

## Hof van beroep Gent, arrest van 20 september 2018

*Afstamming – Internationale bevoegdheid – Vaderlijke erkenning – Artikel 61, 1° WIPR – Gewone verblijfplaats kind – Belgische rechter – Toepasselijk recht – Artikel 62, § 1, 1ste lid WIPR – Recht van de nationaliteit van de aspirant-erkenner – Ivoriaans recht – Artikel 62, § 1, 2° lid WIPR – Toestemming moeder en/of kind – Geen toestemming moeder – Rechterlijke machtiging tot vaderlijke erkenning – Kind ouder dan één jaar – Rekening houden met het belang van het kind – Geen machtiging*

*Filiation – Compétence internationale – Reconnaissance paternelle – Article 61, 1° CODIP – Résidence habituelle de l'enfant – Juridiction belge – Droit applicable – Article 62, § 1, al. 1 CODIP – Droit de la nationalité du candidat à la reconnaissance – Droit ivoirien – Article 62, § 1, al. 2 CODIP – Consentement de la mère et/ou de l'enfant – Absence de consentement de la mère – Autorisation judiciaire de procéder à la reconnaissance – Enfant âgé de plus d'un an – Prise en compte de l'intérêt de l'enfant – Refus de l'autorisation*

In de zaak van

**J.** (°[...] 1980), van de Belgische nationaliteit, wonende te [...] Berlare [...]

appellante

voor wie optreedt mr. Van Kerckhove Ghislaine, advocaat met kantoor te 9230 Wetteren, Wegvoeringstraat 62

tegen

**A.** (°[...] 1986), van de Ivoriaanse nationaliteit, verblijvende te [...] Brugge, [...]

geïntimeerde

voor wie optreedt mr. Loobuyck [...], advocaat met kantoor te 8000 Brugge, Langestraat 46 bus 1

met

**M.** (°[...]2016)

wonende te [...] Berlare [...],

minderjarige

met vertegenwoordiging door voogd ad hoc mr. Bracke Michaël, advocaat met kantoor te 9200 Dendermonde, Noordlaan 78 bus 3, daartoe aangewezen bij beschikking van de (afdelings)voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, van 9 februari 2017,

wijst het hof het volgende arrest.

## I. Beroepen vonnis

1. Bij dagvaarding van 24 april 2017 initieert A. (°[...] 1986) onderhavige procedure voor de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde.

Hij beoogt in essentie een rechterlijke machtiging tot vaderlijke erkenning van zijn beweerde biologische zoon M. (°[...] 2016), zo nodig na een DNA-onderzoek.

Hij richt zich als aspirant-erkenner in de eerste plaats tegen J. (°[...] 1980), die (blijkbaar) de beoogde erkenning weigert.

Hij richt zich bovendien tegen M., die wordt vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc*, daartoe aangewezen bij beschikking van 9 februari 2017 van de (afdelings)voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde (gelet op het alsnog toepasselijke art. 331*sexies* BW; vgl. thans P. Senaeve, "De wijzigingen inzake familierecht en inzake familieprocesrecht door de Wet van 6 juli 2017 (Wet Potpourri V)" in P. Senaeve en G. Verschelden (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 99-100, nrs. 171-172).

2. J. beoogt (enkel mondeling) de afwijzing van de vordering van A.

Zij betwist het biologische vaderschap van A. niet, maar acht diens vordering in strijd met het belang van M.

Op die manier wordt gefocust op de toepassing van het Belgische materiële afstammingsrecht, inzonderheid artikel 329*bis* BW, terwijl voorts een DNA-onderzoek inopportuun wordt bevonden.

3. De voogd *ad hoc* neemt namens M. mondeling standpunt in: hij gedraagt zich naar het oordeel van de rechtbank.

4. Bij vonnis van 29 juni 2017 in de zaak met AR nummer [...] verklaart de D 31ste familiekamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, de vordering ontvankelijk en gegrond, met veroordeling van J. tot de nader begrote gedingkosten.

5. Bij gerechtsdeurwaardersexploot van 15 september 2017 laat A. overgaan tot betekening van het vonnis van 29 juni 2017.

## II. Hoger beroep

1. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het hof op 13 oktober 2017, stelt J. hoger beroep in tegen het vonnis van 29 juni 2017.

Met haar (beperkt) hoger beroep beoogt J., met hervorming van het beroepen vonnis, de afwijzing van de vordering van A. met het oog op rechterlijke machtiging tot vaderlijke erkenning van diens beweerde biologische zoon M. (als ontvankelijk doch ongegrond).

Tot slot beoogt J. de veroordeling van A. tot de gedingkosten van beide aanleggen, die zij nader begroot als: (1) een rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg ten bedrage van 90,00 euro, (2) het rolrecht in hoger beroep ten bedrage van 230,00 euro en (3) een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep ten bedrage van 90,00 euro.

2. A. neemt conclusie tot afwijzing van het hoger beroep en zodoende tot bevestiging van het beroepen vonnis, met veroordeling van J. tot de (nader begrote) gedingkosten van beide aanleggen.

3. De voogd *ad hoc* neemt namens M. mondeling standpunt in: hij richt zich (eens te meer) naar het oordeel van het hof, zij veeleer met aansluiting bij de procespositie van J.

4. De zaak is behandeld op de terechtzitting van 6 september 2018.

J. en A. waren daarbij ook in persoon aanwezig.

Vervolgens heeft het hof het debat gesloten.

Het openbaar ministerie is gehoord in zijn mondeling advies (tot inwilliging van het hoger beroep), waarop de partijen mondeling repliceren.

Nadien heeft het hof de zaak in beraad genomen.

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

Het hof aanziet de conclusie van J. van 19 april 2018 en de conclusie van A. van 3 juli 2018 als alomvattende syntheseconclusies in de zin van artikel 748*bis* Ger.W., om ze aldus (met alle bijhorende stukken), met instemming van de partijen, in het debat te houden.

6. Anders dan A. wil voordoen, bevat het verzoekschrift tot hoger beroep van J. wel degelijk grieven in de zin van artikel 1057, *sub* 7° Ger.W., ook wat betreft de door J. bedoelde 'schijnerkenning'.

7. Het tijdig en regelmatig ingestelde principaal hoger beroep van J. is ontvankelijk (artt. 1051, 1056, *sub* 2° en 1057 Ger.W.).

### III. Beoordeling

1. Krachtens artikel 61, *sub* 1° WIPR is de Belgische rechter internationaal bevoegd om van onderhavige afstammingsvordering kennis te nemen, nu M. zijn gewone verblijfplaats in België heeft (T. Kruger en J. Verhellen, *Internationaal privaatrecht – De essentie*, Brugge, die Keure, 2016, 267-268; zie bv. ook Famrb. Brussel (NI.) 15 februari 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2016, 101). Intern is de familierechtbank bevoegd (gelet op art. 572*bis*, *sub* 1° Ger.W.; K. Devolder, "De invoering van een familie- en jeugdrechtbank – Commentaar bij de wet van 30 juli 2013", *T.Fam.* 2014, 132-133, nr. 15) en meer precies in eerste instantie de familierechtbank te Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, (gelet op het ten tijde van het initiëren van onderhavig geding inzake afstammingsvorderingen nog toepasselijke art. 629*bis*, § 5 Ger.W.; vgl. thans P. Senaeve, "De wijzigingen inzake familierecht en inzake familieprocesrecht door de Wet van 6 juli 2017 (Wet Potpourri V)" in P. Senaeve en G. Verschelden (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 123-126, nrs. 217-222) en voorts het hof van beroep te Gent.

2. Wat betreft het toepasselijke recht (in de zin van art. 63 WIPR), verwijst artikel 62, § 1, eerste lid WIPR in de eerste plaats naar het recht van de nationaliteit van de beweerde vader/aspirant-erkenner, *in casu* het Ivoriaanse recht, aangezien A. de Ivoriaanse nationaliteit heeft (zie E. Guldix, "Art. 62 WIPR" in J. Erauw e.a., *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 332-336).

Artikel 62, § 1, tweede lid WIPR nuanceert evenwel dat, wanneer het krachtens het eerste lid aangewezen rechtstelsel geen toestemming/instemming van het kind vereist, de vereiste van en de voorwaarden voor diens toestemming/instemming evenals de wijze waarop zij wordt uitgedrukt

worden beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind op het tijdstip van de toestemming zijn gewone verblijfplaats heeft.

Die nuance/aanknoping wordt verantwoord door het beginsel van de nauwe verbondenheid (van het kind en het recht dat zijn afstammingsbanden bepaalt) en de bezorgdheid om het belang van het kind te vrijwaren (zie ook J. Erauw en M. Fallon, *De nieuwe wet op het internationaal privaatrecht – De Wet van 16 juli 2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 161-163).

3. Bij gebrek aan (andersluidende) precisie van de Ivoriaanse afstammingswetgeving wordt aangenomen dat bij een beoogde vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks minderjarig kind geen toestemming/instemming van dit kind wordt vereist, zij het dat het kind mogelijk na zijn meerderjarigheid de erkenning kan aanvechten.

Daarbij komt dat M., over wiens afstamming het hier gaat, sinds zijn geboorte en tot op heden zijn gewone verblijfplaats in België heeft. M. heeft voorts geen enkele binding met de Ivoorkust.

Het hof neemt dan ook aan dat, gelet op voormeld beginsel van de nauwe verbondenheid (van het kind en het recht dat zijn afstammingsbanden bepaalt) en de bezorgdheid om het belang van het kind te vrijwaren, de toepassing van het Belgische materiële afstammingsrecht zich opdringt, inzonderheid de toepassing van artikel 329*bis* BW aangaande de toestemming/instemming van de moeder en het kind (zie dienaangaande onder meer P. Senaeve en C. Declerck, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, 257-261, nrs. 812-826; G. Verschelden, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, 48-49, nrs. 106-108).

Alle partijen beamen overigens (ter terechtzitting van 6 september 2018) uitdrukkelijk én de toepasbaarheid én de toepasselijkheid van het Belgische materiële afstammingsrecht (zie voorts ook de artt. 15 en 19, § 1 WIPR).

4. De vaderlijke erkenning is geen eenzijdige rechtshandeling daar waar in de regel de prealabele toestemming/instemming van de moeder en/of het kind is vereist. De drie bij de afstammingsband betrokken personen hebben derhalve een zeker zeggenschap, zij het (1) wat betreft het kind slechts vanaf een bepaalde leeftijd en (2) wat betreft de moeder slechts tot het kind een bepaalde leeftijd heeft bereikt.

Gaat het, zoals *in casu*, om de erkenning van een (niet-ontvoegd) minderjarig kind dat de volle leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt, dan is krachtens artikel 329*bis*, § 2 BW (enkel) de prealabele toestemming/instemming van de moeder vereist.

In geval van weigering, zoals *in casu*, geldt verhaalsmogelijkheid voor de familierechtbank, waarbij de aspirant-erkenner een rechterlijke machtiging tot vaderlijke erkenning beoogt.

Het is die verhaalsmogelijkheid die A. thans benut.

5. A. en J. hebben blijkbaar een (zeer) kortstondige relatie gehad met een (of meer) seksuele betrekking(en), waarbij M. is verwekt. Ten tijde van de geboorte van M. was de relatie hoe dan ook gedaan.

A. en J. schetsen tegenstrijdige verhaallijnen omtrent het verdere verloop.

Volgens A. zou hij verder contact (hebben) willen aanhouden en zodoende zijn verantwoordelijkheid willen opnemen, terwijl J. dit verhinderde.

Volgens J. was/is het A. (ondanks diens krampachtige aandringen) enkel te doen om de regularisatie van zijn illegaal verblijf in België. J. beklemtoont daarbij bovendien (1) het overmatig alcoholgebruik van A., (2) diens gebrek aan werk en inkomen (alhier) dan wel financieel engagement en (3) diens geloofsovertuiging die maakt dat hij M. zou willen laten besnijden.

Daarbij komt (nog steeds volgens J.) dat een ernstig risico bestaat dat A., zodra mogelijk, M. zou meenemen/ontvoeren naar een onbekende bestemming.

J. stelt centraal dat A. haar enkel heeft gebruikt om middels een kind zijn illegaal verblijfsstatuut te regulariseren.

A. van zijn kant beklemtoont dat het, de andersluidende verhaallijn/beweringen van J. ten spijt, weldegelijk zijn oprechte bedoeling is zijn vaderschap(srol) met M. op te nemen.

6. Zoals aangegeven, weigert J. als moeder van M. (die de volle leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt) haar prealabele toestemming/instemming te verlenen, waarop A. als aspirant-erkenner verhaal instelt.

Dit verhaal kan een rechterlijke machtiging tot vaderlijke erkenning behelzen, doch geen erkenning als zodanig (Brussel 28 januari 2003, *NjW* 2003, 969).

7. Aangezien *in casu* (inz. door J.) niet wordt bewezen dat A. als aspirant-erkenner niet de biologische vader is (nu het beweerd biologische vaderschap niet wordt betwist doch enkel de opportuniteit van de beoogde erkenning), komt het de familierechter toe machtiging tot vaderlijke erkenning te verlenen, althans in de regel.

Krachtens de wettekst van artikel 329*bis*, § 2 BW moet de familierechter, ingeval het gaat om een kind jonger dan één jaar, machtiging tot vaderlijke erkenning (door de niet-betwiste biologische vader) verlenen, zonder het belang van het kind te beoordelen. Ingeval het gaat om een kind ouder dan één jaar, heeft de familierechter een opportuniteitsoordeel in die zin dat hij de beoogde vaderlijke erkenning (door de niet-betwiste biologische vader) enkel kan weigeren indien ze kennelijk strijdig met het belang van het kind overkomt. Dergelijke marginale toets betekent dat met het belang van het kind slechts rekening wordt gehouden indien het ernstig wordt geschaad.

Het belang van het kind moet worden bekeken gelet op het voorwerp van de vordering, meer precies de toekenning van een juridische staat aan een kind die correspondeert met de biologische afstammingsband veeleer dan gelet op de uitoefening van de rechten die een afgeleide zijn van de afstamming, zoals het ouderlijk gezag en het verblijfsrecht. In de regel heeft een kind belang bij een tweezijdige afstammingsband en derhalve bij een afstammingsband én van moederszijde én van vaderszijde (G. Verschelden, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, 50-51, nr. 111).

8. Het Grondwettelijk Hof heeft zowel de beperking van het toepassingsgebied van de opportuniteitstoets tot kinderen ouder dan één jaar als het marginale karakter van deze toets ongrondwettig bevonden.

In zijn arresten van 16 december 2010 (*T.Fam.* 2011, 56, noot P. Senaeve) en 2 juli 2015 (in zaken met nrs. 101/2015 en 102/2015) oordeelt het Grondwettelijk Hof dat artikel 329*bis*, § 2, derde lid BW de artikelen 10-11 en/of 22*bis*, vierde lid GW schendt in zoverre het de familierechter:

- ingeval het gaat om een kind jonger dan één jaar (op het ogenblik van het initiëren van de verhaalsprocedure), verplicht om machtiging tot vaderlijke erkenning (door de niet-betwiste biologische vader) te verlenen, zonder het belang van het kind te (kunnen) beoordelen;
- ingeval het gaat om een kind ouder dan één jaar (op het ogenblik van het initiëren van de verhaalsprocedure), beperkt in zijn opportuniteitsoordeel in die zin dat hij de beoogde vaderlijke erkenning (door de niet-betwiste biologische vader) enkel kan weigeren indien ze kennelijk strijdig met het belang van het kind overkomt.

Een grondwetsconforme lezing/toepassing van artikel 329*bis*, § 2, derde lid BW impliceert dan ook dat de familierechter:

- ingeval het gaat om een kind jonger dan één jaar (op het ogenblik van het initiëren van de verhaalsprocedure), evengoed het belang van het kind kan beoordelen (zie bv. Brussel 29 mei 2012, *T.Fam.* 2013, 201, noot U. Cerulus);
- ongeacht of het gaat om een kind jonger of ouder dan één jaar (op het ogenblik van het initiëren van de verhaalsprocedure) een opportuniteitsoordeel heeft in die zin dat hij de beoogde vaderlijke erkenning zonder meer kan afwegen met het belang van het kind.

Het belang van het kind moet dus telkenmale, daar waar de niet-betwiste biologische vader de vaderlijke erkenning beoogt, ten volle worden getoetst.

Dit betekent dat de familierechter de vordering ook kan afwijzen in gevallen waarin het kind niet ernstig in gevaar komt door de vaststelling van de afstammingsband, maar waarbij het belang van het kind om geen afstammingsband met de aspirant-erkenner te hebben, de bovenhand neemt op het belang van deze laatste bij de vaststelling van de afstammingsband. Artikel 22*bis*, vierde lid GW en artikel 3.1 IVRK verplichten de rechters om in de eerste plaats het belang van het kind in aanmerking te nemen in procedures die op het kind betrekking hebben.

Onder die noemer vallen volgens het Grondwettelijk Hof ook alle procedures in verband met de vaststelling van de afstammingsband. Volgens het Grondwettelijk Hof moet er dus een concrete belangenafweging plaatsvinden waarbij het belang van het kind primeert, maar tegelijk ook de belangen van alle andere partijen in het afstammingsgeding in overweging moeten worden genomen. Bij een volle toetsing mag de rechter niet enkel en alleen een ernstig gevaar voor het kind of een totale onverschilligheid voor het kind aan de zijde van de aspirant-erkenner in rekening brengen om diens vordering af te wijzen. Maar hij mag tegelijk niet in het andere uiterste vervallen door het belang van het kind *in abstracto* voorrang te verlenen (G. Verschelden, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, 51-53, nr. 112).

9. De andersluidende verhaallijn en het opgezette scenario van A. ten spijt, blijkt voor hem de (kortstondige) relatie met J. en het (meteen) verwekte kind uitsluitend te dienen om in Europa/België verblijfsrechten te verkrijgen (zie in die optiek intussen ook de wet van 19 december 2017 'tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Gerechtelijk Wetboek, de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en het Consulair Wetboek met het oog op de strijd tegen de frauduleuze erkenning en houdende diverse bepalingen inzake het onderzoek naar het vaderschap, moederschap en meemoederschap, alsook inzake het schijnhuwelijk en de schijnwettelijke samenwoning' met bijhorende omzendbrief van 21 maart 2018).

Een dienstig engagement van A. in het belang van M. blijkt geenszins, integendeel.

A. initieert onderhavige procedure middels dagvaarding van 24 april 2017, nagenoeg een jaar na de geboorte van M., daar waar A. als illegale vreemdeling repatriëring riskeert.

Hoe dan ook wil A. *hic et nunc*, middels de beoogde vaderlijke erkenning van M., (nog steeds) (uitsluitend) zijn eigen belang dienen en geenszins dat van M. Een (beweerde, hoe dan ook uiterst kortstondige) affectieve relatie en een binnen die relatie verwekt kind kunnen niet dienen of worden gebruikt/misbruikt om als zodanig/frauduleus verblijfsrechten op te enten.

Hoewel hij het voor de goede eigen orde en tegen beter weten in anders wil voordoen, kan A. in de geven omstandigheden aan M. geen houvast bieden, laat staan een vaderschap dat (enigszins) diens belang dient (integendeel).

10. In lijn met wat zowel J. als de voogd *ad hoc* namens M. aanvoeren, wijst het hof de vordering van A. met het oog op rechterlijke machtiging tot vaderlijke erkenning van M. af.

De beoogde vaderlijke erkenning is in de gegeven omstandigheden geenszins in het belang van M.

Het hoger beroep slaagt, zoals ook het openbaar ministerie ter terechtzitting van 6 september 2018 mondeling adviseert.

#### **IV. Gedingkosten**

1. A. dient, als de in het ongelijk gestelde partij, te worden verwezen in de gedingkosten van beide aanleggen (art. 1017, eerste lid Ger.W.).

2. Deze kosten omvatten onder meer de rechtsplegingsvergoeding, zoals bepaald in artikel 1022 Ger.W. (art. 1018, sub 6° Ger.W.). De rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij (art. 1022, eerste lid Ger.W.).

De in het ongelijk gestelde partij is gehouden een rechtsplegingsvergoeding te betalen aan de, door een advocaat bijgestane, in het gelijk gestelde partij.

De in het gelijk gestelde partij (met een advocaat) is in dit geval J., zodat alleen voor deze partij een rechtsplegingsvergoeding kan worden bepaald.

De bedoelde vordering is in wezen niet in geld waardeerbaar.

In dat geval is het (sinds 1 juni 2016) toepasselijke (geïndexeerde) basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding gelijk aan 1.440,00 euro, met een *minimum* van 90,00 euro en een *maximum* van 12.000,00 euro (art. 3 KB 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in art. 1022 Ger.W.).

Het hof richt zich, gelet op tweedelijns juridische bijstand aan de zijde van A. (art. 1022, vierde lid Ger.W.), naar het minimumbedrag.

**OP DEZE GRONDEN,**

**HET HOF,**

**RECHT DOENDE OP TEGENSpraak,**

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

gelet op het advies van het openbaar ministerie,

verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond,

hervormt, gelet op de grenzen waarbinnen het is beroepen, het beroepen vonnis van 29 juni 2017 als volgt,

verklaart de vordering van A. met het oog op rechterlijke machtiging tot vaderlijke erkenning van zijn beweerde biologische zoon M. (°[...] 2016) ongegrond,

veroordeelt A. tot de gedingkosten, enkel nuttig te begroten aan de zijde van J. op (1) een rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg ten bedrage van 90,00 euro, (2) het rolrecht in hoger beroep ten bedrage van 230,00 euro en (3) een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep ten bedrage van 90,00 euro.

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

De heer V. De Clercq, raadsheer, waarnemend voorzitter,

De heer S. Mosselmans, raadsheer,

De heer M. Traest, raadsheer,

en uitgesproken door de wn. voorzitter van de kamer in openbare terechtzitting op twintig september tweeduizend achttien,

bijgestaan door

Mevrouw H. Baert, griffier.