

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 18 januari 2017

Afstamming – Schijnerkenning – Verblijfsrechtelijk voordeel Surinaamse moeder – Vordering tot nietigverklaring erkenning ingesteld door OM – Artikel 138bis, § 1 Ger.W. – Bezit van staat – Biologische realiteit – Bedoeling om kind op te voeden – Verlies Belgische nationaliteit

Filiation – Reconnaissance de complaisance – Avantage en terme de séjour pour la mère originaire du Suriname – Action en annulation de la reconnaissance introduite par le parquet – Article 138bis, § 1 C. Jud. – Possession d'état – Réalité biologique – Intention d'éduquer l'enfant – Perte de la nationalité belge

De procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen, voor wie ter terechtzitting is verschenen, de heer Advocaat-generaal D. De Waele;

Appellant

tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Turnhout, van 17 december 2015;

tegen

1. **M.**, geboren te Geel op [...] 1964, wonende te 2480 Dessel, [...];
2. **S.**, geboren te Paramaribo (Suriname) op [...] 1987, wonende te 2480 Dessel, [...], beiden in eigen naam en in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van K., geboren te Turnhout op [...] 2012, wonende te 2480 Dessel, [...];

Eerste en tweede geïntimeerden

In persoon, bijgestaan door Meester E, Stessens, advocaat te 2400 Mol, Colburnlei 22;

3. Meester Eeled Wouters, advocaat te 2490 Balen, Lindestraat 2, in zijn hoedanigheid van voogd ad hoc over de minderjarige K., voornoemd;

Derde geïntimeerde

ter terechtzitting is Meester K. Verhuren verschenen namens derde geïntimeerde;

I. Procedure

1. Gelet op de door de wet vereiste processtukken, in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis dd, 17/12/2015, alsmede het verzoekschrift neergelegd op 14/01/2016, waarmee hoger beroep werd ingesteld.

II. Voorwerp van de vorderingen

2. Op 04/03/2015 bracht de Procureur des Konings te Antwerpen - afdeling Turnhout een dagvaarding uit met vordering de erkenningsakte, waarbij de heer M. het kind K. M., (voorheen K. S.) erkende, te horen vernietigen, te zeggen voor recht dat de vernietiging van deze erkenningsakte van rechtswege het verlies van de Belgische nationaliteit in hoofde van K. M. met zich meebrengt, te horen bevelen dat de familienaam K. M. opnieuw wordt gewijzigd in de familienaam van haar moeder (S.),

als enige ouder ten aanzien van wie haar afstamming op heden vaststaat en te horen bevelen dat de uitspraak die gewezen wordt bij uittreksel wordt bekend gemaakt als bijlagen bij het Belgisch Staatsblad.

Bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, afdeling Turnhout dd. 17/12/2015 werd de vordering toelaatbaar, maar ongegrond verklaard.

De rechtbank motiveert in essentie als volgt:

- ter zitting is onmiskenbaar gebleken dat zonder meer een socio-affectieve band bestaat tussen de man en het kind alsook dat de man oprecht vaderlijke gevoelens heeft opzichtsens het kind
- M. en S. (huidige geïntimeerden) onderhouden inmiddels reeds bijna 4 jaar een relatie
- het gegeven dat 6 maand werd gewacht na de aanvang van de wettelijke samenwoning om het kind te erkennen getuigt van gezond verstand en vormt veeleer een tegenindicatie van schijnherkenning.

Het hoger beroep tegen dit vonnis ingesteld door het O.M. strekt ertoe, bij hervorming van het bestreden vonnis, diens initiële vordering, zoals hiervoor weergegeven, gegrond te horen verklaren.

De beide geïntimeerden, zijnde de heer M., voormeld en mevrouw S., concluderen tot de onontvankelijkheid, ontoelaatbaarheid, minstens tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

Zij vragen de veroordeling van de Belgische Staat tot de kosten van het geding in beide aanleggen.

De voogd *ad hoc*, Mr. Egied Wouters, die optreedt als vertegenwoordiger over het minderjarige kind K., concludeert in dezelfde zin als het O.M. en vraagt bijgevolg de vordering van het O.M. toelaatbaar en gegrond te verklaren.

III. Toelaatbaarheid van het hoger beroep

3. Het bestreden vonnis werd niet betekend, zo is door alle partijen ter zitting dd, 20/12/2016 gemeld.

Het verzoekschrift hoger beroep is neergelegd ter griffie op 14/01/2016.

Alle partijen die in het geding in eerste aanleg partij waren zijn in het hoger beroep betrokken.

Het hoger beroep, dat regelmatig is naar vorm en termijn, is toelaatbaar.

Het Hof merkt op dat, waar geïntimeerden concluderen tot de ontoelaatbaarheid/onontvankelijkheid van het hoger beroep van het O.M., zij in feite de ontoelaatbaarheid/onontvankelijkheid van de gedingleidende vordering van het O.M, bedoelen.

De ontoelaatbaarheid van het rechtsmiddel is als zodanig niet onderbouwd. Het O.M. was partij voor de procedure in eerste aanleg en heeft belang om hoger beroep aan te tekenen, aangezien het de in het ongelijk gestelde partij is in het geding voor de eerste rechter en door dit oordeel gegriefd is. Dit volstaat voor de toelaatbaarheid van het hoger beroep, mede gelet op het feit dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld.

Het Hof heeft zulks overigens ambtshalve opgeworpen ter zitting dd. 20/12/2016 en geïntimeerden hebben alsdan erkend dat de exceptie van niet-toelaatbaarheid geen betrekking heeft op het rechtsmiddel hoger beroep, maar wel op de (initiële) vordering.

IV. Toelaatbaarheid van de initiële vordering van het O.M.

4. Geïntimeerden roepen de ontoelaatbaarheid/onontvankelijkheid in van de initiële vordering van het O.M. (zie hoger, randnummer 3).

Het Hof stelt vast dat geïntimeerden geen incidenteel hoger beroep hebben aangetekend tegen het bestreden vonnis.

Het Hof heeft zulks overigens ambtshalve opgeworpen ter zitting dd, 20/12/2016 en geïntimeerden hebben hieromtrent standpunt kunnen innemen.

Het gegeven dat geen incidenteel hoger beroep werd aangetekend volstaat reeds om de bewuste exceptie van geïntimeerden af te wijzen, gelet op het gewijsde van het vonnis van de eerste rechter op dit punt.

5. Ten overvloede zij opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 138bis §1 Ger.W., het Openbaar Ministerie kan optreden, telkens wanneer de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

Dit is het geval wanneer de vaststelling van een afstammingsband, als aspect van de staat van personen dat de openbare orde raakt/bewust voor een geheel ander doel wordt aangewend dan waarvoor het overeenkomstig de betreffende wettelijke bepalingen is bedoeld, wat in casu toch de stelling is van het O.M. Of deze stelling terecht is betreft de grond van de zaak, maar laat de toelaatbaarheid/ontvankelijkheid onverlet.

6. Het is dan ook niet relevant dat het O.M. niet is vermeld als een van de titularissen van de vordering tot betwisting van het vaderschap, zoals bedoeld in artikel 330 BW.

Evenmin terzake dienend is het gegeven dat geen enkele specifieke wettelijke bepaling bestaat, krachtens welke het O.M. in rechte zou kunnen optreden/ageren.

Zoals hiervoor vermeld is de wettelijke grondslag voor het vorderingsrecht van het O.M. artikel 138bis §1 Ger.W. (zie ook P. Senave, "Papieren kinderen", T. Fam. 2013,22-23).

Het ingeroepen bezit van staat is evenmin dienend, aangezien het O.M, als zodanig geen vordering in stelt tot betwisting van de erkenning, maar de nietigverklaring vordert krachtens het fraud-beginsel.

Bezit van staat volstaat enkel om de bescherming van het feitelijke gezinsleven te laten primeren op de biologische realiteit, maar dit belet niet om rechtshandelingen, waarvan wordt beweerd dat ze frauduleus zijn, aan te vechten.

Los van het voorgaande rijst trouwens de vraag of, wanneer de erkenning in hoofde van de erkenner niet is ingegeven door de doelstelling om het kind op te voeden als het zijne (en dit is wat het O.M. beweert), wel überhaupt een bezit van staat kan ontstaan.

7. Vergeefs menen geïntimeerden zich te kunnen beroepen op een cassatie-arrest van 6 februari 2015.

Het O.M. moet in rechte (kunnen) optreden wanneer de openbare orde in gevaar wordt gebracht *door een toestand die verholpen moet worden*.

In feite overweegt het geciteerde arrest dat het op zich niet volstaat dat een wettelijke of andere normatieve bepaling geschonden werd die van openbare orde is of de openbare orde raakt opdat het O.M. zich in cassatie zou kunnen voorzien.

Het O.M. meent dat de openbare orde in het gedrang is door een schijnerkenning en wenst deze rechtshandeling door de rechter teniet te laten doen, in het belang van de openbare orde en ter vrijwaring van het correcte gebruik van de rechtsfiguur van de erkenning.

Dit oordeel is, marginaal getoetst, niet kennelijk onredelijk.

De rechter kan in beginsel slechts nagaan of het optreden van het O.M. de noodzakelijke rechtsgrond heeft, wat het geval is, zoals hoger reeds is overwogen.

Omtrent de opportuniteit van de rechtsvordering kan de rechter, in het raam van een onderzoek naar de toelaatbaarheid van de eis van het O.M., niet oordelen.

Het door geïntimeerden aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie (dat uiteraard geen gezag van gewijsde heeft en evenmin bindende precedentswaarde, gelet op artikel 6 Ger.W.) is hier niet mee tegenstrijdig, niet in het minst aangezien het bewuste arrest slechts oordeelde dat het cassatieberoep van het O.M. (Parket-generaal bij het hof van beroep te Gent) ontoelaatbaar was. Het arrest oordeelde zodoende over de toelaatbaarheid van een *buitengewoon rechtsmiddel* en niet over een vordering.

V. Beoordeling ten gronde

8. Het O.M. stelt als voornaamste grieven voorop dat:

- de aandacht pas werd getrokken op dit dossier door toedoen van de DVZ, waarna het een onderzoek startte, met woonstcontrole, buurtonderzoek, e.d.m.
- de erkenning wetsontduiking uitmaakt, aangezien deze er slechts op gericht was om aan de vrouw en haar minderjarige dochter verblijfsvoordeel te verschaffen in België
- de erkenning wordt afgewend van haar eigenlijke doelstelling
- de vrouw reeds 2 jaar illegaal verbleef in België bij haar aankomstverklaring
- de vrouw verwoede pogingen ondernam om verblijfsrecht te bekomen, waarbij haar aanvraag tot gezinshereniging gesteund op de wettelijke samenwoning werd geweigerd, om reden dat de relatie onvoldoende was aangetoond
- de erkenning gebeurde enkele dagen voor de weigeringsbeslissing
- sprake is van tegenstrijdige verklaringen tussen de man en de vrouw
- in tegenstelling tot wat is gesuggereerd, geen sprake is van enig gunstig advies door het O.M. betreffende de litigieuze erkenning
- navraag bij de burgerlijke stand te Dessel aantoonde dat het dossier wettelijke samenwoning haast dadelijk na de aanvang van de relatie werd opgestart, wat de verblijfsrechtelijke motieven bevestigt
- er geen sprake is van bezit van staat, terwijl zelfs eventueel bezit van staat niet leidt tot de ontoelaatbaarheid of ontvankelijkheid van de vordering, aangezien de vordering in hoofdzaak is gesteund op de niet-naleving van de wettelijke regels en op wetsontduiking:
- sprake is van een leeftijdsverschil van 23 jaar
- aan de foto's die slechts momentopnames betreffen geen bewijswaarde kan worden gehecht
- de erkenning tot doel heeft de Vreemdelingenwet bewust te ontduiken
- het bovendien ook onjuist is dat geen sprake moet zijn van genetisch verwantschap voor een erkenning, aangezien dit net de erkenning onderscheidt van de adoptie, niet in het minst aangezien een erkenning eenvoudigweg totstandkomt via een eenzijdige verklaring, zonder

- verplicht advies of controle, daar waar een adoptie bij vonnis gebeurt, voorafgegaan door een onderzoek naar de moraliteit en de beweegredenen van de betrokkenen
- de eerste rechter ten onrechte de stelling volgde van geïntimeerden dat de vrouw reeds legaal verbleef in België op het tijdstip van erkenning, aangezien het verblijfsrecht dat volgt op een loutere aanvraag van een verblijfsvergunning precair is en onverwijld eindigt indien hierop een weigeringsbeslissing volgt
 - de wettelijke regels inzake schijn-wettelijke samenwoning (wet van 2 juni 2013, in werking sedert 3 oktober 2013) pas dateren van na de aanvraag en goedkeuring van de wettelijke samenwoning
 - het belang van het kind niet onverkort speelt hier, aangezien de biologische vader zonder meer buiten spel wordt gezet
 - het alleszins niet tot een rechtsplegingsvergoeding kan worden veroordeeld, zelfs bij ongegrondverklaring van het hoger beroep, als behoeder van het algemeen belang en minstens tot een omslaan van de kosten moet worden besloten, gelet op het feit dat geïntimeerden hoe dan ook niet kunnen worden gevolgd in hun middel van niet toelaatbaarheid of onontvankelijkheid van de vordering.

9. Geïntimeerden, die zoals vermeld in hoofddede concluderen tot de onontvankelijkheid/ontoelaatbaarheid van de vordering, repliceren als volgt voor wat betreft de grond van de zaak:

- zij hebben reeds meer dan 4 jaar een relatie
- op 27/06/2013 legden zij een verklaring af van wettelijke samenwoning
- het attest van immatriculatie werd afgeleverd aan de vrouw nog voor de erkenning door de man
- de erkenning verschafte op zichzelf dus geen enkel verblijfsrechtelijk voordeel
- het verblijfsrecht krachtens de samenwoning werd pas geweigerd op 09/12/2013 (omdat niet was voldaan aan de voorwaarde van een 2 jaar durende relatie), d.w.z. pas na de litigieuze erkenning
- het nieuw verworven verblijfsrecht werd verleend o.g.v. een samenwoning die toen bijna 2 jaar bedroeg, zodat het verblijfsrecht thans verworven is, ook zonder de erkenning
- er was reeds een samenwoning op een ogenblik dat K. amper 4 maanden oud was
- de school attesteert dat de man K. regelmatig afhaalt en brengt
- er is volstrekt geen biologische vader in beeld
- het kind draagt vanaf de erkenning ook de familienaam van de man
- zij vormen samen een volwaardig gezin, waarbij de man al zijn vaderlijke plichten nakomt en hierin ook wordt erkend door zijn omgeving
- de eventuele nietigverklaring van de erkenning impliceert geen automatische intrekking van de verblijfsvergunning van de vrouw, aangezien er dan nog steeds de samenwoning is als grond voor het verblijfsrecht en de voorwaarden hiervoor op heden ontegensprekelijk zijn vervuld, zelfs zonder dat sprake is van een "gemeenschappelijk" kind
- de artikelen 22 Gw. en 8 EVRM moeten in rekening worden gebracht
- de gegrondverklaring van de vordering van het O.M. zou impliceren dat de man juridisch geen vader meer mag zijn, maar desondanks toch nog als vader zal worden beschouwd door K.
- het O.M. gebruikt deze procedure als principeszaak, zonder oog te hebben voor het belang van het kind, dat duidelijk nood heeft aan een vaderfiguur in haar leven
- in hoofde van de man zelf kan nooit sprake zijn van enige wetsontduiking, daar waar de wetsontduiking gemeen moet zijn aan de beide partijen
- het gaat te ver om de socio-affectieve band, die ontegensprekelijk voorhanden is, zo maar door te knippen omdat deze niet overeenstemt met de biologische werkelijkheid.

10. Anders dan de eerste rechter, is het Hof van oordeel dat de vordering van het O.M. in casu wel gegrond is, zodat het hoger beroep slaagt en gegrond dient te worden verklaard.

Het Hof merkt hierbij op dat de erkenning van een kind niet noodzakelijk moet overeenstemmen met de biologische realiteit, maar minstens en alleszins wel moet zijn ingegeven door de doelstelling om het kind op te voeden als het zijne en niet mag zijn ingegeven door andere beweegredenen.

Ontbrak die doelstelling ten tijde van de erkenning (wat hierna wordt uitgewerkt door het Hof), dan kan deze erkenning worden nietig verklaard.

11. De manifest tegenstrijdige verklaringen van de man en de vrouw springen dadelijk in het oog.

Meer bepaald op de vraag wat de reden was voor het relatief late tijdstip van erkenning (gelet op de relatie die vooraf reeds was ontstaan) gaven beiden een volstrekt tegenstrijdig antwoord.

Volgens de man moest hij eerst zeker zijn van zijn relatie, terwijl de vrouw dit toerekende aan de weigering van het gemeentebestuur van Dessel tot het opstellen en invullen van de nodige documenten.

12. Geïntimeerden leerden elkaar kennen via een advertentie die de man had geplaatst. De vrouw zou hierop gewezen zijn door haar tante, die dit had gelezen.

In feite moet hieruit worden afgeleid dat de relatie tussen geïntimeerden via "bemiddeling" is tot stand gekomen.

13. Er is voorts ook duidelijk sprake van een snelle gang van zaken.

Amper 1 week na de eerste ontmoeting nam de relatie een aanvang en minder dan 1 maand later gingen geïntimeerden samenwonen.

14. De bedoeling van de erkenning is naar het oordeel van het Hof wel degelijk gelegen in de creatie van een verblijfsrechtelijk voordeel.

De chronologie van de feiten valt dadelijk op.

De vrouw zou België zijn binnengekomen op 09/03/2012 en was alsdan slechts in het bezit van een Surinaams paspoort; zij werd pas op 23/03/2014 in het bezit gesteld van een aankomstverklaring.

De erkenning van het kind van de vrouw door de man is gebeurd in de periode nadat de aanvraag tot verblijf o.g.v. de samenwoning, waarvan een gunstig resultaat allesbehalve te verhoppen viel, was afgelegd.

De aanvraag werd gedaan op 27/06/2013 en was gesteund op het feit dat de vrouw de wettelijk samenwonende partner was van de man, waarbij pas op die dag de verklaring van wettelijke samenwoning was afgelegd.

De erkenning van het kind K. dateert van 05/12/2013.

De weigeringsbeslissing inzake het verblijf dateert van 09/12/2013, hetzij amper 4 dagen later.

Op 07/01/2014 diende de vrouw dan een nieuwe aanvraag tot gezinshereniging in (o.g.v. de erkenning) en deze werd blijkbaar toegestaan.

15. De verbalisanten hebben een grote mate van onverschilligheid vastgesteld in hoofde van de man, terwijl hij door de erkenning toch een afstammingsband heeft gevestigd ten aanzien van het kind.

De verbalisanten vermelden in de rubriek 'bijkomende inlichtingen' dat de man ongeïnteresseerd overkomt en verklaarde dat hij er niet aan begonnen was had hij het geweten dat hij moest antwoorden op zo een vragen.

16. Er is een groot leeftijdsverschil van 23 jaar.

De man verklaart bovendien dat het niet de bedoeling is dat ze samen kinderen hebben, daar waar de man geen eigen kinderen heeft.

Dit sterkt het vermoeden dat de relatie een puur formeel karakter heeft.

De loutere bewering van de man dat hij onvruchtbaar is wordt door geen enkel stuk gestaafd, zodat het Hof hier geen rekening mee kan houden.

17. De man heeft geen weet van de bedoeling van de vrouw om, op termijn, ook haar zoon J. naar België te laten overkomen.

Over dergelijke essentiële zaken zou in een normale relatie zeker worden gecommuniceerd. Dit sterkt het Hof in diens overtuiging dat de vrouw een verborgen agenda heeft.

18. Buurtonderzoek leert dat de buurt geïntimeerden percipieert als een "raar koppel".

19. Bij de woonstcontrole wordt niet uitgesloten dat de vrouw op de kamer van K. overnacht, gelet op het feit dat haar kledij en schoeisel aldaar wordt aangetroffen.

Het algemeen rechtsbeginsel "fraus omnia corrumpit" staat er aan in de weg dat het bedrog de dader voordeel verschaft (vgl. Cass. 23 januari 2015, Arr. Cass. 2015, 206, nr. 57): hoewel het kind zelf bezwaarlijk als "dader" worden gekwalificeerd - afgezien van de algemene en principiële rechtsonbekwaamheid van minderjarigen was het kind nog geen 2 jaar oud ten tijde van de litigieuze erkenning - moet hier toch tot het nationaliteitsverlies worden besloten, aangezien een tegengestelde opvatting de werkingskracht van bedoeld algemeen rechtsbeginsel volledig onderuit zou halen en onwerkzaam zou maken, temeer daar geïntimeerden (de vrouw in het bijzonder) uit het behoud van de nationaliteit van het kind toch mogelijk voordelen zouden kunnen puren.

Het bewezen geachte frauduleuze gedrag kan niet worden rechtgetrokken omwille van het ingeroepen zgn. "belang van het kind" van degenen die deze frauduleuze handeling stelden. De hier bedoelde toekenning van de Belgische nationaliteit verloopt via de ouder(s). Het gaat dan ook niet op die (frauduleus vervulde) voorwaarden te verzachten omwille van het belang van het kind. Wat verkregen is door bedrog kan geen voordelen opleveren, ook niet incidenteel, zijdelings of onrechtstreeks.

20. Waar het O.M. ook vordert dat het tussen te komen arrest zou worden bekend gemaakt in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad ontbreekt hiervoor enige rechtsgrond.

Het Hof heeft dit ambtshalve opgeworpen ter zitting dd. 20/12/2016 en ook dan kon het O.M. geen rechtsgrond aanhalen voor deze wijze van bekendmaking.

De enige bekendmaking die hier aan de orde kan zijn is deze die is voorzien in artikel 333 BW.

21. Geïntimeerden worden verwezen in het kosten van het geding in beide aanleggen.

21.1. Het Hof stelt vast dat het O.M. geen kosten heeft begroot.

22.2. De voogd *ad hoc* kan geen aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding.

Hoewel deze beroep heeft gedaan op een (eigen raadsman) bestaat er geen afzonderlijke procesverhouding tussen de voogd en de geïntimeerden, zijnde de moeder en de erkenner van het kind.

De voogd stelt immers geen eigen vordering in (hij vraagt enkel het hoger beroep van het O.M. gegrond te verklaren), terwijl zijn "vordering" de geïntimeerden te horen veroordelen tot de kosten van het geding op zich geen procesverhouding doet ontstaan.

VI. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak na behandeling van de zaak in raadkamer;

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

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond.

Hervormt het bestreden vonnis, behoudens in zoverre het de vordering van het O.M. ontvankelijk verklaarde.

Opnieuw rechtdoende, voor wat de grond van de zaak betreft.

Verklaart de vordering van het O.M. gegrond in de hiernavolgende mate.

Vernietigt de erkenning van het kind K., gedaan door M. op datum van 05/12/2013 ten overstaan van de ambtenaar van de gemeente Dessel.

Zegt voor recht dat de vernietiging van deze erkenningsakte het verlies van de Belgische nationaliteit In hoofde van K. met zich meebrengt.

Zegt dat de familienaam M. opnieuw wordt gewijzigd in de familienaam van haar moeder, S., aangezien dit de enige ouder is ten aanzien van wie de afstamming van het kind K. op heden vaststaat.

Verstaat dat de bekendmaking van onderhavig arrest zal gebeuren, volgens de modaliteiten welke zijn voorzien in artikel 333 BW.

Legt de kosten ten laste van de geïntimeerden, in hoofde van het O.M. niet begroot.

Zegt dat er geen gerechtskosten te vereffenen zijn in de verhouding tussen geïntimeerden en de voogd *ad hoc*.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 18 januari 2017 door

J.M. Wetsels

Voorzitter

C. Lutters

Raadsheer

B. Van Den Bergh

Raadsheer

N. Van De Vijver

Griffier