gebrek aan geboorteakte, die mee werd betekend samen met de akte van erkenning, uitgegaan mag worden van het principe dat er geen bekende moeder was
- Zij beseft dat zij is uitgesloten van het betwistingsrecht

- Daartegenover staat dat het O.M. wel de vaderlijke erkenning kan betwisten, gelet op de openbare orde die in het gedrang wordt gebracht en die door het O.M. moet worden beschermd
- Zij aan het Hof vraagt om het advies in te winnen van het O.M. en daarbij vraagt dat het O.M. de vaderlijke erkenning zou betwisten, nu duidelijk enkel geldelijke belangen aan de basis van deze erkenning liggen, maar volstrekt geen familiale belangen, temeer daar wijlen de heer H. onmogelijk de biologische vader kan zijn
- Het geen probleem vormt dat zij zich thans beroept op een ander wetsartikel dan in de dagvaarding om haar vordering rechtsgrond te verschaffen
- Duidelijk is dat de erkenning door wijlen de heer H. is ingegeven door een wilsgebrek, in die zin dat hij heeft gedwaald dan wel werd bedrogen door huidig eerste geïntimeerde
- Zij weliswaar uitgesloten is van de mogelijkheid zich te beroepen op een wilsgebrek om de nietigverklaring te vorderen van de erkenning, maar niet van de mogelijkheid de nietigverklaring te vorderen o.g.v. het niet-naleven van de wettelijke bepalingen, waar duidelijk is dat zowel de *algemene* vormvereisten (de erkenning is niet gebeurd voor een notaris of de ambtenaar van de burgerlijke stand, overeenkomstig artikel 327 BW) niet werden nageleefd als de *bijzondere* vormvereisten (aangezien noch de notaris noch de ambtenaar van de burgerlijke stand kennisgeving deed van de erkenning, overeenkomstig artikel 319bis BW)
- Overigens zowel de ambtenaar van de burgerlijke stand als de notaris zouden moeten weigeren om een akte van erkenning op te stellen, gelet op de manifeste onmogelijkheid van biologisch/genetisch vaderschap en de wilsgebrek voorhanden in hoofde van wijlen de heer H.
- Zij wenst dat het Hof, overeenkomstig artikel 331 septies BW, vaststelt dat er geen afstammingsband bestaat tussen wijlen de heer H. en het minderjarig kind, alhier vertegenwoordigd door de voogd *ad hoc*
- Het eventuele bezit van staat totaal irrelevant is, gelet op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof
- De vorderingen wegens beweerd tergend en roekeloos geding volstrekt ongegrond zijn.

De eerste geïntimeerde, moeder van het minderjarig kind, haalt aan dat:

- Wijlen de heer H. sedert 1 december 1998 officieel stond ingeschreven in Peru als zijnde daar woonachtig
- De strikte uitzonderingsbepaling van artikel 11 WIPR in casu niet van toepassing is en de elementen die appellante aanhaalt geen verantwoording kunnen opleveren van de beweerde nauwe band van de zaak met België
- De voorwaarden om het noodforum in te roepen duidelijk niet zijn voldaan en appellante alleszins faalt in haar bewijslast
- Zelfs bij leugenachtige erkenningen het bezit van staat primeert, in weerwil van wat appellante in dat verband ook moge beweren
- De vordering tot nietigverklaring een voorbehouden vordering is, die niet door appellante kan worden ingesteld
- Ingevolge de Wet van 1 juli 2006 het aantal vorderingsgerechtigden aanzienlijk werd beperkt op een limitatieve wijze
- Geen van de 2 wettelijke mogelijkheden om de erkenning/vaderlijke afstamming te betwisten voor appellante open staan, aangezien zij niet vorderingsgerechtigd is
- Zij zich aansluit bij de argumenten ontwikkeld door de voogd *ad hoc*, voor wat betreft het belang van het kind
- Nogmaals de nadruk moet worden gelegd op de rust der families en de zekerheid van sociale en familiale banden
- Ook zij een tegeneis stelt wegens tergend en roekeloos geding.

De voogd ad hoc, tweede geïntimeerde, haalt aan dat:

- Niet voldaan is aan de bevoegdheidsvoorschriften van artikel 61 WIPR
- Wel toepassing kan worden gemaakt van artikel 11 WIPR (gelet op de nauwe banden van de zaak met België), te meer daar van haar niet kan worden verwacht deze of een andere procedure te voeren in Peru, terwijl ook op internet berichten circuleren over rechters die worden omgekocht in Peru en niet duidelijk is wie in Peru de taak op zich zal nemen van voogd over de belangen van het minderjarige kind
- Toepassing moet worden gemaakt van Belgisch recht, gelet op de Belgische nationaliteit van de erkenner, wijlen de heer H.
- Aangezien het kind een moeder heeft en dus een afstamming langs moederszijde is vastgesteld, geen toepassing kan worden gemaakt van artikel 329 bis BW
- Artikel 330 BW daarentegen van toepassing is
- De erkenning geenszins strijdig is met de belangen van het kind, niet in het minst aangezien een dubbele afstamming van belang is en ook een financieel belang een daadwerkelijk belang uitmaakt
- De vordering van appellante een tergend en roekeloos karakter heeft.

Beoordeling

Toelaatbaarheid van het hoger beroep

6. Het bestreden vonnis dateert van 10/02/2016.

Dit vonnis werd betekend op 13/04/2016.

Het hoger beroep tegen dit vonnis werd ingesteld door appellante bij verzoekschrift, ingediend ter griffie van dit Hof op 11/05/2016 en is regelmatig naar vorm en termijn.

Het hoger beroep is toelaatbaar.

Zoals ter zitting dd. 07/02/2017 werd verduidelijkt stelt de voogd *ad hoc* impliciet incidenteel hoger beroep in, in zoverre de eerste rechter zich zonder rechtsmacht verklaarde. De voogd *ad hoc* betwist de vordering van appellante wel ten gronde.

Ook het incidenteel hoger beroep, ingesteld bij conclusies op tegenspraak en nader verduidelijkt, zoals hiervoor toegelicht, is toelaatbaar.

De (vraag naar de) rechtsmacht van de Belgische rechter

7. Voorafgaandelijk dient het Hof zich vanzelfsprekend te buigen over de exceptie van gebrek aan rechtsmacht, die een preliminaire exceptie is.

De eerste rechter heeft de exceptie gegrond verklaard en hij verklaarde zich zonder rechtsmacht, met de hoger weergegeven motivering.

Appellante is hierdoor gegriefd.

Ook de voogd *ad hoc* bestrijdt het oordeel van de eerste rechter, zoals hoger (randnummer 5) is uiteengezet.

8. Het staat niet ter betwisting dat de bevoegdheidsregel van artikel 62 WIPR *geen* toepassing kan vinden.

Het debat concentreert zich bijgevolg rond de toepassing van artikel 11 WIPR.

Met toepassing van deze bepaling zijn, onverminderd de andere bepalingen van deze wet, de Belgische rechters *uitzonderlijk* bevoegd wanneer de zaak nauwe banden met België heeft en een procedure in het buitenland onmogelijk blijkt of het onredelijk zou zijn te eisen dat de vordering in het buitenland wordt ingesteld.

Dit zogenaamde noodforum dient conform de bewoording ervan wel de *uitzondering* te blijven.

Het geldt als subsidiaire ultieme bevoegdheidsregel om de bevoegdheid toch aan een Belgische rechter toe te kennen.

Hiervoor geldt een dubbele vereiste: niet alleen moet de zaak nauwe banden met België hebben maar bovendien moet een procedure in het buitenland onmogelijk blijken of moet het onredelijk zijn te eisen dat de vordering in het buitenland wordt ingesteld.

De bewijslast dat is voldaan aan deze vereisten ligt bij wie zich op de toepassing beroept van het bewuste artikel 11 WIPR, zijnde appellante en de voogd *ad hoc*.

Aangezien het een uitzonderingsbepaling is op de algemene bevoegdheidsregels (in casu op artikel 62 WIPR) moet deze bepaling strikt worden toegepast en uitgelegd, zodat ook streng moet worden toegezien op de naleving van de cumulatieve vereisten, zoals hoger vermeld.

Vooraf inzake het vereiste dat een procedure in het buitenland onmogelijk zou blijken of het onredelijk zou zijn te eisen dat de vordering in het buitenland wordt ingesteld is een objectief, minstens objectiveerbaar bewijs vereist.

Loutere beweringen, vage insinuaties of niet gestaafde veronderstellingen volstaan niet.

Zelfs twijfel speelt, gelet op voorgaande overwegingen, in het nadeel van wie het noodforum inroept.

9. Het Hof wil aannemen dat de zaak nauwe banden heeft met België: in zoverre kan het appellante ook volgen, niettegenstaande de zaak uiteraard ook {minstens even} nauwe banden vertoont met Peru, het land waar het kind en zijn moeder (1ste geïntimeerde) verblijven en waar het kind is geboren en erkend.

10. Dat een procedure in het buitenland (meer bepaald in Peru) onmogelijk blijkt of het onredelijk zou zijn te eisen dat de vordering aldaar wordt ingesteld toont appellante (of de voogd *ad hoc*) evenwel niet afdoende aan.

Vormelde voorwaarde moet zo worden begrepen en geïnterpreteerd dat het noodforum dient als specifiek vangnet en *de facto* tot roeping heeft de grondrechten te vrijwaren van diegene die er zich op beroept.

Slechts wanneer er rechtsweigering dreigt of het recht op toegang tot de rechter daadwerkelijk in het gedrang komt (en niet kan worden gegarandeerd) dringt zich een toepassing op van deze exceptionele bevoegdheidsgrond.

Het bestaan van ernstige fundamentele hindernissen, hetzij van praktische, hetzij van juridische aard, is dan ook vereist opdat de uitzonderlijke bevoegdheidsgrond van het noodforum zou kunnen spelen.

Dit betreft o.a. gevallen waar in het ander land (dat normaal bevoegd is) een burgeroorlog heerst, aldaar geen rechtssysteem bestaat of werkzaam is of waar alle rechtsstatelijke principes met de voeten worden getreden.

Anderzijds werd de hypothese beoogd dat de procespartij-aanlegger het land in kwestie, waar de procedure normaliter moet plaatsvinden, niet mag binnenkomen of dat zijn fysieke integriteit aldaar gevaar zou lopen.

Deze (uitzonderlijke) situaties zijn echter niet voorhanden, alleszins niet afdoende bewezen door de appellante of de voogd *ad hoc*.

Er wordt immers geen enkel stuk voorgelegd waaruit de beweerde fundamentele tekortkomingen van het Peruviaanse rechtssysteem (bvb. rapporten van mensenrechtenorganisaties of onafhankelijke internationale instellingen) zouden blijken.

Ten slotte is ook de loutere meerkost verbonden aan een procedure in het buitenland haast de logica zelve, zij het dat dit zuiver financieel gegeven niet kan worden aanzien als een uitzonderingssituatie, die in afwijking van de normale regels de bevoegdheid wettigt van het noodforum.

11. De rigoureuze interpretatie van artikel 11 WIPR tast het recht op toegang tot de rechter niet aan.

Appellante heeft wel degelijk een recht op toegang tot de rechter: dat deze rechter niet de Belgische rechter is doet hieraan geen afbreuk.

Het is nu eenmaal eigen aan grensoverschrijdende geschillen met internationale raakpunten dat toepassing moet worden gemaakt van internationale privaatrechtelijke voorschriften, ook op het vlak van de bevoegdheid/rechtsmacht.

Ook de (voor appellante *in casu* minder voordelige) toepassing van regels van internationaal privaatrecht kan op zich niet worden aanzien als een belemmering van het recht op toegang tot de rechter (vgl. o.a.: M. Traest en L. Samyn, "Het recht op toegang tot de rechter in het Europese internationaal privaatrecht", in *Recht op toegang tot de rechter*, A. Van Oevelen, J. Rozie en S. Rutten (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2016, (45), 52-53, nr, 9).

Ten slotte doet ook het argument van de voogd *ad hoc*, met name dat niet is aangetoond dat in Peru over de belangen van de minderjarige wordt gewaakt, evenmin afbreuk aan bovenstaande overwegingen, afgezien nog van het feit dat de bewijslast voor dit ingeroepen motief in casu bij de voogd ad hoe zelf ligt en dat deze, o.a. bij gebrek aan overlegging van de Peruviaanse wetgeving, faalt in haar bewijslast.

12. Het hoger beroep is ongegrond, net als het incidenteel hoger beroep.

13. De eerste rechter heeft terecht geoordeeld geen rechtsmacht te hebben.

De tegeneis wegens tergend en roekeloos hoger beroep

14. De tegenvorderingen van de beide geïntimeerden wegens tergend en roekeloos geding (dit moet worden begrepen als een tergend en roekeloos *hoger beroep*, aangezien geen dergelijke tegenvorderingen werden gesteld in de procedure voor de eerste rechter en het feit dat het O.M. in zijn schriftelijk advies voor de eerste rechter toepassing suggereerde van artikel 780bis Ger.W. doet hieraan geen afbreuk) zijn toelaatbaar, maar ongegrond.

Naar het oordeel van het Hof kan immers niet *a priori* worden gesteld dat appellante geen kans op slagen had.

De beslissing tot aanwending van het rechtsmiddel van het hoger beroep getuigt in onderhavige zaak niet van een lichtzinnige overweging, in die zin dat een gemiddeld zorgvuldige en redelijke handelende persoon nooit tot een dergelijke beslissing zou zijn gekomen.

Finaal is de appreciatie van het verzoek tot toepassing van het zgn. noodforum *ex artikel 11 WIPR* een feitelijk gegeven eigen aan de zaak, waar het loutere feit dat het hoger beroep ongegrond is niet *ipso facto* getuigt van een foutieve, lichtzinnige of abusieve handeling of processuele keuze.

Overigens getuigt de proceshouding van de voogd *ad hoc* niet bepaald van consequentie, nu deze het hoger beroep van appellante kwalificeert als tergend en roekeloos, waar zijzelf incidenteel hoger beroep aantekent, met precies dezelfde argumentatie, met name dat het noodforum van artikel 11 WIPR, in weerwil van wat de eerste rechter oordeelde, wel degelijk van toepassing zou zijn.

De kosten

15. De eerste rechter heeft correct gestatueerd over de kosten van het geding in eerste aanleg, zodat diens beslissing terzake kan worden bevestigd.

16. Aangezien het hoger beroep ongegrond is, net als het incidenteel hoger beroep, terwijl ook de tegeneisen ongegrond zijn, worden alle kosten van de procedure in hoger beroep omgeslagen, op de wijze zoals nader toegelicht in het beschikkend gedeelte van onderhavig arrest.

Beslissing

Het Hof beslist bij arrest op tegenspraak.

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

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

Verklaart het (principaal) hoger beroep en het incidenteel hoger beroep toelaatbaar maar ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis.

Verklaart de tegeneis(en) van de beide geïntimeerden wegens tergend en roekeloos hoger beroep toelaatbaar, maar ongegrond.

Slaat de kosten van de procedure in hoger beroep om, in die zin dat elke partij haar eigen kosten draagt en de rechtsplegingsvergoedingen over en weer worden gecompenseerd.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 1 maart 2017 door

J.M. Wetsels	Voorzitter
C. Lutters	Raadsheer
B. Van den Bergh	Raadsheer
N. Van de Vijver	Griffier