

Hof van beroep Gent, arrest van 25 november 2021

Afstamming – Internationale bevoegdheid – Artikel 61 WIPR – Toepasselijk recht – Artikel 62 WIPR – Marokkaans recht – Artikel 19 WIPR – Uitzonderingsclausule – Nauwe banden met België – Toepassing Belgisch recht

Filiation – Compétence internationale – Article 61 CODIP – Droit applicable – Article 62 CODIP – Droit marocain – Article 19 CODIP – Clause d’exception – Liens étroit avec la Belgique – Application du droit belge

In de zaak van

E.O.

van Marokkaanse nationaliteit, met rijksregisternummer [...], wonende te [...] Menen, [...], toegelaten tot het voordeel van de kosteloze rechtspleging bij arrest van 12 april 2016, appellant,

voor wie optreedt mr. Liesse Alain, advocaat met kantoor te 1060 Sint-Gillis, Jef Lambeauxlaan 38,

tegen

R.C.

van Belgische nationaliteit, met rijksregisternummer [...], wonende te [...] Ronse, [...], geïntimeerde,

voor wie optreedt mr. Piessevaux Baudouin, advocaat met kantoor te 9600 Ronse, Fostierlaan 50,

mede inzake

E.S.

wonende te [...] Ronse, [...], minderjarige,

met vertegenwoordiging door de voogd ad hoc mr. Van de Moortel Ellen, advocaat met kantoor te 9600 Ronse, Politiekegevangenestraat 33, daartoe aangewezen bij beschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Oudenaarde, van 25 februari 2014,

voor wie optreedt mr. De Roose Shari, advocaat met kantoor te 9700 Oudenaarde, Smissestraat 9,

wijst het hof het volgende arrest.

I. Feiten en retroakten

1. Tussen O.E. (hierna: E.) en C.R. (hierna: R.) bestond een (feitelijke) relatie. Uit deze relatie is op 4 februari 2011 te Oudenaarde S.E. geboren.

Op 14 juli 2011 erkent E. het op 4 februari 2011 geboren kind.

Nadien maakt E. zich schuldig aan bepaalde feiten waarvoor hij in hechtenis wordt genomen en waarna hij uiteindelijk wordt geïnterneerd.

Op 27 juni 2013 spreekt de rechtbank van eerste aanleg te Oudenaarde een akkoordvonnis uit waarin E. wordt veroordeeld tot het betalen van een maandelijkse onderhoudsbijdrage van 100,00 euro ten behoeve van het kind. In het vonnis is ook voorzien in een recht op contact met het kind in die zin dat R. zich ertoe verbindt/verbond om het kind tweewekelijks naar de strafinrichting te brengen teneinde E. toe te laten daar contact te hebben met het kind.

2. E. beweert dat hij op 5 juli 2013 tijdens een gevangenisbezoek van R. zou hebben vernomen dat hij niet de biologische vader van het kind is.

R. betwist dat zij dit heeft gezegd/beweerd. Ze stelt in de gevangenis toen het slachtoffer te zijn geweest van slagen en verwondingen door E.

R. zou zich nadien en meer precies op 21 juli 2013 met het kind hebben aangeboden in de strafinrichting maar E. zou dan contact hebben geweigerd.

3. Bij dagvaarding van 27 februari 2014 initieert E. onderhavige procedure.

Hij beoogt meer precies de betwisting van de erkenning van zijn vaderschap over het kind S.E.

Volgens R. heeft het kind evenwel bezit van staat ten aanzien van E.

Na de aanwijzing van advocaat Ellen Van Moortel als voogd ad hoc over het kind dagvaardt E. die laatste op 23 maart 2015 in tussenkost.

II. Beroepen vonnissen

1. Alvorens over de ontvankelijkheid en gegrondheid van de vordering te oordelen, heropent de O7A kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Oudenaarde, bij vonnis van 5 januari 2016 in de zaak met AR nummer 14/234/A het debat teneinde de akte van erkenning van het kind te laten voorleggen.

De familierechter houdt de beoordeling over de gedingkosten aan.

2. Bij (eind)vonnissen van 22 maart 2016 in de zaak met (nog steeds) AR nummer 14/234/A wijst de O7A kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Oudenaarde, de vordering van E. af als 'ontoelaatbaar, onontvankelijk en ongegrond.'

De rechtbank stelt meer precies vast dat het kind bezit van staat heeft ten aanzien van E. en acht de vordering niet toelaatbaar met toepassing van artikel 330 BW.

Voorts merkt de rechtbank op dat de vordering niet tijdig is ingesteld want niet binnen een jaar nadat E. zou hebben ontdekt niet de vader van het kind te zijn. De vordering is zodoende volgens de familierechter onontvankelijk wegens laattijdigheid.

Ten slotte wijst de rechtbank erop dat de vordering als ongegrond dient te worden afgewezen nu E. niet kan bewijzen dat aan zijn erkenning een gebrek kleeft en hij noch juridische noch oprechte motieven bewijst om de erkenning te betwisten. De rechtbank wijst erop dat zij enkel kan vermoeden dat de procedure werd ingesteld ingevolge de veroordeling van E. tot het betalen van een onderhoudsgeld voor het kind.

De rechtbank legt de gedingkosten ten laste van E. en begroot deze aan zijn zijde op 94,74 euro (in debet). Zo ook veroordeelt de rechtbank E. tot betaling van een minimumrechtsplegingsvergoeding van 82,50 euro.

3. Een akte tot betekening van de vonnissen van 5 januari 2016 en 22 maart 2016 ligt niet voor. Ook op de terechtzitting van 28 oktober 2021 verklaren de partijen dat niet tot betekening van de vonnissen is overgegaan.

III. Hoger beroep - actueel gestelde vorderingen

1. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof op 25 mei 2016 stelt E. hoger beroep in tegen de vonnissen van 5 januari 2016 en 22 maart 2016.

De zaak wordt na inleiding op de terechtzitting van 23 juni 2016 door de 11de ter kamer van het hof verzonden naar de wachttol van de 11de bis kamer.

2. Aansluitend wordt de zaak vastgesteld op de terechtzitting van de 11de bis kamer van 4 mei 2017.

Het hof (1) stelt ambtshalve de vraag naar de appealabiliteit van het vonnis van 5 januari 2016, (2) verzoekt voorts om nadere toelichting omtrent het stuk nr. 6 van R., (3) vraagt in welke mate er een officieel document bestaat waaruit zou blijken dat R. tijdens een gevangenisbezoek het slachtoffer is geworden van slagen en verwondingen en (4) informeert naar het bestaan van een bewijs dat de familie van E.S. als diens kind en bijgevolg als hun verwant beschouwt.

Uiteindelijk stelt het hof op deze terechtzitting van 4 mei 2017 vast dat de zaak niet in staat van wijzen is en verzendt ze naar de wachttol van deze 11de bis kamer.

Op 30 maart 2021 wordt de zaak onttrokken aan de 11de bis kamer en hertoebedeeld aan de 11de kamer van het hof.

3. Met zijn hoger beroep beoogt E., met hervorming van het beroepen vonnis, alvorens recht te doen de aanwijzing van een deskundige teneinde advies te geven over de biologische afstammingsband tussen hem en het kind S.E. met afname van een bloedstaal of monster van wangslim.

Ten gronde wil hij (navolgend) dat zijn vordering ontvankelijk en gegrond wordt verklaard en dat, na kennisname van het deskundigenonderzoek, wordt gezegd voor recht dat (1) hij niet de vader van het kind S.E. is (2) en met toepassing van de artikelen 333 en 335, § 2 BW de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand de akten van de burgerlijke stand van het kind zal wijzigen naar de naam van de moeder.

Tevens beoogt hij een verbod aan elke ambtenaar om afschriften, kopieën, verklaringen of uittreksels van de geboorteakte van het kind af te geven zonder de hierboven vermelde kantmeldingen en dit onverminderd zijn recht tot schadevergoeding.

Hij wil tevens dat het hof zegt voor recht dat het kind zijn naam niet langer mag dragen of gebruiken en dit onverminderd een recht op schadevergoeding.

Voorts beoogt hij de veroordeling van R. tot het betalen van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding provisioneel begroot op 1,00 euro.

Ten slotte wil hij de gedingkosten ten laste van R. doen leggen aan zijn zijde begroot op een rechtsplegingsvergoeding per aanleg te begroten tussen 1.440,00 euro en 12.000,00 euro. Ter terechtzitting van 28 oktober 2021 verklaart E. een geïndexeerde rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep te vorderen.

Op de terechtzitting van 28 oktober 2021 verklaart/preciseert E. bovendien zijn hoger beroep tegen het vonnis van 5 januari 2016 niet meer te handhaven.

4. R. concludeert tot afwijzing van het hoger beroep als ongegrond en zodoende tot bevestiging van de beroepen vonnissen.

Ze wil de gedingkosten ten laste doen leggen van E. aan haar zijde begroot op een rechtsplegingsvergoeding van 1.440,00 euro in eerste aanleg en ter zitting van 28 oktober 2021 nader begroot op een geïndexeerde rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep van 1.560,00 euro.

5. De voogd ad hoc neemt conclusie tot afwijzing van het hoger beroep van E. als onontvankelijk, minstens als ongegrond en in zoverre tot bevestiging van de beroepen vonnissen.

Ter terechtzitting van 28 oktober 2021 verklaart de voogd ad hoc de aangevoerde exceptie van onontvankelijkheid van het hoger beroep niet te handhaven.

Bij wijze van incidenteel hoger beroep beoogt de voogd ad hoc, met hervorming van het beroepen vonnis van 22 maart 2016 op het vlak van de beoordeling over de gedingkosten, de veroordeling van E. tot de gedingkosten in eerste aanleg aan haar zijde begroot op een rechtsplegingsvergoeding van 1.440,00 euro.

De voogd ad hoc wil de gedingkosten in hoger beroep ten laste doen leggen van E. aan haar zijde ter terechtzitting van 28 oktober 2021 nader begroot op een geïndexeerde; rechtsplegingsvergoeding van 1.560,00 euro.

6. Het hof heeft de partijen in hun middelen gehoord op de terechtzitting van 28 oktober 2021 waarna het debat is gesloten.

Het openbaar ministerie (ter terechtzitting van 28 oktober 2021 verschenen in de persoon van substituut-procureur-generaal Roeland Vasseur) geeft mondeling advies.

De partijen repliceren mondeling. Ze verklaren uitdrukkelijk dat zij niet schriftelijk willen reageren op het advies van het openbaar ministerie.

Nadien heeft het hof de zaak in beraad genomen.

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

Het hof aanziet (1) de conclusie van E. van 14 februari 2021, (2) de conclusie van R. van 15 maart 2021 en (3) de conclusie van de voogd ad hoc van 15 april 2021 als alomvattende syntheseconclusie in de zin van artikel 748bis Ger.W., om ze aldus (met alle bijhorende stukken), met instemming van de partijen, in het debat te houden.

IV. Beoordeling

A. *Ontvankelijkheid*

1. Het principaal hoger beroep is ontvankelijk (artt. 1051, 1056, sub 2° en 1057 Ger.W.).

Daarover rijst overigens geen discussie (meer).

Zoals aangehaald, handhaaft E. nog enkel zijn hoger beroep tegen het vonnis van 22 maart 2016. Het hof dient enkel nog daarover te oordelen.

2. Het (impliciet) incidenteel hoger beroep van R. en de voogd ad hoc (beperkt tot de gedingkosten in eerste aanleg) is tijdig en regelmatig ingesteld (art. 1054 Ger. W.). Het is ontvankelijk.

B. *Ten gronde*

1. E. heeft de Marokkaanse nationaliteit. De overige partijen hebben de Belgische nationaliteit.
2. Krachtens artikel 61, sub 1° WIPR is de Belgische rechter (hoe dan ook) internationaal bevoegd om van onderhavige afstammingsvordering kennis te nemen, nu het kind zijn gewone verblijfplaats in België heeft (T. Kruger en J. Verhellen, *Internationaal privaatrecht – De essentie*, Brugge, die Keure, 2019, 303).

Overigens heeft ook E. zijn gewone verblijfplaats in België zodat ook krachtens artikel 61, sub 2° WIPR de Belgische rechtscolleges internationaal bevoegd zijn om kennis te nemen van de ingestelde vordering.

Intern is (hoe dan ook) de familierechtbank bevoegd (gelet op art. 572bis, sub 1° Ger.W.) en meer precies in eerste instantie de familierechtbank te Oost-Vlaanderen, afdeling Oudenaarde, (gelet op art. 629bis, § 2/1 Ger.W.) en voorts het hof van beroep te Gent.

Niemand blijkt de (internationale) bevoegdheid van de Belgische rechter te betwisten.

3. Artikel 62, § 1 WIPR bepaalt dat 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.

Gelet op de Marokkaanse nationaliteit van E. speelt zodoende in beginsel het Marokkaanse recht.

Volgens artikel 63 WIPR bepaalt het recht dat krachtens artikel 62 van toepassing is met name: (1) aan wie het toegelaten is een afstammingsband te doen vaststellen of te betwisten, (2) de bewijslast en de te bewijzen elementen inzake de afstammingsband, alsook de vaststelling van de bewijsmiddelen, (3) de voorwaarden voor en de gevolgen van het bezit van staat en (4) de termijnen voor de instelling van de vordering.

In voormelde optiek beoogt E. thans (voor het eerst) de toepassing van het Marokkaanse recht en meer precies van artikel 151 van het Marokkaanse Wetboek van Familierecht (de zogenaamde Moudawana). Volgens E. houdt deze wetsbepaling in dat de afstamming aangenomen wordt door een vonnis en ook het tegendeel slechts door een rechterlijk vonnis kan worden vastgesteld.

Hij leidt uit het Marokkaanse recht af dat dit recht nooit een DNA-onderzoek m.b.t. de afstamming belet nu dit recht niet in een ontoelaatbaarheid ervan omwille van het bezit van staat van het kind ten aanzien van de vermoedelijke vader voorziet noch in een onontvankelijkheid van de vordering wegens het laattijdig instellen ervan.

Voorts wijst hij op de bepaling van artikel 158 van het Marokkaanse Wetboek van Familierecht die volgens hem impliceert dat de vaderlijke afstamming wordt vastgesteld door middel van alle wettelijk bepaalde middelen, waaronder een gerechtelijk onderzoek.

In lijn met het voorgaande meent E. dat hoe dan ook een gerechtelijk DNA-onderzoek naar het vaderschap dient te worden bevolen.

4. In dit verband merkt R. (bij wiens standpunt de voogd ad hoc zich overigens aansluit) op dat E. kennelijk niet meer verwijst naar artikel 153 van het Marokkaanse Wetboek van Familierecht waaromtrent zijzelf voorhoudt dat deze wetsbepaling slechts toepassing vindt ten aanzien van gehuwden.

In zoverre E. uit artikel 158 van voormeld wetboek afleidt dat het zou volstaan dat een gerechtelijk onderzoek de vaderlijke afstamming vaststelt, wijst R. erop dat deze wetsbepaling ook bepaalt dat ingevolge de bekentenis van de vader de vaderlijke afstamming kan worden vastgesteld én dat E. het kind heeft erkend.

5. Ongeacht de overwegingen van partijen omtrent de inhoud van het principiële ingevolge artikel 62, § 1 WIPR toepasselijke Marokkaanse recht, overweegt het hof in lijn met het advies van het openbaar ministerie dat in onderhavige aanleiding bestaat tot toepassing van de zogenaamde uitzonderingsclausule van artikel 19 WIPR.

Artikel 19, § 1 WIPR bepaalt dat het door deze wet aangewezen recht uitzonderlijk niet van toepassing is wanneer uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat het geval slechts een zeer zwakke band heeft met de Staat waarvan het recht is aangewezen maar zeer nauw verbonden is met een andere Staat. In dit geval wordt het recht van deze andere Staat toegepast.

Daaraan wordt toegevoegd dat bij de toepassing van die wetsbepaling/dat lid inzonderheid wordt rekening gehouden met de nood aan voorspelbaarheid van het toepasselijk recht en de omstandigheid dat de betrokken rechtsverhouding geldig tot stand kwam volgens de regels van internationaal privaatrecht van Staten waarmee die rechtsverhouding verbonden was bij haar totstandkoming.

Voormelde wetsbepaling van artikel 19 WIPR is wellicht de meest opvallende vernieuwing uit het WIPR. Naar het voorbeeld van verschillende andere landen zo onder meer art. 8.1 van boek 10 van het NBW en art.15.1 van de Zwitserse IPR-wet van 18 december 1987 introduceert het WIPR door middel van een uitzonderingsclausule een zekere mate van flexibiliteit bij de bepaling van het toepasselijke recht. Aldus wordt een antwoord geboden op het vaak gehoorde verwijt dat de traditionele multilaterale verwijzingsregels een al te mechanisch en abstract mechanisme ter bepaling van het toepasselijke recht vormen. Zij zouden onvoldoende (kunnen) inspelen op de vaak erg uiteenlopende omstandigheden van individuele bijzondere gevallen (vgl. J. Meeusen, "Art. 19 Uitzonderingsclausule", in J. Erauw, M. Fallon e a., *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd. Le Code de droit international privé commenté*, Brussel, Bruylant, Antwerpen, Intersentia, 2006, 102-103).

Dit verwijt is uiteraard niet zonder grond. De aanknopingsfactoren van de klassieke verwijzingsregels worden grotendeels bepaald in functie van een zoektocht naar de 'nauwste band'.

Eenmaal ze zijn vastgelegd en de verwijzingsregel is gevormd, worden de aanknopingsfactoren als het ware beschouwd als onweerlegbare vermoedens tot aanwijzing van het land dat de nauwste band heeft met de betrokken rechtsverhouding. Aldus streven de klassieke multilaterale verwijzingsregels naar een vorm van conflictenrechtelijke, eerder dan materieelrechtelijke, rechtvaardigheid. Hoewel het WIPR modern is en oog heeft voor de diversiteit aan belangen die in het conflictenrecht aan de orde zijn, blijkt het streven naar de nauwste band nog steeds een belangrijk oogmerk te zijn. Het gebruik van dergelijke, op de nauwste band gerichte verwijzingsregels bevordert bovendien de rechtszekerheid en uniformiteit. Mede daarom zijn ze in het WIPR prominent aanwezig. Blijkens artikel 19 kan in uitzonderlijke omstandigheden echter ervan worden afgeweken, teneinde de toepassing te verzekeren van het recht dat in concreto de nauwste band heeft met de te regelen situatie (J. Meeusen, "Art. 19 Uitzonderingsclausule", in J. Erauw, M. Fallon e.a., *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd. Le Code de droit international privé commenté*, Brussel, Bruylant, Antwerpen, Intersentia, 2006, 102-103).

Onderhavig geval blijkt daarvan bij uitstek een voorbeeld te zijn. In casu kan erover geen twijfel bestaan dat niet het Marokkaanse recht doch wel het Belgische recht het met deze rechtsverhouding territoriaal nauwst verbonden recht is.

Voormelde uitzonderingsclausule kan in beginsel ook toepassing vinden ten aanzien van afstammingsgeschillen waarbij het toepasselijke recht met toepassing van artikel 62, § 1 WIPR dient te worden vastgesteld (vgl. o.a.: Brussel 4 mei 2010, *T. Vreemd*. 2011, 17 waar evenwel de toepassing ervan finaal werd afgewezen omdat niet kennelijk bleek dat er slechts een zeer zwakke band bestond met het normaal toepasselijke Nederlandse recht; Brussel 2 februari 2017, *Rev. trim. dr. fam.* 2018, 566, noot G.M. waar evenwel in wezen via een verwijzing naar artikel 19 WIPR een toepassing van de exceptie van internationaalprivaatrechtelijke openbare orde van art. 21 WIPR werd gemaakt; Rb. Luik 15 februari 2008, *Rev. trim. dr. fam.* 2009, 800; Rb. Nijvel 25 oktober 2005, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 875, noot M. Fallon; Famrb. Namen 26 december 2017, *Act. dr. fam.* 2019, 152; Famrb. Luik (afd. Luik) 15 januari 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2016, afl. 1, 157; Famrb. Henegouwen (afd. Bergen) 25 oktober 2018, *Rev. trim. dr. fam.* 2019, 124; Famrb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 21 januari 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2019, afl. 3, 226; Famrb. Namen (afd. Namen) 3 april 2019, *Rev. trim. dr. fam.* 2019, 666; Famrb. Namen (afd. Namen) 4 december 2019, *Rev. trim. dr. fam.* 2020, 192. Vgl. C. Henricot, "L'exception d'ordre public et la clause d'exception: deux mécanismes pour tenir en échec le droit étranger applicable en matière de filiation", (noot onder Brussel 11 mei 2009), *Rev. trim. dr. fam.* 2010, 637-638).

Artikel 19, § 2 WIPR dat bepaalt dat de eerste paragraaf van dit artikel niet van toepassing is in geval van rechtskeuze door de partijen overeenkomstig de bepalingen van deze wet of, in geval de aanwijzing van het toepasselijk recht steunt op de inhoud ervan (waarmee gevallen worden bedoeld waarin de verwijzingsregel gesteund is op de wens een bepaald inhoudelijk resultaat te bereiken waarbij regelmatig gebruik wordt gemaakt van subsidiaire of alternatieve aanknopingsfactoren (J. Meeusen, "Art. 19 Uitzonderingsclausule", in J. Erauw, M. Fallon e.a., *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd. Le Code de droit international privé commenté*, Brussel, Bruylant, Antwerpen, Intersentia, 2006, 105) staat aan de mogelijkheid van toepassing van de uitzonderingsclausule alhier niet in de weg. Wel zou artikel 19 WIPR niet kunnen worden ingeroepen om het recht van de staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft uit te schakelen wat de toestemming van het kind betreft, indien het normaal toepasselijke recht geen toestemming van het kind eist (vgl. art. 62, § 1, tweede lid WIPR). (ibid.)

6. Het hof stelt vast dat, hoewel E. de Marokkaanse nationaliteit heeft, (1) hij in België is geboren en ook steeds in België (en nooit in Marokko) heeft gewoond, (2) het kind in België is geboren en de Belgische nationaliteit heeft en (3) R. ook in België is geboren en de Belgische nationaliteit heeft.

Daarbij komt dat E. in het verleden blijkbaar zelf gepoogd heeft middels een naturalisatieprocedure de Belgische nationaliteit te verwerven.

In voormelde optiek dient in lijn met het advies van het openbaar ministerie te worden vastgesteld dat onderhavig geval slechts een zeer zwakke band heeft met Marokko en zeer nauw is verbonden met België.

Daar waar artikel 19, § 1, in fine WIPR ook bepaalt dat bij de toepassing van de uitzonderingsclausule van het eerste lid inzonderheid rekening wordt gehouden met de nood aan voorspelbaarheid van het toepasselijke recht en de omstandigheid dat de betrokken rechtsverhouding geldig tot stand kwam volgens de regels van internationaal privaatrecht van Staten waarmee die rechtsverhouding verbonden was bij haar totstandkoming, merkt het hof op dat de erkenning die E. destijds (en meer precies op 14 juli 2011) heeft gedaan, is gebeurd in België voor een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand. In die zin kan men zelfs stellen dat de partijen hun (afstammings)relatie hebben beleefd volgens het Belgische recht (vgl. Luik 15 februari 2008), *Rev. trim. dr. fam.* 2009, 800). Overigens heeft E. de toepassing van het Marokkaanse recht voor het eerst in hoger beroep opgeworpen.

Er is zodoende aanleiding om met toepassing van artikel 19, § 1 WIPR toepassing te maken van het Belgische recht.

7. Artikel 330, § 1 (oud) BW bepaalt dat, tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van degene die het heeft erkend, de erkenning van het vaderschap kan worden betwist voor de familierechtbank door de moeder, het kind, de man die het kind heeft erkend, de man die het vaderschap van het kind opeist en de vrouw die het meemoederschap van het kind opeist.

Artikel 331nonies (oud) BW bepaalt dat het bezit van staat voortdurend moet zijn en wordt bewezen door feiten die tezamen of afzonderlijk de betrekking van afstamming aantonen.

Die feiten zijn onder meer dat (1) het kind altijd de naam heeft gedragen van degene van wie wordt gezegd dat het afstamt, (2) laatstgenoemde het als zijn kind heeft behandeld, (3) die persoon als vader of moeder in zijn onderhoud en opvoeding heeft voorzien, (4) het kind die persoon heeft behandeld als zijn vader, moeder of meemoeder, (5) het als zijn kind wordt erkend door de maatschappij en (6) de openbare overheid het als zodanig beschouwt.

De voorwaarden voor bezit van staat opgesomd in artikel 331nonies (oud) BW zijn niet limitatief. Of de aangevoerde feiten al dan niet bezit van staat bewijzen, is een feitenkwestie waarover de bodemrechter op in feite onafhankelijke wijze oordeelt (Cass. 9 juni 1938, Pas. 1938, I, 207. Vgl. G. Verschelden, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 158, nr. 314).

Vereist is dat er voldoende betekenisvolle elementen zijn die wijzen op een voortdurend bezit van staat en dat alle bestaande aanwijzingen convergerend zijn. Het bezit van staat mag m.a.w. niet dubbelzinnig zijn.

Zoals aangegeven, heeft de in artikel 331nonies (oud) BW bedoelde opsomming geen limitatief karakter. Het moet gaan om (naar aantal en belang) voldoende betekenisvolle feiten. De feitenconstellatie moet in haar geheel worden bekeken, zonder bepaalde feiten te kunnen isoleren. Het betekenisvolle karakter van de feiten onderstelt dat de gedragingen van de vader of moeder niet kunnen worden verklaard vanuit een andere hoedanigheid dan die van vader of moeder. Het bezit van staat moet voortdurend zijn, terwijl de diverse aanwijzingen daartoe convergerend moeten zijn. Dit

betekent dat het bezit van staat niet mag worden tegengesproken door andere aanwijzingen die het bezit van staat dubbelzinnig zouden maken (Gent 19 maart 2015, RW 2016-17, 1146).

Met de eerste rechter en in lijn met het advies van het openbaar ministerie oordeelt ook het hof dat er in casu sprake is van bezit van staat.

Aldus blijkt dat (1) het kind na de erkenning (van 14 juli 2011, hetzij intussen meer dan tien jaar geleden en in alle geval voor de internering van E.) steeds de naam E. heeft gedragen, (2) E. zelf het kind als zijn kind heeft behandeld zoals kan blijken uit (i) het akkoordvonnis van 27 juni 2013, (ii) het gegeven dat R. met het kind ook regelmatig (tot de feiten van juli 2013) E. in de gevangenis heeft opgezocht zodat hij zich minstens tot dan als vader van het kind heeft gemanifesteerd, (3) het kind intussen reeds meer dan tien jaar oud is en niet wordt betwist dat het E. steeds als vader heeft beschouwd en (4) E. nog in 2017 (facebook)berichten heeft gestuurd waarin hij informeert naar het kind en deze berichten van een zekere affiniteit met het kind doen blijken.

Van enige dubbelzinnigheid van het bezit van staat is geen sprake.

Daarbij komt dat E. reeds in 2014 onderhavige procedure heeft geïnitieerd en onderhavige appelprocedure na de terechtzitting van 4 mei 2017 (waarop de zaak naar de rol is verzonden) pas heeft geactiveerd op 21 juli 2020 mogelijk nadat R. op 27 mei 2020 het akkoordvonnis van 27 juni 2013 aan E. had laten betekenen.

8. Zoals blijkt uit de wettekst van artikel 330, § 1, eerste lid (oud) BW, maakt het bezit van staat de vordering altijd onontvankelijk nu de vordering tot betwisting van een erkenning niet kan worden ingeleid indien het vaderschap van de erkennende man bevestigd wordt door het bezit van staat. Het bezit van staat vervult hier dus exact dezelfde rol als inzake de betwisting van het moederschap dat vaststaat op grond van de geboorteakte en inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (vgl. G. Verschelden, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 158, nr. 312).

Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat artikel 330, § 1, eerste lid, tweede zin (oud) BW artikel 22 Grondwet schendt al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM in zoverre de vordering tot betwisting van de erkenning van het vaderschap ingesteld door de man die het vaderschap van het kind opeist (arresten van 7 maart 2013 en 9 juli 2013) dan wel door de man die het kind erkend heeft (arresten van 19 september 2014, 25 september 2014 en 12 maart 2015) of door het kind zelf (arrest van 26 november 2015) onontvankelijk is indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van degene die het heeft erkend. Het Grondwettelijk Hof motiveerde deze arresten inzake betwisting van een vaderlijke erkenning op quasi identieke wijze als deze inzake de betwisting van het vaderschap. De rechtsgevolgen zijn dan ook in essentie dezelfde (vgl. G. Verschelden, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 159-160, nr. 315-316).

9. Het Grondwettelijk Hof heeft in een constante rechtspraak die het hof bevestigt en tot de zijne maakt beslist dat ook wat betreft de betwisting van de vaderlijke erkenning overeenkomstig artikel 330, § 1 (oud) BW het bezit van staat niet als een absolute grond van onontvankelijkheid van het instellen van een betwisting van vaderlijke erkenning vermag te leiden, aangezien dat ertoe zou leiden dat de socio-affectieve werkelijkheid van het vaderschap steeds zou prevaleren op het biologisch vaderschap. Er kan daarentegen worden aangenomen dat deze vaststelling van ongrondwettelijkheid niet betekent dat de aanwezigheid van bezit van staat algeheel als grond van niet-ontvankelijkheid vervalt. Enkel kan het niet door de beugel dat de niet-ontvankelijkheid absoluut zou zijn, zodat steeds de mogelijkheid moet bestaan om een vordering tot betwisting van de vaderlijke erkenning toch onontvankelijk te verklaren ook al is er deugdelijk bezit van staat. Dat de rechter in concreto een

evenwichtsoefening maakt tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn wordt derhalve geenszins verhinderd (vgl. Gent 26 januari 2017 AR 2016/FA/321, onuitg.).

Bij de belangenafweging van de ontvankelijkheidsvereiste van afwezigheid van bezit van staat hoort een belangenafweging in die zin dat de wet (in samenhang met art. 22 Grondwet en 8 EVRM), gelet op enerzijds de rust van de families en de rechtszekerheid van de familiale banden en anderzijds het belang van het kind, in concreto mag verhinderen dat de biologische werkelijkheid primeert boven de socio-affectieve werkelijkheid van het vaderschap, maar de biologische werkelijkheid niet steeds moet primeren. Het belang van het kind om de biologische werkelijkheid te achterhalen behoort tot zijn recht op eerbiediging van het privéleven, maar een inmenging is mogelijk zolang zij wettelijk, noodzakelijk en proportioneel is en zolang zij kan omwille van de rust van de families en de rechtszekerheid van de familiale banden. In die optiek kan bij een afstammingsvordering een ontvankelijkheidsvereiste van afwezigheid van bezit van staat spelen (Gent 19 maart 2015, RW 2016-17, 1146).

10. Dergelijke benadering werd intussen ook bevestigd in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

In een arrest van 7 april 2017 oordeelt het Hof van Cassatie dat uit een grondwetconforme lezing van artikel 318, § 1 BW, zoals opgevat door het Grondwettelijk Hof, volgt dat de daarin bepaalde grond van niet-ontvankelijkheid wegens het bezit van staat geen absoluut karakter heeft. De rechter kan hierop een uitzondering maken, rekening houdend met de belangen van alle betrokken partijen, in het bijzonder met die van het kind (Cass. 7 april 2017, RW 2017-18, 940, noot L. Salomez). Het Hof van Cassatie verwerpt dus de opvatting dat het bezit van staat ten opzichte van de (ex-)echtgenoot van de moeder niet meer tot de onontvankelijkheid van de betwistingsvordering zou kunnen leiden (I. Boone, "Wijzigingen van het familierecht door de wet van 21 december 2018" RW 2018-19, 1366).

Het Hof van Cassatie treedt zodoende de hierboven onder randnummer 9 aangehaalde visie (Gent 19 maart 2015, RW 2016-17, 1146) bij (vgl. G. Verschelden, *Handboek Belgisch Personenfamilie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 133, nr. 270).

11. Voormelde belangenafweging maakt in casu dat het hof in lijn met het advies van het openbaar ministerie van oordeel is dat de socio-affectieve werkelijkheid/banden dient/dienen te primeren.

Men dient immers vast te stellen dat E. en R. een liefdesrelatie hebben gehad en dat E. zelf ook aangeeft dat op 4 februari 2011 S. uit deze relatie is geboren. Daarbij komt dat E. het kind op 4 februari 2011 (en derhalve reeds meer dan tien jaar geleden) heeft erkend en E. zodoende al die tijd als vader van dit kind werd erkend. S. is intussen al ruim tien jaar oud. Nadat E. in de gevangenis verbleef zocht R. hem nog regelmatig met het kind op en dit zelfs nog na het (beweerde) incident van 5 juli 2013. Blijkbaar heeft E. ook nog nadien (en meer precies in 2017) berichten verzonden via sociale media om te informeren naar S. en kan uit deze berichten (nog) een zekere affiniteit met het kind blijken.

E. heeft zich derhalve als vader van het kind S. gedragen. Bovendien heeft onze rechtsorde E. als vader van S. erkend hetgeen onder meer kan blijken uit het hierboven aangehaalde akkoordvonnis van 27 juni 2013. S. heeft al die tijd ook de familienaam van E. gedragen. E. heeft overigens zelf kennelijk getalmd om de procedure verder te zetten/te reactiveren en heeft dit laatste blijkbaar slechts gedaan na betekening van het akkoordvonnis op 27 mei 2020 zodat hij zich in alle geval niet achter de lange(re) duur van een en ander kan verschuilen.

In voormelde context en optiek oordeelt ook het hof in lijn met het eerstelijnsordeel en het advies van het openbaar ministerie dat een belangenafweging in concreto leidt tot het besluit dat de door E. ingestelde vordering dient te worden afgewezen als onontvankelijk.

Het hoger beroep van E. slaagt niet.

12. Daar waar het hoger beroep van E. faalt, is diens (nieuwe) vordering tot veroordeling van R. tot het betalen van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding ontvankelijk doch ongegrond.

**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 van O.E. ontvankelijk doch ongegrond,

verklaart het incidenteel hoger beroep van C.R. en de voogd ad hoc ontvankelijk doch ongegrond,

bevestigt, binnen de grenzen van de hogere beroepen en voormelde redengeving, het vonnis van de 07A kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Oudenaarde, van 22 maart 2016,

wijst de vordering van O.E. tot veroordeling van C.R. tot betaling van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding af als ontvankelijk doch ongegrond,

veroordeelt O.E. tot de gedingkosten in hoger beroep enkel aan de zijde van C.R. en de voogd ad hoc te begroten op een rechtsplegingsvergoeding van telkens 97,50 euro.

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

mevrouw V. De Clercq raadsheer - wnd. voorzitter,

de heer M. Traest raadsheer,

de heer C. Crevits raadsheer,

en uitgesproken in openbare terechtzitting op vijftienvintig november tweeduizend eenentwintig, bijgestaan door mevrouw G. Huysman

De proceshouding van R. is geenszins als tergend of roekeloos te beschouwen.

V. Gedingkosten

1. Het hof beaamt de beoordeling en beslissing van de eerste rechter over de gedingkosten in eerste aanleg.

In die optiek slagen het incidenteel hoger beroep van R. en de voogd ad hoc niet.

2. E. dient als de hoofdzakelijk in het ongelijk gestelde partij de gedingkosten in hoger beroep te dragen (art. 1017, eerste en vierde lid Ger.W.).

3. Deze kosten omvatten onder meer een rechtsplegingsvergoeding, zoals bepaald in artikel 1022 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 Ger.W.).

De in het gelijk gestelde partijen (met een advocaat) zijn in dit geval C.R. en de voogd ad hoc zodat alleen voor deze partijen een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep kan worden bepaald.

De bedoelde vordering is in wezen niet in geld waardeerbaar.

In dat geval is het (vanaf 1 juni 2021) toepasselijke (geïndexeerde) basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding gelijk aan 1.560,00 euro, met een minimum van 97,50 euro en een maximum van 13.000,00 euro (art. 3 KB 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in art. 1022 Ger.W.).

Vermits O.E. bij arrest van 12 april 2016 is toegelaten tot het voordeel van de kosteloze rechtspleging wordt de rechtsplegingsvergoeding op het minimumbedrag van 97,50 euro bepaald.