

1. De zaak die ten grondslag ligt aan de hier te annoteren uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) is complex en lijkt op het eerste oog tamelijk casuïstisch. Niettemin hebben de overwegingen van de Afdeling relevantie voor de nationaliteitsrechtelijke praktijk, aangezien er enkele fundamentele aspecten van het internationaal privaatrecht en het afstammingsrecht worden behandeld.
2. Voor een goed begrip van de zaak zullen we eerst de feiten en achtergronden van de zaak schetsen.¹ In respectievelijk 1962 en 1963 werden appellanten Amy en Tony in de Dominicaanse republiek geboren. Hun moeder Nina, van Dominicaanse nationaliteit, was op dat moment gehuwd met Andreas. De kinderen waren echter niet zijn biologische kinderen, noch staat hij als ouder vermeld op hun geboorteakte. Het huwelijk is, zo blijkt uit de achterliggende stukken, ook nooit geconsumeerd. Nina scheidde van Andreas in 1964 voordat de biologische vader van de kinderen, Francisco, de kinderen in respectievelijk maart 1965 en juni 1965 postnataal erkende. Hij staat ook als vader op de geboorteakte vermeld. Ten tijde van de erkenning in maart 1965 was hij gehuwd met een andere vrouw dan de moeder van de kinderen, maar in juni 1965 was zijn huwelijk geëindigd vanwege het overlijden van zijn vrouw. Met andere woorden: Tony erkende hij als gehuwde man en Amy erkende hij als weduwnaar. Francisco overleed in 1985 in de Dominicaanse Republiek.
3. Tony en Amy hebben in september 2016 bij een Nederlandse ambassade een optieverzoek ingediend op grond van artikel 6 lid 1 onder k van de huidige Rijkswet op het Nederlanderschap 2003 (RWN). Dit artikel regelt, kort gezegd, dat een vreemdeling een optierecht heeft wanneer hij of zij geboren wordt als kind van een ouder die zelf vóór 1985 uit een Nederlandse moeder en een niet-Nederlandse vader is geboren (sub i) of vóór 1985 als minderjarige door een Nederlandse moeder is geadopteerd (sub j), de zogenoemde "latente Nederlanders". Niet ter discussie stond dat Francisco op grond van artikel 6 sub i het Nederlanderschap had kunnen verkrijgen omdat hij voor 1985 was geboren uit een Nederlandse moeder en een niet-Nederlandse vader.
4. In bezwaar had de Minister zich ten overvloede uitgelaten over de vraag of het Nederlanderschap mogelijk kon worden verkregen op grond van artikel 6 lid 1 sub l en m van de RWN. Uit deze artikelen blijkt, samenvattend, dat het optierecht van het kind is gebaseerd op familierechtelijke betrekkingen die tussen het kind en de Nederlandse ouder tot stand zijn gekomen omdat de Nederlandse ouder het kind heeft erkend. In casu was hiervan ook sprake nu Francisco zijn kinderen postnataal had erkend. Hierdoor kon in (hoger) beroep, hoewel daartoe geen verzoek ingediend was, op dit punt toch een oordeel worden gevormd. Uiteindelijk werd in bezwaar en (hoger) beroep geoordeeld dat ook die gronden voor verkrijging van het Nederlanderschap geen soelaas bood.
5. Op grond van artikel 10:100 lid 1 sub b en c van het Burgerlijke Wetboek (BW) jo. 10:101 lid 1 BW oordeelden de rechtbank en de Afdeling dat 1) aan de akten geen behoorlijk onderzoek en behoorlijke rechtspleging vooraf was gegaan (sub b) en dat de afstamming bovendien in strijd was met de openbare orde (sub c). Voor wat betreft dat laatste werd verwezen naar de prejudiciële beslissing van 19 mei 2017 van de Hoge Raad op dat punt.² De genoemde artikelen van titel 5 afdeling 5 van boek 10 van het BW zijn erkenningsregels, op basis waarvan vastgesteld wordt hoe en onder welke voorwaarden in akten vastgelegde buitenlandse rechtsfeiten of - handelingen in de Nederlandse rechtsorde erkend kunnen worden. Simpel gezegd komt dat erop neer dat de vraag of een buitenlandse akte in de Nederlandse rechtsorde al dan niet mag worden aanvaard terughoudend moet worden getoetst; er moet naar de procedurele vereisten worden gekeken, niet naar de inhoudelijke. Als er geen evidente misslagen in de stukken zitten, moet van de juistheid daarvan worden uitgegaan. Dat is dus geen conflictenrechtelijke toets. Desalniettemin kan een akte niet worden erkend als deze in strijd is met de openbare orde maar het feit dat niet aan de Nederlandse voorwaarden voor een bepaald rechtsfeit of rechtshandeling wordt voldaan, is op zichzelf geen reden de akte niet te erkennen.³ In bezwaar, beroep én hoger beroep was dit dan ook aangevoerd.
6. Zowel de minister, de rechtbank en de afdeling kwamen tot het oordeel dat de akten niet erkenbaar waren omdat deze de openbare orde toets niet konden doorstaan. Feitelijk werd dus wel degelijk een conflictenrechtelijke toets toegepast. Volgens het Dominicaanse afstammingsrecht is, evenals in het Nederlands recht, de vader van de geborene in beginsel de echtgenoot van de moeder. Omdat Nina gehuwd was met een andere man ten tijde van de geboorte van de kinderen had behoorlijk onderzoek met

¹ Met toestemming van de gemachtigde gebruiken we de (verbasterde) voornamen van appellanten.

² HR, 19 mei 2017, 16/05572, JV 2017/162 m.nt.. V. Kidjan en T. van Houwelingen, ve17001024.

³ zie HR, 19 mei 2017, 16/05572, r.o. 3.6.1, ECLI:NL:HR:2017:942.

zich moeten brengen dat niet Francisco's naam maar die van Andreas op de geboorteakten had moeten worden geplaatst. Een vermelding van Francisco was alleen mogelijk geweest indien er een gerechtelijke ontkenning van het vaderschap had plaatsgevonden door Andreas. Tevens was de afstamming strijdig met de openbare orde aangezien uit artikel 1:204 lid 1 sub e BW blijkt dat een erkenning nietig is als deze is gedaan terwijl er al twee ouders zijn.

7. Onder verwijzing naar de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad van 19 mei 2017 oordeelde de Afdeling dat het feit dat geen conflictenrechtelijke toets op buitenlandse akten van toepassing was, niet met zich meebracht dat alleen naar de procedurele eisen mocht worden gekeken. Ook dient in aanmerking genomen te worden hoe termen als "openbare orde" elders in boek 10 van het BW worden uitgelegd. De Afdeling liet zich in de uitspraak in hoger beroep vervolgens alleen nog uit over de veronderstelde strijd met de openbare orde, maar gaf daarmee in feite impliciet aan dat er óók geen behoorlijk onderzoek was verricht, omdat volgens de Afdeling duidelijk moet zijn geweest voor de Dominicaanse autoriteiten dat de kinderen al twee ouders hadden.

8. In hoger beroep was nog een uitspraak van een Dominicaanse rechtbank ingebracht waarin de Dominicaanse rechter de erkenning heeft bekrachtigd, heeft bepaald dat Francisco de vader was en heeft bevolen Francisco als vader op de geboorteakten te noteren. De Afdeling interpreteerde die uitspraak echter als een gerechtelijke vaststelling vaderschap, waardoor ook die Amy en Tony niet kon baten aangezien het optierecht op grond van artikel 6 lid 1 sub n RWN vereist dat het kind op de dag van de uitspraak minderjarig is, en in casu was hiervan geen sprake.

Het Dominicaanse recht en strijd met de openbare orde?

9. Uit het feit dat Andreas ten tijde van de geboorte van de kinderen niet als vader op de geboorteakten vermeld stond en de huwelijks staat van Nina niet op de geboorteakten stond, bleek volgens de rechtbank dat de Dominicaanse ambtenaar van de burgerlijke stand kennelijk geen behoorlijk onderzoek had ingesteld. De verwijzingen van de kinderen naar het Dominicaanse recht en met name artikel 312 van het Dominicaanse Burgerlijk Wetboek waarin staat dat de vader van een kind dat staande een huwelijk is verwekt of geboren, de echtgenoot van de moeder is met uitzondering van het geval als het voor de man onmogelijk was om in de periode van 300 tot 180 dagen voor de geboorte, vanwege afwezigheid of lichamelijk gebrek van de man, geslachtsverkeer te hebben met zijn vrouw, werd ongemotiveerd afgedaan. Dit kon volgens de rechtbank niet tot een ander oordeel leiden. Dat is vreemd omdat de Dominicaanse rechtbank in deze zaak als vaststaand feit had aangenomen dat moeder Nina sinds 1952 op geen enkele wijze meer een relatie met Andreas, haar wettige echtgenoot, had. De Afdeling deed hier nog een schepje bovenop door te concluderen dat volgens het Dominicaanse en het Nederlandse recht de echtgenoot van de moeder de juridische vader van het kind is. Er moest van worden uitgegaan dat de kinderen ten tijde van de erkenning door Francisco al twee ouders hadden als bedoeld in artikel 1:204, eerste lid, aanhef en onder e, van het BW. De vraag doet zich voor of de Afdeling het Dominicaanse recht en de rechtsgevolgen die het Dominicaanse recht verbindt aan de Dominicaanse rechtbankbeslissing wel op de juiste wijze heeft geïnterpreteerd. Vanuit dit uitgangspunt moeten immers de erkenningsregels worden toegepast. Volgens het Dominicaanse recht kan in casu, gelet op artikel 312, best sprake zijn van slechts één juridisch ouder bij de geboorte van de kinderen. De Afdeling ging er echter, en wellicht ten onrechte, van uit dat volgens dat recht sprake was van twee ouders. De kinderen konden de Afdeling er niet van overtuigen dat dit niet zo was. Het lijkt erop dat de Afdeling ten onrechte de bewijslastverdeling heeft omgedraaid waardoor sprake kan zijn van een onjuist rechtsfeit waarop de Afdeling de erkenningsregels heeft toegepast.

Bekrachtiging?

10. Stel dat wij ervan uit gaan dat volgens het Dominicaanse recht Nina en Andreas bij geboorte de juridische ouders waren van de kinderen. Dan is hier sprake van, in beginsel, nietige geboorteakten. Biedt in dat geval het leerstuk van de bekrachtiging enig soelaas? Bij een eerste lezing van deze uitspraak lijkt bekrachtiging van een nietige akte, op grond van 3:58 lid 1 en 3:59 BW, uitkomst te kunnen bieden. De tekst van dat artikel luidt: "Wanneer eerst na het verrichten van een rechtshandeling een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste wordt vervuld, maar alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op dit gebrek hadden kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt, is daarmee de rechtshandeling bekrachtigd." De Hoge Raad heeft zich al meermaals uitgelaten over dit leerstuk in de context van het internationaal privaatrecht en afstamming.⁴ Het gaat dan meestal om zaken waarin een erkenning van een minderjarige

⁴ Zie HR 30 januari 2015, ve19003675 en HR, 20 december 2019, ve19003675

voor 1 april 2014 naar Nederlands recht nietig is, bijvoorbeeld omdat de man gehuwd was met een andere vrouw op het moment van erkennen.

11. Een nietige erkenning kan vervolgens toch worden bekrachtigd of geheeld als op enig moment wél aan alle wettelijke voorschriften is voldaan en de betrokken partijen zich nooit op de nietigheid hebben beroepen. Dat kan gebeuren als de erkenner scheidt van de andere vrouw, waardoor hij plots wél aan de voorwaarden voor erkenning voldoet. Met terugwerkende kracht is de erkenning dan alsnog rechtsgeldig.

12. In deze casus kan dat Tony en Amy echter niet baten aangezien er niet op enig moment alle wettelijke vereisten werden vervuld. Het gaat immers niet om de erkenning als zodanig die nietig is, maar het feit dat de geboorteakten niet na behoorlijk onderzoek zijn ingeschreven en dat een kind niet meer dan twee ouders mag hebben. Die grond voor nietigheid is door de scheiding van Nina en het overlijden van de echtgenote van Francisco niet weggenomen. De akten bleven immers ongewijzigd. Toch is het relevant dit te vermelden aangezien het met terugwerkende kracht een zaak, waarin sprake is van nietige of gebrekkige akten, vlot kan trekken.⁵

Bezit van staat

Tot slot⁶ oordeelde de Afdeling dat een mogelijk bezit van staat niet ter beoordeling van de bestuursrechter stond, maar van de civiele rechter, gelet op 1:211 BW.

De Afdeling doet zich er, ons inziens, makkelijk van af met het opwerpen van een competentie/bevoegdheidsprobleem waardoor niet wordt toegekomen aan het materiële discussiepunt: of hier sprake is van bezit van staat. Een omgekeerde Groningen-Raatgever⁷ situatie dus. In die zaak ging het eveneens om de taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Waar de bestuursrechter in deze zaak aangeeft dat het de taak van de civiele rechter is om een oordeel te vormen over “bezit van staat” vond destijds het bestuursorgaan dat een procedure over een (zuiver) schadebesluit uitsluitend was voorbehouden aan de bestuursrechter. Daarbij werd als belangrijk uitgangspunt genomen dat de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk diende te worden verklaard wanneer, kort gezegd, de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming bood. De Hoge Raad gaf echter aan dat een uitzondering op dit beginsel mocht worden gemaakt als de regeling zelf niet als doel heeft de gang via een andere rechter (in het geval van Groningen-Raatgever de civiele rechter) uit te sluiten. Daarbij moet dus worden gekeken in hoeverre de desbetreffende regeling al dan niet exclusief is. In artikel 1:211 BW staat: “Een verzoek tot gegrondverklaring van de inroeping van staat *kan* worden ingediend: a. door het kind zelf; b. door de erfgenamen van het kind, indien het kind gedurende zijn minderjarigheid of binnen drie jaren nadien is overleden. 2. Indien het kind een verzoek als bedoeld in het eerste lid had ingediend, kunnen zijn erfgenamen de procedure voortzetten.” Evenals in de zaak van Groningen-Raatgever (zie r.o. 3.5.3) kan de rechter, blijkens de bewoordingen van de aanhef van artikel 1:211 BW, uitsluitend op verzoek van een in dat artikel vermelde partij de inroeping van staat gegrond verklaren. Ook artikel 1:211 BW lijkt niet exclusief te zijn geformuleerd in het kader van de bevoegdheid van de civiele rechter. Andere aanknopingspunten waaruit blijkt dat artikel 1:211 BW niet-exclusief moet worden uitgelegd zijn te vinden in diverse beslissingen van de Hoge Raad in procedures over de vaststelling van het Nederlanderschap ex artikel 17 RWN 2003 waarbij bezit van staat een rol speelt om al dan niet het Nederlanderschap vast te stellen.

Had de Afdeling een inhoudelijk oordeel moeten vormen over de vraag of hier sprake was van bezit van staat, dan was de uitkomst rooskleurig geweest. Het bezit van staat is neergelegd in artikel 1:209 BW. Daarin is bepaald dat iemands afstamming volgens zijn geboorteakte door een ander niet kan worden betwist, indien hij een staat overeenkomstig die akte heeft. Het bezit van staat in de zin van artikel 1:209 BW moet de rechtszekerheid en het belang van het kind beschermen. De eerste vraag die moet worden beantwoord is of buitenlandse akten en omstandigheden die zich in het buitenland hebben voorgedaan meetellen bij het vaststellen van bezit van staat. De Hoge Raad had deze vraag in 2012 bevestigend beantwoord⁸. De Hoge Raad had eerder, in 2008, nadere instructies gegeven hoe het bezit van staat kan worden vastgesteld.⁹ Er is sprake van bezit van staat als de wijze waarop iemand met een zekere duurzaamheid aan het maatschappelijk verkeer deelneemt dat naar zijn uiterlijke vorm erop duidt dat hij in een bepaalde familiebetrekking staat tot een ander. Het begrip “duurzaamheid” werd in de beslissing van de Hoge Raad van 2012 nader uitgelegd. Het aanvangsmoment is de dag dat de gegevens van de

⁵ Zie voor een uitgebreidere toelichting bij dit leerstuk de noot van Prof. A. Nuytinck bij het arrest van de Hoge raad van 30 januari 2015, *Ars Aequi*, maart 2015.

⁶ De Afdeling laat zich nog uit over het griffierecht en de hoorplicht, maar dat laten we hier onbesproken.

⁷ Zie HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3880

⁸ Zie HR 09 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9884

⁹ Zie HR 7 november 2003, *NJ* 2004/98

“vermeende” ouder aan de akte worden toegevoegd. Een termijn van twee jaar na het aanvangsmoment levert in ieder geval bezit van staat als erkend kind van een Nederlander op. Uit het dossier in deze zaak blijkt dat Nina sinds 1956 samenwoonde met Francisco en zij sindsdien een relatie hadden als ware zij met elkaar gehuwd. Amy en Tony die in, respectievelijk, 1962 en 1963 waren geboren zijn tijdens deze relatie geboren. De vadergegevens van Francisco werden in respectievelijk maart 1965 en juni 1965 toegevoegd aan hun geboorteakten. Tijdens deze relatie werden overigens acht kinderen geboren waarvan drie kinderen werden geboren nadat Nina van Andreas scheidde en Francisco weduwnaar was. Deze laatste drie kinderen hebben een Nederlands paspoort. Uit het buitenlandse feitenrelaas dat door de Dominicaanse rechtbank werd bevestigd, blijkt dat het ernaar uitziet dat is voldaan aan de voorwaarden dat de kinderen met een zekere duurzaamheid aan het maatschappelijk verkeer deelnamen die naar zijn uiterlijke vorm erop duiden dat zij in ieder geval sinds 1965 de kinderen zijn van Francisco en niet van Andreas. De staat van de kinderen zoals vermeld op de geboorteakten komt aldus overeen met de staat zoals de kinderen naar buiten toe worden beschouwd: als kinderen van Nina en Francisco. Aan het hieraan gekoppelde recht op verkrijging van het Nederlanderschap doet overigens niet af dat het bezit van staat terugwerkt tot de datum van de erkenning en niet tot de datum van de geboorte van de kinderen¹⁰. Zie de beslissing van de Hoge Raad uit 2019¹¹. Daarin bevestigde de Hoge Raad dat een geslaagd beroep op bezit van staat met zich meebrengt dat het gebrek in de buitenlandse geboorteakte, die het gevolg is van de nietige erkenning, niet tegen de betrokken persoon kan worden ingeroepen bij een geslaagd beroep op het bezit van staat. Het Nederlanderschap wordt in dat geval verkregen op het tijdstip dat de erkenning heeft plaatsgevonden indien deze door de toepassing van het bezit van staat is bekrachtigd.

Conclusie

Bij nationaliteitsvraagstukken speelt de interpretatie van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen een steeds grotere rol. De bestuursrechter ontkomt er daarom niet aan om (internationaalprivaatrechtelijke) afstammingsvraagstukken op te lossen met de toepassing van het buitenlandse recht, de relevante Nederlandse internationaalprivaatrechtelijke erkenningsregels en de Nederlandse civielrechtelijke afstammingsregels. Een juiste interpretatie van het buitenlandse recht is het beginpunt om op een juiste wijze de erkenningsregels, zoals neergelegd in artikel 10:100 en 10:101 van het BW, te kunnen toepassen. De vraag rijst of de Afdeling hierin te kort is geschoten. Daarnaast is het spijtig dat de Afdeling niet bereid is om zich verder te buigen over het civielrechtelijk vraagstuk “bezit van staat”. In deze zaak is de kans aanwezig dat een Nederlandse civiele rechtbank niet toekomt aan dit vraagstuk nu de zaak spaak kan lopen op de formele rechtsmachtsvoorwaarde zoals neergelegd in artikel 3 lid 1 sub c van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Thomas van Houwelingen en Vera Kidjan, advocaten bij Everaert Advocaten, immigration lawyers, Amsterdam

¹⁰ Zie HR 19 januari 2018 ve18000183

¹¹ Zie HR 20 december 2019, ve19003675, r.o. 2.8.3.