

[329bis. § 1. De erkenning van het meerderjarige of het ontvoogde minderjarige kind is alleen ontvankelijk zo het kind daarin vooraf toestemt.

[§ 1/1. De toestemming van het meerderjarige kind is niet vereist indien de rechtbank, op grond van feiten die vastgesteld zijn in een met redenen omkleed proces-verbaal, oordeelt dat het kind niet wilsbekwaam is. Hetzelfde geldt ingeval het kind, bij beschikking van de vrederechter krachtens artikel 492/1, onbekwaam wordt verklaard om met zijn erkenning in te stemmen. Het kind dat zijn mening zelfstandig kan uiten, wordt rechtstreeks door de rechter gehoord. Ingeval het kind niet zelf zijn mening kan uiten, vertolkt de vertrouwenspersoon de mening van het kind. De rechter hecht passend belang aan deze mening.]

§ 2. Indien het kind minderjarig en niet ontvoogd is, is de erkenning alleen ontvankelijk mits de ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat of, indien de erkenning voor de geboorte van het kind gebeurt, de moeder, vooraf daarin toestemt.

Bovendien is de voorafgaande toestemming van het kind vereist, indien het de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt. Deze toestemming is niet vereist [...] indien de rechtbank, op grond van feiten die vastgesteld zijn in een met redenen omkleed proces-verbaal, oordeelt dat het kind geen onderscheidingsvermogen heeft.

Bij gebreke van die toestemmingen dagvaardt degene die het kind wil erkennen de personen wier toestemming vereist is voor de rechtbank. De partijen worden in raadkamer gehoord. De rechtbank poogt ze te verzoenen. Indien de rechtbank de partijen tot verzoening brengt, ontvangt zij de nodige toestemmingen. Bij gebreke van verzoening wordt het verzoek verworpen als vaststaat dat de verzoeker niet de biologische vader of moeder is. Als het verzoek een kind betreft dat op het tijdstip van de indiening van het verzoek een jaar of ouder is, kan de rechtbank bovendien de erkenning weigeren als ze kennelijk strijdig is met de belangen van het kind.

Indien tegen degene die het kind wil erkennen een strafvordering is ingesteld wegens een in artikel 375 van het Strafwetboek bedoeld feit dat gepleegd is op de persoon van de moeder tijdens de wettelijke periode van verwekking, kan de erkenning niet plaatsvinden en wordt de in het vierde lid bedoelde termijn van één jaar opgeschort tot de beslissing over de strafvordering in kracht van gewijsde is gegaan. Als degene die het kind wil erkennen op grond daarvan schuldig wordt verklaard, kan de erkenning niet plaatsvinden en wordt het verzoek om toestemming tot erkenning verworpen.

§ 3. Is het kind minderjarig en niet ontvoogd en heeft het geen bekende ouder, of is de ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat overleden [, vermoedelijk afwezig, in de onmogelijkheid zijn wil te kennen te geven dan wel wilsbekwaam], dan moet de ambtenaar van de burgerlijke stand een letterlijk afschrift van de erkenning ter kennis brengen van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf, indien het de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, tenzij dezen vooraf in de erkenning hebben toegestemd.

Indien de erkenning niet ontvangen is door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand, moet zij op verzoek van de erkenner worden betekend aan de in het eerste lid bedoelde personen.

Binnen zes maanden te rekenen van de betekening of de kennisgeving kunnen de personen aan wie zij is gedaan [, bij dagvaarding, gezamenlijk verzoekschrift of verzoekschrift op tegenspraak de vernietiging van de erkenning vorderen van de territoriaal bevoegde familierechtbank.]

De griffier stelt de ambtenaar van de burgerlijke stand of de ministeriële ambtenaar die de akte van erkenning heeft opgemaakt, onmiddellijk in kennis van die vordering.

Nadat de partijen werden gehoord, doet de rechtbank uitspraak over de vordering tot nietigverklaring. Ze vernietigt de erkenning indien het bewijs wordt geleverd dat de verweerder niet de biologische vader of moeder is. Bovendien vernietigt ze de erkenning als die kennelijk strijdig is met de belangen van het kind, als dat kind op het tijdstip waarop de vordering wordt ingediend één jaar of ouder is.

Het vierde lid van § 2 is van overeenkomstige toepassing. Totdat de termijn van zes maanden verstreken is of totdat de afwijzende beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, kan de erkenning niet worden tegengeworpen aan het kind en aan zijn wettelijke vertegenwoordiger die er zich niettemin op kunnen beroepen.]

[329bis. § 1^{er}. La reconnaissance de l'enfant majeur ou mineur émancipé n'est recevable que moyennant son consentement préalable.

[§ 1^{er}/1. Le consentement de l'enfant majeur n'est pas requis si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que l'enfant n'est pas capable d'exprimer sa volonté. Il en va de même si l'ordonnance du juge de paix prise en vertu de l'article 492/1 déclare l'enfant incapable de consentir à sa reconnaissance. L'enfant en mesure d'exprimer son opinion de manière autonome est entendu directement par le juge. Le cas échéant, la personne de confiance exprime l'opinion de l'enfant si celui-ci n'est pas en mesure d'exprimer lui-même son opinion. Le juge attache l'importance qu'il convient à cette opinion.]

§ 2. Si l'enfant est mineur non émancipé, la reconnaissance n'est recevable que moyennant le consentement préalable du parent à l'égard duquel la filiation est établie, ou de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant.

Est en outre requis, le consentement préalable de l'enfant s'il a douze ans accomplis. Ce consentement n'est pas requis de l'enfant [...] dont le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement.

A défaut de ces consentements, le candidat à la reconnaissance cite les personnes dont le consentement est requis devant le tribunal. Les parties sont entendues en chambre du conseil.

Le tribunal tente de les concilier. S'il concilie les parties, le tribunal reçoit les consentements nécessaires. A défaut de conciliation, la demande est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique. Lorsque la demande concerne un enfant âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande, le tribunal peut en outre refuser la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

Si une action publique est intentée contre le candidat à la reconnaissance, du chef d'un fait visé à l'article 375 du Code pénal, commis sur la personne de la mère pendant la période légale de conception, la reconnaissance ne peut avoir lieu et le délai d'un an visé à l'alinéa 4 est suspendu jusqu'à ce que la décision sur l'action publique soit coulée en force de chose jugée. Si le candidat à la reconnaissance est reconnu coupable de ce chef, la reconnaissance ne peut avoir lieu et la demande d'autorisation de reconnaissance est rejetée.

§ 3. Si l'enfant est mineur non émancipé et n'a pas d'auteur connu, ou que celui de ses auteurs à l'égard duquel la filiation est établie est décédé [, présumé absent, dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté], l'officier de l'état civil doit notifier une copie littérale de la reconnaissance au représentant légal de l'enfant et à l'enfant lui-même, s'il a douze ans accomplis, à moins que ceux-ci n'aient préalablement consenti à la reconnaissance.

Si la reconnaissance n'a pas été reçue par un officier de l'état civil belge, elle doit, à la requête de son auteur, être signifiée aux personnes désignées à l'alinéa 1^{er}.

Dans les six mois de la signification ou de la notification, les personnes auxquelles elle a été faite peuvent [, par citation, requête conjointe ou requête contradictoire, demander au tribunal de la famille territorialement compétent] d'annuler la reconnaissance.

Le greffier informe immédiatement de cette demande l'officier de l'état civil ou l'officier ministériel qui a établi l'acte de reconnaissance.

Les parties entendues, le tribunal statue sur l'action en nullité. Il annule la reconnaissance s'il est prouvé que la partie défenderesse n'est pas le père ou la mère biologique. En outre, il annule la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant lorsque celui-ci est âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande.

L'alinéa 4 du § 2 est applicable par analogie. Jusqu'à l'expiration du délai de six mois ou jusqu'à ce que la décision de débouté soit passée en force de chose jugée, la reconnaissance est inopposable à l'enfant et à son représentant légal, lesquels pourront néanmoins s'en prévaloir.]

Ingevoegd bij art. 15 wet 1 juli 2006 (BS 29 december 2006 (ed. 6)), met ingang van 1 juli 2007 (art. 26, zelf ingevoegd bij art. 373 wet 27 december 2006 (BS 28 december 2006 (ed. 3))).

Gewijzigd bij art. 11, 1° tot 3° wet 17 maart 2013 (BS 14 juni 2013 (ed. 2)), met ingang van 1 september 2014 (art. 233), zelf vervangen bij art. 22 wet 12 mei 2014 (BS 19 mei 2014)) en bij art. 34 wet 30 juli 2013 (BS 27 september 2013 (ed. 2)), met ingang van 1 september 2014 (art. 274), zelf vervangen bij art. 42 wet 8 mei 2014 (BS 14 mei 2014 (ed. 2)), met ingang van 1 september 2014 (art. 143).

Commentaar bij art. 329bis BW

Auteur: G. VERSCHELDEN

Bijwerking: 15 september 2016

COMMENTAAR

Schema

- I. Wettelijk vereiste toestemmingen tot een erkenning
 - A. Het kind is een niet-ontvoogde minderjarige wiens ouder bekend is en zijn wil kan uiten
 1. Prenatale erkenning
 2. Erkenning in de geboorteakte of vóór de 12^{de} verjaardag van het kind
 3. Erkenning op of na de 12^{de} verjaardag van het kind
 - a. Principe: bijkomende toestemming van het te erkennen kind zelf
 - b. Uitzondering ingeval het kind geen onderscheidingsvermogen heeft
 4. Samenvatting
 - B. Het kind is een niet-ontvoogde minderjarige zonder bekende ouder of met een ouder die zijn wil niet kan uiten
 - C. Het kind is meerderjarig of ontvoogd
 1. Het te erkennen kind is wilsbekwaam
 2. Het te erkennen kind is wilsonbekwaam en/of rechterlijk beschermd
 - D. Het kind is overleden
 - E. Schema
- II. Vorm van de toestemming en ogenblik waarop zij moet worden gegeven
- III. Toestemmingsweigering en het geding dat daarop volgt
 - A. Bevoegde rechtbank

- B. Gedinginleidend stuk
- C. Afwezigheid van termijn om de vordering in te leiden
- D. Vertegenwoordiging van het te erkennen kind
- E. Verplichte verzoeningspoging door de familierechtbank
- F. Oordeel van de rechtbank bij gebrek aan verzoening
 - 1. Determinerend karakter van het bewijs dat de aspirant-erkenner niet de biologische ouder is
 - 2. Opportuniteitsoordeel van de rechtbank bij afwezigheid van bewijs van biologisch niet-ouderschap van de aspirant-erkenner
 - a. Wettelijke regeling
 - i. Geen toetsing van de belangen van het kind jonger dan één jaar
 - ii. Marginale toetsing van de belangen van het kind
 - b. Ommezwaai ingevolge rechtspraak van het Grondwettelijk Hof
 - i. Ongrondwettigheid van de onmogelijkheid om het belang van het kind jonger dan één jaar te beoordelen
 - ii. Ongrondwettigheid van het marginale karakter van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid
 - 3. Samenvatting
 - 4. Bijzondere situaties
 - a. Prenatale gedinginleiding
 - b. Het kind wordt meerderjarig of ontvoegd tijdens het geding
 - c. Het minderjarige kind overlijdt tijdens het geding
- G. Bijzonder geval: de aspirant-erkenner wordt vervolgd wegens verkrachting van de moeder
 - 1. Ratio van een bijzondere beschermingsregeling
 - 2. Toepassingsgebied
 - 3. Inhoud van de bescherming tegen de verkrachter
 - 4. Kritische bedenkingen
- H. Situatie en verder verloop na het oordeel dat de erkenning kan plaatsvinden
- IV. Bijzondere regels inzake een zonder toestemming(en) gedane erkenning (art. 329bis, § 3 BW)
 - A. Mededelingsverplichting
 - B. Beperkte uitwerking
 - C. Procedure tot vernietiging van de erkenning
 - 1. Toepassingsgebied
 - 2. Ontvankelijkheid van de vordering
 - a. Bezit van staat t.a.v. de erkenner is geen grond van niet-ontvankelijkheid
 - b. Titularissen van de vordering
 - c. Termijn
 - d. Partijen in het geding
 - e. Vertegenwoordiging van het erkende kind
 - f. Bevoegde rechtbank
 - g. Gedinginleidend stuk en procedureverloop
 - 3. Oordeel van de rechtbank over de gegrondheid van de vordering

I. Wettelijk vereiste toestemmingen tot een erkenning

1 De wettelijk vereiste toestemmingen (een correctere term is: instemmingen¹) moeten worden beschouwd als ontvankelijkheidsvoorwaarden voor een *constitutieve elementen van de erkenning*. De rechtsgeldigheid van de erkenning is er immers van afhankelijk. De erkenning raakt de staat van de persoon en de wettelijke voorwaarden waaronder die staat wordt verkregen, delen in het openbareordekarakter dat daaraan wordt gekoppeld. Bijgevolg is een *erkenning* gedaan *zonder de door de wet vereiste toestemming(en) absoluut nietig*.² Deze nietigheid kan niet worden bevestigd door een latere toestemming; de erkenning die zonder een noodzakelijke voorafgaande of gelijktijdige toestemming werd gedaan, moet opnieuw gebeuren, na het verlenen van de vereiste toestemming(en). Bij gebrek aan een wettelijk vereiste toestemming kan de nietigverklaring van de erkenning als rechtshandeling door elke belanghebbende worden gevorderd.

Wat de concrete toestemmingsvereisten betreft, wordt in artikel 329bis BW een onderscheid gemaakt tussen *drie hypotheses* m.b.t. het te erkennen kind. Dit onderscheid is weerspiegeld in de paragrafenstructuur van deze bepaling: artikel 329bis, §§ 1 en 1/1 BW gelden voor meerderjarige of ontvoogde kinderen; artikel 329bis, § 2 BW voor minderjarige niet-ontvoogde kinderen, van wie de ouder bekend is, in leven is en ten tijde van de erkenning zijn/haar wil kan uiten; artikel 329bis, § 3 BW speelt enkel in de bijzondere hypothese dat een minderjarig niet-ontvoogd kind wordt erkend en diens ouder onbekend, overleden, vermoedelijk afwezig is, in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven dan wel wilsonbekwaam is. Daarnaast rijst nog de vraag wie moet toestemmen tot de erkenning van een overleden kind.

Deze commentaar vangt aan met de in de praktijk meest voorkomende hypothese.

A. HET KIND IS EEN NIET-ONTVOOGDE MINDERJARIGE WIENS OUDER BEKEND IS EN ZIJN WIL KAN UITEN

2 Gaat het om een minderjarig niet-ontvoogd kind, dan is de erkenning alleen ontvankelijk mits de *ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat* of, *indien de erkenning vóór de geboorte van het kind gebeurt, de “moeder”*, vooraf daarin toestemt (art. 329bis, § 2, eerste lid BW).

1. Prenatale erkenning

3 Pas met de wet van 1 juli 2006 werd in artikel 329bis BW expliciet melding gemaakt van de noodzakelijke (“moederlijke”) toestemming tot een prenatale erkenning (zie daaromtrent – uitgebreid – de commentaar bij art. 328 BW). Ook voorheen werd reeds algemeen aanvaard dat de zwangere vrouw, moet toestemmen tot de prenatale erkenning.³

De formulering van artikel 329bis, § 2 BW is evenwel niet helemaal sluitend, aangezien de zwangere vrouw pas de juridische ‘moeder’ van het kind wordt na de geboorte, op het ogenblik dat haar naam in de geboorteakte van het kind wordt vermeld.

¹ Door toe te stemmen tot een rechtshandeling wordt men partij bij deze rechtshandeling, wat in de context van de rechtshandeling erkenning zeker niet het geval kan zijn voor de ouder van het minderjarige niet-ontvoogde kind (die krachtens de bewoordingen van de wettekst in deze erkenning ‘toestemt’).

² Brussel (3^{de} k.) nr. 1998/AR/2644, 17 september 2002, onuitg.: in casu had een man een kind (prenataal) erkend zonder toestemming van de zwangere vrouw en werd de vordering van de moeder tot nietigverklaring van de erkenning gegrond verklaard.

³ Zie het antwoord van de minister van Justitie in *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1794 (Vr. nr. 117 DE LOOR d.d. 23 mei 1991).

4 Een prenatale moederlijke erkenning is niet mogelijk; een prenatale meemoederlijke erkenning wel (zie de commentaar bij art. 328 BW).

2. *Erkenning in de geboorteakte of vóór de 12^{de} verjaardag van het kind*

5 Wanneer de erkenning in de geboorteakte geschiedt, dan wel op een later tijdstip plaatsvindt en daarom in een afzonderlijke akte wordt opgenomen, moet de vrouw wier naam in de geboorteakte vermeld is, tot de *vaderlijke erkenning* toestemmen: zij is immers de moeder o.g.v. de vermelding van haar naam in de geboorteakte van het kind.⁴

6 In de context van een *moederlijke erkenning* is de ‘ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat’ in de zin van artikel 329bis, § 2, eerste lid BW de man die het kind voordien – bv. vóór de geboorte⁵ of op een ander tijdstip vóór de moederlijke erkenning – heeft erkend of de man wiens vaderschap voordien gerechtelijk werd vastgesteld.

De man die met de erkennende vrouw gehuwd is, maar zelf niet de vader van het kind is, dient niet – *a priori* – toe te stemmen tot de erkenning die zijn echtgenote wenst te doen.⁶ De afstammingsband tussen de echtgenoot en het door zijn echtgenote erkende kind komt immers niet vast te staan vooraleer van de voorgenomen erkenning akte is genomen en dit gebeurt nadat de wettelijk vereiste toestemmingen zijn verkregen. Het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot ex artikel 315 BW is gebaseerd op het huwelijk van de moeder; de erkennende vrouw wordt pas moeder op het ogenblik van de erkenning.⁷

7 In de context van een *meemoederlijke erkenning* verwijst artikel 325/4, eerste lid BW naar de voorwaarden bepaald bij artikel 329bis BW. De ‘ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat’ in de zin van artikel 329bis, § 2, eerste lid BW slaat dan op de vrouw die moeder is van het te erkennen kind omdat haar naam in de geboorteakte van het kind is vermeld (art. 312, § 1 BW) of omdat zij het kind al eerder heeft erkend (art. 313 j° 329, tweede lid BW). Het meemoederschap kan immers niet worden vastgesteld ingeval het vaderschap al vaststaat (art. 325/1 BW), ingeval er reeds een echtgenote-meemoeder is (art. 325/4, eerste lid BW) en heeft geen uitwerking ingeval een andere vrouw het kind al voordien zou hebben erkend (art. 329, eerste lid BW).⁸

3. *Erkenning op of na de 12^{de} verjaardag van het kind*

a. Principe: bijkomende toestemming van het te erkennen kind zelf

8 ‘*Bovendien*’ – dus naast de toestemming van de ouder ten aanzien van wie de afstamming reeds vaststaat – is voor de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind in de regel ook de

⁴ Art. 312, § 1 j° art. 57, 2° BW.

⁵ Mits toestemming van de zwangere vrouw (zie supra, nrs. 2-3), die naderhand bv. anoniem in het buitenland is bevallen.

⁶ De erkenning wordt hem – *a posteriori* – medegedeeld met toepassing van art. 319bis BW.

⁷ Weliswaar met terugwerkende kracht, vanaf de geboorte, gelet op het declaratieve karakter van een erkenning.

⁸ Een meemoeder veronderstelt een moeder; een kind met twee meemoeders heeft drie oorspronkelijke afstammingsbanden, waarvan er luidens art. 329, eerste lid BW maximaal twee uitwerking kunnen hebben.

voorafgaande toestemming van het kind zelf vereist, indien het de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt (art. 329bis, § 2, tweede lid, eerste zin BW).

Deze toestemmingsvereiste geldt wanneer het kind *twaalf jaar of ouder is op de dag van de opmaak van de erkenningsakte*. Het feit dat het kind nog geen twaalf jaar oud was op het ogenblik dat de aspirant-erkenner zijn/haar verzoek tot erkenning formuleerde, is niet relevant.

9 Onder gelding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 was de leeftijd vanaf welke het kind zelf tot zijn erkenning moest toestemmen, vastgelegd op 15 jaar.⁹ Deze leeftijdsgrens is via de Afstammingswet van 1 juli 2006 verlaagd tot 12 jaar, met verwijzing naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.¹⁰ Deze operatie is niet zonder discussie doorgevoerd. In de Subcommissie Familierecht van de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd door sommige leden de vraag gesteld of het niet beter was de leeftijdsgrens van 15 jaar te handhaven, omdat men er dan nagenoeg zeker van is dat het kind in staat is (bedoeld wordt: over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt) om zijn toestemming te geven, wat niet altijd het geval is op een leeftijd van 12 jaar. Andere leden gaven toe dat elke leeftijdsgrens arbitrair is¹¹, maar pleitten voor de vaststelling van de leeftijdsgrens op 12 jaar, om in overeenstemming te zijn met het adoptierecht¹² en er zodoende voor te zorgen dat de wetteksten coherenter zijn.¹³ In de Senaat werd, ondanks een verwijzing naar de (toenmalige) verplichting om de minderjarige ouder dan 12 jaar op te roepen teneinde gehoord te worden in procedures voor de jeugdrechtbank¹⁴, nogmaals gepoogd de leeftijdsgrens opnieuw op 15 jaar te brengen; een amendement met deze strekking werd – slechts met de kleinst mogelijke meerderheid – verworpen.¹⁵

b. Uitzondering ingeval het kind geen onderscheidingsvermogen heeft

10 De toestemming van het minderjarig niet-ontvoegd kind is niet vereist *indien de rechtbank, op grond van feiten die vastgesteld zijn in een met redenen omkleed proces-verbaal, oordeelt dat het kind geen onderscheidingsvermogen heeft* (art. 329bis, § 2, tweede lid, tweede zin BW).

De wetgever heeft deze bepaling met de wet van 1 juli 2006 bewust¹⁶ gekopieerd uit het adoptierecht¹⁷, als remedie voor eventuele problemen n.a.v. de verlaging van de leeftijd waarop het kind zelf tot zijn erkenning moet toestemmen¹⁸, maar is daarbij klaarblijkelijk uit het oog

⁹ Zie het oude art. 319, § 3, tweede lid BW.

¹⁰ MvT bij het wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-597/1, 5 (arrest nr. 66/2003 van 14 mei 2003).

¹¹ En mogelijk ook discriminatoir in het licht van de rechtsoverwegingen B.6 en B.7 van GwH 14 mei 2003, nr. 66/2003; zie ook de commentaar bij art. 332quinquies BW.

¹² Nochtans zie ik een betekenisvol *verschil* in deze context tussen erkenning en adoptie: een 12-jarige met onderscheidingsvermogen heeft een absoluut vetorecht tegen zijn adoptie (die zonder zijn toestemming niet kan doorgaan), terwijl een erkenning na toestemmingsweigering van een 12-jarig kind toch kan plaatsvinden na een geding ingeleid door de kandidaat-erkenner.

¹³ Verslag namens de Subcommissie Familierecht, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/24, 54.

¹⁴ Art. 56bis (inmiddels oud) Jeugdbeschermingswet, zie verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/7, 3 (inleidende uiteenzetting door de minister van Justitie) en 9 (algemene bespreking); cf. (het actuele) art. 1004/1 Ger.W.

¹⁵ Amendement nr. 3 (NYSENS), *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/3 (verworpen met 6 stemmen tegen 5).

¹⁶ Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-597/32, 25.

¹⁷ Zie art. 348-1, derde lid BW.

¹⁸ Verslag namens de Subcommissie Familierecht, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/24, 55.

verloren dat adoptie en erkenning in dit opzicht niet vergelijkbaar zijn, nu de te adopteren minderjarige van 12 jaar of ouder hoe dan ook door de rechtbank wordt gehoord¹⁹, terwijl de rechtbank geheel niet aan zet is bij een erkenning waarvoor de nodige toestemmingen worden bekomen.

11 Weigert het kind van 12 jaar of ouder zijn toestemming en wordt de erkenningsakte niet opgemaakt, dan kan de zaak op vordering van de aspirant-erkenner voor de familierechtbank komen, die aan de toestemmingsweigering van het kind geen gevolg zal geven wanneer zij, in een met redenen omkleed proces-verbaal, oordeelt dat het kind geen onderscheidingsvermogen heeft. Is de rechtbank van oordeel dat het kind wel onderscheidingsvermogen heeft, dan oordeelt zij overeenkomstig artikel 329bis, § 2, derde lid BW (zie infra, nr. 24 e.v.).

De vraag rijst door wie de familierechtbank kan worden gevat in het geval dat de *erkenningsakte* reeds *is opgemaakt zonder toestemming van het te erkennen kind* dat ouder is dan 12 jaar, ingeval dit kind zijn toestemming tot de erkenning heeft geweigerd, maar de *erkenningsakte* ondanks die toestemmingsweigering toch door de instrumenterende ambtenaar is opgemaakt wegens gebrek aan onderscheidingsvermogen. De enige betrokkene die daar belang bij heeft, is het te erkennen minderjarige kind zelf, dat als enige gekant is tegen de erkenning. Inleiding van deze procedure door zijn wettelijke vertegenwoordiger – de ouder die wel tot de erkenning heeft toegestemd – is niet realistisch. Vertegenwoordiging via een voogd ad hoc, aangewezen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg met toepassing van artikel 331sexies BW ligt niet voor de hand, omdat zou kunnen worden betwijfeld of dit een ‘geding betreffende de afstamming’ is in de zin van deze bepaling, nu dit geding geenszins op zichzelf tot de vaststelling van de afstamming leidt.²⁰ Op dit vlak zou een uitzonderlijke procesbekwaamheid van de minderjarige kunnen worden verdedigd, ingeval deze de volle leeftijd van 12 jaar heeft bereikt²¹, al is het weinig waarschijnlijk dat een minderjarige zonder onderscheidingsvermogen procedurele stappen zal ondernemen.

Het gedinginleidend stuk zal een dagvaarding moeten zijn (cf. art. 329bis, § 2, derde lid BW voor het geding na toestemmingsweigering).

12 Nu de wet vereist dat het gebrek aan onderscheidingsvermogen van het kind door de rechtbank wordt vastgesteld in een gemotiveerd proces-verbaal, moet worden aangenomen dat noch de ambtenaar van de burgerlijke stand, noch de notaris mogen weigeren om de akte van erkenning op te maken, op grond van een eigen oordeel i.v.m. het (gebrek aan) onderscheidingsvermogen van het kind, wanneer het te erkennen kind dat de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt tot de erkenning toestemt.

In geval van *twijfel omtrent de geldigheid van de toestemming van het kind tot de voorgenomen erkenning*, wegens twijfel omtrent diens onderscheidingsvermogen, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand de procureur des Konings te contacteren, die vervolgens kan optreden. Niets belet ook de notaris die met dit probleem geconfronteerd wordt om het Openbaar Ministerie in te lichten,

¹⁹ Zie art. 1231-10, eerste lid, 2° Ger.W.

²⁰ In deze zin: de commentaar bij art. 331sexies BW.

²¹ Zie Rb. Antwerpen (1^{ste} B k.) 18 februari 2008, AR 08/9/A, onuitg.: de rechtbank merkte op dat de twee te erkennen minderjarige kinderen die de leeftijd van twaalf jaar al hadden bereikt, wel degelijk partij waren in het geding na toestemmingsweigering, maar dat zij in casu (initieel) geen verzoek tot vrijwillige tussenkomst hadden neergelegd. De rechtbank achtte hun belangen strijdig met deze van de moeder die (initieel) was opgetreden zowel in eigen naam als in haar hoedanigheid van ‘wettelijk beheerder’ (sic) van de minderjarige kinderen.

dat in burgerlijke zaken ambtshalve optreedt bij wege van rechtsvordering, vordering of advies op grond van artikel 138bis, § 1 Ger.W. telkens wanneer de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

Ingeval het te erkennen niet-ontvoogde minderjarige kind na zijn twaalfde verjaardag zijn toestemming tot deze erkenning geeft, zal zijn ouder het onderscheidingsvermogen van de minderjarige niet voor de rechtbank in vraag kunnen stellen. Dit is ook niet nodig, want ingeval de moeder bv. haar toestemming tot een vaderlijke erkenning zou weigeren, terwijl het te erkennen kind zelf geen bezwaar tegen deze erkenning heeft, kan de familierechtbank toch door de aspirant-erkenner worden gevat op basis van het feit dat zij niet tot de erkenning toestemt (zie infra, nr. 25 e.v.).

4. *Samenvatting*

13 Indien een man een *ongeboren kind* wil erkennen, moet de vrouw die dit kind draagt, tot deze prenatale erkenning toestemmen. Een vrouw kan geen ongeboren kind erkennen als moeder, wel als meemoeder.

Indien een man een minderjarig niet-ontvoogd kind *na de geboorte* wil erkennen, moet de vrouw wier naam in de geboorteakte is vermeld, sowieso – als moeder – tot deze erkenning toestemmen. Is het kind ouder dan twaalf jaar, dan zijn in de regel twee toestemmingen nodig: zowel deze van de moeder als deze van het kind zelf.

Indien een vrouw via een moederlijke erkenning een minderjarig niet-ontvoogd kind wil erkennen, dan moet de man die dit kind al voordien erkend heeft of wiens vaderschap gerechtelijk is komen vast te staan, tot deze erkenning toestemmen. Wil een meemoeder het kind erkennen, dan zal de toestemming van de moeder noodzakelijk zijn. Is het kind ouder dan twaalf jaar, dan zijn in de regel twee toestemmingen nodig: zowel deze van de vader/meeder als deze van het kind zelf.

De erkenning kan enkel doorgaan zonder de toestemming van het kind ouder dan 12 jaar indien de familierechtbank heeft geoordeeld dat het te erkennen kind onvoldoende onderscheidingsvermogen heeft of, in geval van voldoende onderscheidingsvermogen, het geding na toestemmingsweigering zijn verloop heeft gekend.

B. HET KIND IS EEN NIET-ONTVOOGDE MINDERJARIGE ZONDER BEKENDE OUDER OF MET EEN OUDER DIE OVERLEDEN IS DAN WEL IN DE ONMOGELIJKHEID VERKEERT ZIJN WIL TE UITEN

14 Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal een erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind *zonder enige toestemming* kunnen plaatsvinden, meer bepaald wanneer het te erkennen kind minderjarig en niet ontvoogd is en geen bekende ouder heeft, of de ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat, overleden is, vermoedelijk afwezig is, in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven dan wel wilsonbekwaam is (art. 329bis, § 3, eerste lid BW). De erkenning is in deze gevallen een eenzijdige rechtshandeling.²²

De ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris die wordt verzocht een erkenningsakte op te maken in een van de gevallen beschreven in artikel 329bis, § 3, eerste lid BW mag dit niet doen zonder bewijs van één van de voormelde toestanden.

²² P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven/Den Haag, Acco, 15^{de} uitg., 2015, 226, nr. 670 en 250, nr. 759.

De ouder is *onbekend* wanneer zijn/haar afstamming juridisch niet vaststaat. Bij een vaderlijke erkenning zal dit het geval zijn wanneer de naam van de moeder niet in de geboorteakte is vermeld, geen vrouw het kind heeft erkend en het moederschap evenmin gerechtelijk is vastgesteld.

Het bewijs dat de ouder *overleden* is, kan eenvoudig worden geleverd door een uittreksel uit de akte van overlijden of door een gerechtelijke verklaring van overlijden of van afwezigheid.

Dat de ouder *vermoedelijk afwezig* is, wordt bij vonnis vastgesteld door de vrederechter wanneer hij/zij sinds meer dan drie maanden niet meer verschenen is in zijn/haar woonplaats en men van hem/haar gedurende ten minste drie maanden geen nieuws heeft ontvangen en daaruit onzekerheid voortvloeit over leven of dood (art. 112, § 1 BW).

De bewijslast – die rust op de aspirant-erkenner – kan zwaarder uitvallen wanneer hij/zij moet aantonen dat de ouder *in de onmogelijkheid verkeert zijn/haar wil te uiten dan wel wilsonbekwaam* is. Ingeval een rechterlijke beschermingsmaatregel is genomen waarbij de vrederechter de beschermde persoon onbekwaam heeft verklaard om zelf een kind te erkennen (art. 492/1, § 1, derde lid, 7° BW) of toe te stemmen tot de erkenning van zijn/haar kind (wat ook los van de checklist mogelijk moet zijn op basis van art. 492/1, § 1, eerste lid BW), dan vormt deze uitspraak zonder twijfel een afdoend bewijsmiddel (cf. art. 389, tweede lid BW j° art. 1236bis Ger.W. inzake het bewijs van voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen) tot zolang de vrederechter geen positief oordeel heeft gevelde over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon (wat bv. mogelijk is indien deze zou verzoeken om zelf een kind te erkennen, zie art. 328, § 2 BW). In de rechtspraak is een vermoeden van onmogelijkheid zijn wil te kennen te geven aanvaard voor een ouder die uit bepaalde ouderlijke rechten is ontzet.²³ Dit laatste is betwistbaar in het licht van artikel 33, tweede lid Jeugdbeschermingswet, dat voor de ontzetting van een ouder uit diens recht tot de adoptie van zijn kind toe te stemmen, een uitdrukkelijke bepaling in het vonnis vereist.²⁴ Indien de persoon die het kind wil erkennen, daarentegen aanvoert dat de ouder onvindbaar is of geestesgestoord zonder vonnis inzake afwezigheid of zonder rechterlijke beschermingsmaatregel, rijzen bewijsproblemen. In het eerste geval is het aan te raden dat de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris aan de kandidaat-erkenner vraagt om een attest van de bevolkingsdiensten voor te leggen waaruit blijkt dat de ouder daadwerkelijk verdwenen is. De geestesstoornis zal dikwijls nog moeilijker te bewijzen zijn, nu de persoon die het kind wil erkennen, wellicht geen psychiatrische verslagen zal kunnen verkrijgen die zijn/haar bewering bevestigen, gelet op het beroepsgeheim van de arts (art. 458 Sw.).

Wordt onvoldoende bewezen dat de feitelijke voorwaarden van artikel 329bis, § 3, eerste lid BW vervuld zijn, dan mag de daartoe aangezochte ambtenaar geen erkenningsakte opmaken zonder de toestemming van de ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat en het te erkennen kind ouder dan twaalf jaar.

Het feit dat de aspirant-erkenner niet kan bewijzen dat de ouder in de onmogelijkheid is zijn/haar wil te kennen te geven of wilsonbekwaam is, verhindert niet dat de man/vrouw die het kind wil erkennen, de zaak bij dagvaarding aanhangig maakt bij de familierechtbank overeenkomstig artikel 329bis, § 2, derde lid BW, aangezien (minstens) een van de noodzakelijke toestemmingen tot de erkenning ontbreekt.

²³ Rb. Luik 13 maart 1992, *RTDF* 1993, 451: de rechtbank oordeelde dat indien de moeder werd ontzet uit de rechten die uit het ouderlijk gezag voortvloeien, opgesomd in art. 33, 1° en 2° Jeugdbeschermingswet, zij moet worden geacht in de onmogelijkheid te zijn haar wil te kennen te geven.

²⁴ Hoewel evenzeer worden aangevoerd dat deze bepaling beoogt te vermijden dat de ontzette ouder al te gemakkelijk zijn ouderschap zou verliezen, wat bij een erkenning niet het geval is.

15 Niets belet dat de wettelijke vertegenwoordiger en/of het kind van twaalf jaar of ouder toch voorafgaandelijk toestemmen tot de erkenning in de hypothese beoogd door artikel 329bis, § 3 BW.²⁵

Stemmen zij allebei niet toe, of stemt slechts een van hen toe, dan moet de erkenningsakte worden medegedeeld aan degene(n) die niet heeft (hebben) toegestemd (art. 329bis, § 3, eerste lid BW). Binnen zes maanden te rekenen vanaf de kennisgeving of betekening²⁶ van de erkenning, kunnen de personen aan wie de erkenning is medegedeeld, de vernietiging van de erkenning vorderen (art. 329bis, § 3, tweede en derde lid BW). Deze bijzondere procedure tot nietigverklaring van een erkenning die zonder toestemming is tot stand gekomen, wordt verder besproken (zie infra, nr. 65 e.v.).

C. HET KIND IS MEERDERJARIG OF ONTVOOGD

16 De erkenning van een meerderjarig of ontvoogd minderjarig kind is alleen ontvankelijk zo het – wilsbekwame – kind daarin vooraf zelf toestemt (art. 329bis, § 1 BW). Een wilsonbekwame meerderjarige moet niet tot zijn erkenning toestemmen, maar de wilsonbekwaamheid moet bij vonnis worden vastgesteld (art. 329bis, § 1/1 BW). Voor de meerderjarige onder bewind kan de bewindvoerder plaatsvervangend toestemmen.

1. *Het te erkennen kind is wilsbekwaam*

17 De meerderjarige en de ontvoogde minderjarige hebben een *absoluut vetorecht*²⁷ tegen een erkenning die pas lange tijd – minstens achttien jaar, resp. vijftien jaar²⁸ – na de geboorte plaatsvindt. De man of vrouw die het kind ondanks een toestemmingsweigering toch wil erkennen, heeft immers geen verhaalsmogelijkheid bij de rechtbank.

Dit vetorecht tegen de erkenning (door een man) is door het Grondwettelijk Hof onder gelding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 grondwettig bevonden.²⁹

2. *Het te erkennen kind is wilsonbekwaam en/of rechterlijk beschermd*

18 De toestemming van het meerderjarige te erkennen kind is niet vereist indien de familierechtbank, op grond van feiten die zijn vastgesteld in een met redenen omkleed proces-verbaal, oordeelt dat het te erkennen kind niet wilsbekwaam is (art. 329bis, § 1/1, eerste zin BW). Met de wet van 17 maart 2013 wou de wetgever enerzijds de regeling voor meerderjarige onbekwamen afstemmen op de regeling voor minderjarigen (zie art. 329bis, § 2, tweede lid BW;

²⁵ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2015, 480, nr. 778.

²⁶ Voor details i.v.m. deze publiciteitsregeling, zie infra, nrs. 65-67.

²⁷ In de parlementaire voorbereidende stukken van de Afstammingswet van 31 maart 1987 wordt gesproken over ‘een soort vetorecht’ in de context van het oude art. 319, § 2 BW, maar wordt tegelijk bevestigd dat tegen de toestemmingsweigering van de meerderjarige of ontvoogde minderjarige geen enkel verhaal mogelijk is, waardoor het vetorecht een absoluut karakter krijgt (zie Verslag Senaatscommissie I, *Parl.St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 66 in fine j° 97, waar werd bevestigd dat het om een absoluut vetorecht gaat).

²⁸ De uitzonderlijke hypothese dat het kind nog vóór zijn vijftiende levensjaar wettelijk ontvoogd zou zijn door een huwelijk daargelaten.

²⁹ Arbitragehof 26 juni 2002, nr. 112/2002, *BS* 21 augustus 2002, 35942. Het feit dat een meerderjarig of ontvoogd kind onder gelding van het vroegere recht (oud art. 319, § 2 j° oud art. 313 BW) een vetorecht had tegen een laattijdige erkenning door een man, maar niet tegen een laattijdige erkenning door een vrouw, werd wel strijdig met het gelijkheidsbeginsel bevonden.

besproken supra, nrs. 10-12) en anderzijds maatwerk mogelijk maken en tegemoetkomen aan de verdragsrechtelijke participatierechten van de beschermde persoon.³⁰

19 Ook indien de vrederechter een rechterlijke beschermingsmaatregel heeft genomen waarbij het te erkennen kind ‘onbekwaam wordt verklaard om met zijn erkenning in te stemmen’, is zijn toestemming niet vereist. Dergelijke rechterlijke beschermingsmaatregel wordt met zoveel woorden vermeld in artikel 329bis, § 1/1, tweede zin BW en is mogelijk op basis van artikel 492/1, § 1, eerste lid BW. Hij komt echter niet voor in de checklist van artikel 492/1, § 1, derde lid BW, waarin met betrekking tot afstamming enkel wordt gesproken over het (zelf) erkennen van een kind (art. 492/1, § 1, derde lid, 7° BW) en het voeren van afstammingsgedingen als eiser of verweerder (art. 492/1, § 1, derde lid, 8° BW). In de praktijk is de kans dus reëel dat een beschermde persoon op persoonsrechtelijk vlak enkel onbekwaam is verklaard voor de rechtshandelingen opgesomd in deze checklist. In dergelijk geval rijst de vraag of wie onbekwaam werd verklaard om (zelf) een kind te erkennen en/of afstammingsprocedures te voeren, ipso facto ook onbekwaam is om toe te stemmen tot zijn eigen erkenning door een aspirant-ouder. M.i. is dit niet zo, aangezien de toestemming (als kind) tot de erkenning door een ouder een minder verregaande rechtshandeling is dan zelf tot erkenning overgaan. Bovendien is de handelingsonbekwaamheid voor een meerderjarige een uitzondering op de principiële handelingsbekwaamheid. Zonder specifieke aanwijzingen in de rechterlijke beschermingsmaatregel blijft de beschermde persoon in persoonsrechtelijke aangelegenheden bekwaam (art. 492/1, § 1, tweede lid BW). In de toelichting bij het wetsvoorstel dat leidde tot de wet van 17 maart 2013 is ten slotte met zoveel woorden gesteld dat de ‘plaatsing onder een gerechtelijk beschermingsregime niet tot gevolg [heeft] dat de persoon onbekwaam wordt om toe te stemmen in de erkenning’.³¹

Het (meerderjarig te erkennen) kind dat zijn mening zelfstandig kan uiten, wordt rechtstreeks door de familierechter gehoord. Ingeval het kind (onder bewind) niet zelf zijn mening kan uiten, vertolkt de vertrouwenspersoon de mening van het kind, waarbij de rechter aan die mening passend belang moet hechten (art. 329bis, § 1/1, derde-vijfde zin). In de voorbereidende werken is benadrukt dat de vertrouwenspersoon in deze context de mening van de beschermde persoon weergeeft zonder een waardeoordeel te vormen over de voorgenomen vaststelling van de afstamming.³²

De vraag rijst welke rol de bewindvoerder dan nog kan vervullen in de context van deze hoogstpersoonlijke rechtshandeling en hoe zijn rol zich verhoudt tot deze van de vertrouwenspersoon. Bijstand en vertegenwoordiging door de bewindvoerder zijn uitgesloten voor de toestemming tot erkenning, bedoeld in artikel 329bis, § 2 (art. 497/2, 9° BW). Deze tweede paragraaf slaat op de rechtshandeling tot het geven van toestemming tot erkenning namens de beschermde persoon als ouder van het niet-ontvoogd minderjarig kind. Vertegenwoordiging door de bewindvoerder is dus niet wettelijk uitgesloten bij de toestemming van een meerderjarige onder bewind tot erkenning van hemzelf door een aspirant-ouder. Plaatsvervangende toestemming vanwege de bewindvoerder voor de wilsonbekwame onder bewind moet dus mogelijk zijn³³, maar het is niet denkbaar dat de erkenning kan doorgaan als de bewindvoerder zijn toestemming geeft en de wilsbekwame beschermde persoon tijdens het verhoor heeft aangegeven niet te willen

³⁰ Verslag Kamercommissie I, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/10, 21.

³¹ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/1, 27 in fine.

³² Verslag Kamercommissie I, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/10, 22.

³³ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2015, 480, nr. 778.

toestemmen. Delicater is situatie waarin de beschermde persoon zelf zijn mening niet kan uiten, maar de vertrouwenspersoon aangeeft dat de beschermde persoon de erkenning niet wenst en de bewindvoerder wel plaatsvervangend wil toestemmen. Passend belang hechten aan de door de vertrouwenspersoon vertolkte mening betekent niet dat de rechter verplicht is om de mening van de vertrouwenspersoon te volgen.³⁴ Toch lijkt het moeilijk denkbaar dat een afstammingsband met de beschermde persoon kan worden gevestigd ingeval de betrokkene bij monde van zijn vertrouwenspersoon heeft aangegeven daartegen gekant te zijn. In deze hoogstpersoonlijke aangelegenheid mag bij onenigheid tussen vertrouwenspersoon en bewindvoerder de voorrang worden gegeven aan de mening van degene die de beschermde persoon het beste kent.

D. HET KIND IS OVERLEDEN

20 Evident kan een overledene niet meer zelf tot zijn erkenning toestemmen. Is het te erkennen *minderjarig kind* overleden zonder afstammelingen na te laten, dan zal de erkenning moeten plaatsvinden binnen één jaar na de geboorte (art. 328, § 3 BW) en gelden de regels zoals hierboven uiteengezet voor de niet-ontvoogde minderjarige die jonger is dan 12 jaar.

21 Een overleden *meerderjarig kind* kan enkel worden erkend indien het zelf afstammelingen heeft nagelaten. De vraag rijst wat de rol is van deze afstammelingen. Zij kunnen een moreel belang bij deze erkenning hebben, maar hebben alleszins ook een patrimoniaal belang: zij zullen – bij plaatsvervulling – erfgerechtigd zijn in de nalatenschap van de erkenner. Omdat de wet niet uitdrukkelijk bepaalt of het vetorecht van het meerderjarige kind overgaat op zijn afstammelingen, kan onmogelijk worden gestaafd dat de erkenning niet kan plaatsvinden als de afstammelingen er niet voorafgaandelijk in hebben toegestemd. Uit geen enkele wettekst kan worden afgeleid of de erkenning van een meerderjarig overleden kind dat afstammelingen heeft nagelaten, al dan niet afhankelijk is van de toestemming van een andere persoon dan de erkenner.

Een pragmatische oplossing die erin zou bestaan dat de erkenning enkel kan worden tegengeworpen aan de afstammelingen die erin hebben toegestemd, is moeilijk verdedigbaar, aangezien er in geen geval een opsplitsing kan gebeuren tussen de afstammelingen, in die zin dat de erkenning wel ten gunste van de ene en niet ten gunste van de andere zou gelden. Alle afstammelingen van het overleden kind moeten op dezelfde wijze een familiale staat krijgen tegenover de erkenner. Alle (klein)kinderen van het overleden kind moeten de (achter)kleinkinderen worden van de erkenner.³⁵

E. SCHEMA

22 De *wettelijk vereiste toestemmingen tot een erkenning* ex artikel 329bis, § 1 en § 2 BW, kunnen als volgt worden geschematiseerd, naargelang leeftijd en situatie van het te erkennen kind (los van de uitzonderlijke hypothesen van art. 329bis, §§ 1/1 en 3 BW).

³⁴ B. MEVESEN, 'Deel 6. Het bewind: werking en organisatie' in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Meerderjarige beschermde personen*, Brugge, die Keure, 2014, 171, nr. 387.

³⁵ In deze zin: de vorige versie van de commentaar bij art. 328 BW door A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK (1997, 2, nr. 4).

	VÓÓR DE GEBORTE	NIET- ONTVOOGDE MINDERJARIGE		MEERDERJARIGE OF ONTVOOGDE MINDERJARIGE
		< 12 JAAR	≥ 12 JAAR	
VADERLIJKE ERKENNING	zwangere vrouw	enkel moeder	moeder en kind	te erkennen persoon zelf
MOEDERLIJKE ERKENNING	n.v.t.	enkel vader	vader en kind	
MEEMOEDERLIJKE ERKENNING	zwangere vrouw	enkel moeder	moeder en kind	

II. Vorm van de toestemming en ogenblik waarop zij moet worden gegeven

23 Volgens de wettekst moeten de moeder en het meerderjarige of ontvoogde kind ‘vooraf’ tot de erkenning toestemmen en is de ‘voorafgaande’ toestemming van het kind van 12 jaar of ouder vereist.

Uit twee ministeriële omzendbrieven kan echter worden afgeleid dat de toestemming van ouder en/of kind ook *in de erkenningsakte* zelf kan/kunnen worden gegeven – dit blijkt ook uit artikel 62, § 1, eerste lid, 3° BW – *dan wel in een afzonderlijke akte* die is opgemaakt door een notaris, door de ambtenaar van de burgerlijke stand die de erkenningsakte ontvangt of door de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woon- of verblijfplaats van de persoon die zijn toestemming moet geven.³⁶

Het kind dat twaalf jaar of ouder is op de dag van de opmaak van de erkenningsakte, moet in de regel³⁷ tot de erkenning toestemmen, ook al had het die leeftijd nog niet bereikt op het ogenblik dat de aspirant-erkenner zijn/haar verzoek tot erkenning formuleerde.

III. Toestemmingsweigering en het geding dat daarop volgt

24 De personen die krachtens de wet tot de erkenning moeten toestemmen, zijn – althans juridisch – volkomen vrij en beslissen autonoom om hun toestemming al dan niet te geven. Een *toestemmingsweigering moet niet verantwoord worden*, noch voor de ambtenaar van de burgerlijke stand³⁸, noch voor een notaris.

³⁶ Ministeriële circulaire van 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *BS* 27 mei 1987, (8323) 8325, met zoveel woorden herbevestigd door Circ. 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *BS* 30 mei 2007, (29203) 29208.

³⁷ Behoudens vastgesteld gebrek aan onderscheidingsvermogen (zie art. 329bis, § 2, tweede lid BW).

³⁸ Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29208.

25 De ouder en de niet-ontvoogde minderjarige van twaalf jaar of ouder (situatie ex art. 329bis, § 2 BW) hebben – in tegenstelling tot de meerderjarige en de ontvoogde minderjarige (situatie ex art. 329bis, §§ 1 en 1/1 BW) – geen vetorecht tegen een voorgenomen erkenning. De persoon die het kind wil erkennen maar botst op een toestemmingsweigering, beschikt, na deze toestemmingsweigering, immers over een verhaal bij de familierechtbank, die de partijen zal proberen verzoenen en, bij gebrek aan verzoening, beslist of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden.

Bij gebrek aan de wettelijk vereiste toestemmingen, kan een voorgenomen erkenning dus niet doorgaan zonder een *procedure voor de familierechtbank*, met als sluitstuk een vonnis waarin de rechtbank ofwel de nodige toestemmingen ontvangt, ofwel oordeelt dat de vordering van de aspirant-erkenner om tot hem toe te laten tot erkenning gegrond wordt verklaard, ondanks een volgehouden weigering om tot deze erkenning toe te stemmen.

26 Het geding na toestemmingsweigering wordt beheerst door de regels opgenomen in artikel 329bis, § 2, derde en vierde lid BW, die hieronder worden besproken. Uit de aanhef van artikel 329bis, § 3, derde lid BW: ‘Bij gebreke van die toestemmingen’ (in het meervoud) zou kunnen worden afgeleid dat de zaak pas bij de rechtbank wordt aanhangig gemaakt als zowel de ouder als het niet-ontvoogde minstens 12 jaar oude minderjarige kind hun toestemming tot de erkenning weigeren. Toch moet worden aangenomen dat de aspirant-erkenner een verhaalsrecht bij de rechtbank heeft indien moeder (vader) of kind weigert tot de erkenning toe te stemmen.

A. BEVOEGDE RECHTBANK

27 Sinds 1 september 2014 wordt het geding na toestemmingsweigering ingeleid voor de *familierechtbank*. Dat blijkt niet duidelijk uit de wettelijke bepalingen die dit geding beheersen en waarin nog stevast over ‘de rechtbank’ wordt gesproken (art. 329bis, § 2 BW)³⁹, maar volgt uit artikel 572bis, 1° Ger.W. Het gaat immers om een vordering betreffende de staat van personen.

B. GEDINGINLEIDEND STUK

28 De procedure kan niet worden ingeleid via een verzoekschrift op tegenspraak; een *dagvaarding* is noodzakelijk.

De vijfde en de zesde zin van artikel 329bis, § 2, derde lid BW scheppen verwarring door de term ‘verzoek’ te bevatten, maar de eerste zin is duidelijk: bij gebrek aan de nodige toestemmingen ‘dagvaardt’ de aspirant-erkenner de personen wier toestemming vereist is.

De dagvaarding werd als wijze van gedinginleiding verkozen boven het verzoekschrift op tegenspraak, gelet op de waarborgen die zij biedt⁴⁰ en met verwijzing naar de gebruikelijke manier om een zaak aanhangig te maken.⁴¹

De wet van 30 juli 2013 bracht incongruentie binnen artikel 329bis BW, aangezien het geding tot vernietiging van een zonder toestemming gedane erkenning niet alleen via dagvaarding, maar

³⁹ Deze bepaling werd niet gewijzigd door de wet van 30 juli 2013, in tegenstelling tot art. 329bis, § 3, waarin sprake is van de territoriaal bevoegde ‘familierechtbank’.

⁴⁰ Verantwoording bij (ingetrokken) amendement nr. 22 (MARGHEM), *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-597/9, 3; verslag namens de Subcommissie Familierecht, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/024, 56-57.

⁴¹ Verantwoording bij amendement nr. 109 (DEOM c.s.), *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/26, 3; verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/32, 26 j° 30 j° 46.

ook bij gezamenlijk of tegensprekelijk verzoekschrift kan worden ingeleid (zie art. 329bis, § 3, derde lid BW).

C. AFWEZIGHEID VAN TERMIJN OM DE VORDERING IN TE LEIDEN

29 Het geding na toestemmingsweigering teneinde het oordeel van de rechtbank te bekomen dat de erkenning kan plaatshebben, kan op elk moment worden ingeleid. Net zoals de erkenning zelf, is de *inleiding van de procedure* bij de familierechtbank, bedoeld in artikel 329bis, § 2, derde lid BW, *niet aan enige termijn onderworpen*.

Dat de verjaringstermijn van artikel 331ter BW ter zake niet van toepassing is, werd ook onder gelding van het vroegere afstammingsrecht al aangenomen⁴², maar is sinds de wet van 1 juli 2006 uitdrukkelijk in de wettekst opgenomen: de in dit artikel bepaalde verjaringstermijn geldt niet voor de op artikel 329bis BW gegronde vorderingen (art. 331ter, derde lid BW).

Vanzelfsprekend zijn de vervaltermijnen tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (art. 318, § 2 BW) en de erkenning (art. 330, § 1, vierde lid BW) evenmin van toepassing op de procedure bedoeld in artikel 329bis, § 2, derde lid BW, die precies wordt gevoerd met het oog op de vaststelling van de afstamming.

30 De procedure zal logischerwijs wel worden ingeleid vóór de meerderjarigheid of ontvoogding van het te erkennen kind⁴³, aangezien de meerderjarige en de ontvoogde over een absoluut vetorecht beschikken tegen de voorgenomen erkenning (zie supra, nr. 16 en infra, nr. 51).

D. VERTEGENWOORDIGING VAN HET TE ERKENNEN KIND

31 Uit rechtspraak blijkt dat het te erkennen niet-ontvoogde minderjarige kind wel degelijk partij is in het geding na toestemmingsweigering en dat zijn belangen (princiepelijk) strijdig worden geacht met de belangen van de moeder.⁴⁴ Opmerkelijk is dat de te erkennen kinderen ouder dan twaalf jaar procesbekwaam blijken, in die zin dat hun vrijwillige tussenkomst in het door de aspirant-erkenner ingeleide geding aanvaardbaar werd geacht.⁴⁵

Voor het overige wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 331sexies BW.

E. VERPLICHTE VERZOENINGSPOGING DOOR DE FAMILIERECHTBANK

32 Wanneer de ouder of het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de volle leeftijd van 12 jaar heeft bereikt, niet tot een erkenning toestemt en de aspirant-erkenner de weigerende partij(en) gedagvaard heeft, worden de *partijen in raadkamer gehoord*. De rechtbank poogt hen te verzoenen (art. 329bis, § 2, derde lid BW).

⁴² Zie reeds J.-P. MASSON, 'La prescription' in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (35) 40 (i.v.m. art. 319, § 3, derde lid (oud) BW).

⁴³ J. SOSSON, 'Le droit de la filiation nouveau est arrivé! (deuxième partie)', *JT* 2007, (391) 396, nr. 40.

⁴⁴ Rb. Antwerpen (1^{ste} B k.) 18 februari 2008, AR 08/9/A, onuitg. (tussenvonnis): de moeder van twee kinderen ouder dan 12 jaar was in casu (initieel) opgetreden zowel in eigen naam als in haar hoedanigheid van 'wettelijk beheerder' (sic) van de minderjarige kinderen. De te erkennen kinderen verschenen persoonlijk en werden ter zitting bijgestaan door een eigen advocaat.

⁴⁵ Rb. Antwerpen (1^{ste} B k.) 17 maart 2008, AR 08/9/A, onuitg. (eindvonnis): de te erkennen kinderen waren bijna 16, resp. 17,5 jaar oud op het ogenblik van de uitspraak. Zij verschenen als vrijwillig tussenkomende partijen persoonlijk, bijgestaan door hun eigen advocaat.

Deze *verzoeningspoging* werd doelbewust behouden in de Afstammingswet van 1 juli 2006⁴⁶ en is niet gewijzigd met de wet van 30 juli 2013, die rechterlijke verzoening in alle andere contentieux (principeel facultatief) heeft willen promoten (zie art. 731, tweede lid Ger.W.). Er moet dan ook worden aangenomen dat ze *verplicht* is en niet achterwege kan worden gelaten door een rechtstreeks oordeel van de familierechtbank dat de erkenning al dan niet kan plaatsvinden.⁴⁷

33 Gelet op het hoogstpersoonlijke karakter van de erkenning en de toestemmingen die ervoor vereist zijn, moeten de *partijen* – de man of vrouw die het kind wil erkennen (eiser of eiseres), en degene(n) die zijn (hun) toestemming weigert (weigeren)⁴⁸ (verweerder(s)) – *persoonlijk aanwezig* zijn op de verzoeningszitting die plaatsvindt in de raadkamer. Zij kunnen zich laten bijstaan door een advocaat; er kan evenwel niet worden aanvaard dat zij zich laten vertegenwoordigen door hun advocaat⁴⁹, mede gelet op het persoonsgebonden karakter van de verzoeningsprocedure.

34 Indien de rechtbank de partijen tot verzoening brengt – wat in deze context betekent dat de weigerende partijen terugkomen op hun toestemmingsweigeren en zich niet langer tegen de erkenning verzetten, *ontvangt zij de nodige toestemmingen* (art. 329bis, § 2, derde lid BW).

Van de zitting in verzoening wordt een proces-verbaal opgemaakt (vgl. art. 733 Ger.W. inzake minnelijke schikking), waarin akte wordt genomen van de gegeven toestemmingen.⁵⁰ De vereiste toestemmingen kunnen ook door de familierechtbank worden opgenomen in een akkoordvonniss.⁵¹

Partiële verzoening is mogelijk: zo is het voorgekomen dat de moeder en één kind ouder dan twaalf zich, na initiële toestemmingsweigeren, ter zitting toch akkoord verklaarden met de erkenning van dit kind, maar dat de moeder en een ander kind volhardden in hun toestemmingsweigeren wat de erkenning van dit andere kind betreft.⁵²

35 De vraag rijst of de familierechtbank die de nodige toestemmingen ontvangt (en ze dus meteen authentiek vaststelt) tegelijk ook de erkenning zelf in één en dezelfde akte kan ontvangen. De rechtsleer is verdeeld over deze kwestie; onder gelding van het oude recht heb ik een positief antwoord verdedigd⁵³, omdat een vonnis ongetwijfeld een authentieke akte is in de zin van artikel 327 BW, maar het hof van beroep te Brussel heeft met zoveel woorden geoordeeld dat de hoven en rechtbanken geen rechtsmacht hebben om een erkenning van vaderschap te ontvangen.⁵⁴ Ter

⁴⁶ MvT bij het wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-597/1, 9 (waarin werd voorgesteld de verzoeningsopdracht aan de jeugdrechtbank toe te vertrouwen).

⁴⁷ Onder het vroegere recht werd reeds geoordeeld dat de verzoeningspoging niet kan worden vermeden door een rechtstreekse toelating tot erkenning in een vonnis dat de betwisting van een eerdere erkenning door de aspirant-erkenner gegrond verklaart (Rb. Luik 23 februari 1990, *Pas.* 1990, III, 98, noot F.B. en *RTDF* 1991, 187).

⁴⁸ Zo kan het voorkomen dat de moeder toestemt en het te erkennen minderjarige kind ouder dan twaalf jaar zijn toestemming weigert: in die hypothese is enkel het kind verweerder in de procedure.

⁴⁹ In die zin: Gent (1^{ste} k.) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, onuitg.

⁵⁰ Zie Rb. Luik 29 april 2004, *TBBR* 2005, (209) 210 (na succesvolle verzoeningspoging door de toentertijd bevoegde vrederechter met toepassing van art. 319, § 3 (oud) BW).

⁵¹ Zie reeds, onder het oude recht: G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, 617, nr. 999.

⁵² Rb. Antwerpen (1^{ste} B k.) 17 maart 2008, AR 08/9/A, onuitg.

⁵³ Zie G. VERSCHULDEN, *Afstamming in APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 261-262, nr. 421, met verwijzingen naar beide strekkingen.

⁵⁴ Brussel 28 januari 2003, *NJW* 2003, 969, noot RdC, in een zaak waarin een man die in eerste aanleg was veroordeeld tot een uitkering ex art. 336 BW in hoger beroep wenste te horen zeggen voor recht dat hij de vader van het kind is.

verdediging van dit laatste standpunt kan worden aangevoerd dat rechters in het raam van willige rechtsmacht, los van de beslechting van geschillen over burgerlijke en politieke rechten, enkel kunnen optreden op grond van een uitdrukkelijke wettelijke basis, die in deze context zou ontbreken.

F. OORDEEL VAN DE RECHTBANK BIJ GEBREK AAN VERZOENING

36 Bij gebrek aan verzoening wordt het verzoek om toestemming tot erkenning verworpen als vaststaat dat de verzoeker niet de biologische vader of moeder is.⁵⁵ Als het verzoek een kind betreft dat op het tijdstip van de indiening van het verzoek een jaar of ouder is, kan de rechtbank bovendien⁵⁶ de erkenning weigeren als ze kennelijk strijdig is met de belangen van het kind (art. 329bis, § 2, derde lid BW).

Telkenmale de verzoeningspoging mislukt – wat in de praktijk veeleer regel dan uitzondering is – zal de familierechtbank het geschil moeten beslechten middels een uitspraak of de toestemming tot erkenning al dan niet wordt geweigerd.

1. *Determinerend karakter van het bewijs dat de aspirant-erkenner niet de biologische ouder is*

37 Al sinds de Afstammingswet van 31 maart 1987 wordt het oordeel van de rechtbank gedetermineerd door de biologische werkelijkheid. Het bewijs van biologisch niet-ouderschap van de kandidaat-erkenner *volstaat opdat de rechtbank het verzoek zou afwijzen*. In de praktijk zal het vanzelfsprekend niet de eiser, maar een verwerende partij zijn die dit bewijs zal proberen leveren: de moeder die haar toestemming heeft geweigerd, de voogd ad hoc die optreedt als vertegenwoordiger van het kind of het kind zelf van twaalf jaar of ouder (als werd aanvaard dat het niet moet worden vertegenwoordigd, zie supra, nr. 31).

Toch heeft ook de aspirant-erkenner het recht om in dit contentieux zijn biologisch vaderschap te bewijzen ter staving van zijn vordering, ook al is de moeder gekant tegen een deskundigenonderzoek. Het recht op bewijs is het recht van elke procespartij om enerzijds de bewijzen waarover zij beschikt voor te leggen en anderzijds te verzoeken dat de bewijzen waarover zij nog niet beschikt, voor zover ze dienstig zijn voor de beslechting van het geschil, zouden worden vergaard aan de hand van de nodige onderzoeksmaatregelen.⁵⁷

38 Hoewel artikel 329bis, § 2, derde lid BW niet bepaalt op welke wijze het niet-ouderschap van de kandidaat-erkenner kan worden bewezen, mag worden aangenomen dat dit bewijs *door alle wettelijke middelen* door een (verwerende) partij in het geding kan worden *geleverd*. Een DNA-deskundigenonderzoek is het sterkste bewijsmiddel, maar ook andere wettelijke bewijsmiddelen zijn toegelaten, zoals het bewijs met getuigen

De structuur van de afstammingswetgeving zou een argument kunnen zijn voor de stelling dat de rechtbank niet *ambtshalve* dergelijk onderzoek kan bevelen, omdat artikel 331octies BW deel

⁵⁵ In de context van een meemoederlijke erkenning wordt het verzoek daarentegen verworpen als vaststaat dat de verzoek[st]er niet heeft toegestemd tot de verwekking overeenkomstig de MBV-wet of de verwekking niet het gevolg kan zijn van deze toestemming (art. 325/4, tweede lid BW).

⁵⁶ De toevoeging van dit woord is ongelukkig en leidt tot onduidelijkheid, omdat de wetgever de gevallen waarin de erkenning wordt geweigerd, niet opsomt. Aan een suggestie van de dienst Wetsevaluatie om dit woord te schrappen (verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/7, 25) werd geen aandacht besteed.

⁵⁷ Antwerpen 11 februari 2015, *P&B* 2015, 62, noot D. MOUGENOT.

uitmaakt van een hoofdstuk dat handelt over ‘vorderingen met betrekking tot de afstamming’ (Hoofdstuk IV van Titel VII van Boek I van het Burgerlijk Wetboek: art. 331-333 BW), waaronder de procedure ex artikel 329bis BW niet valt. Toch kan moeilijk worden ontkend dat het geding na toestemmingsweigering – ook al betreft het niet rechtstreeks de vaststelling van de afstamming – wel degelijk betrekking heeft op de afstamming, in die zin dat het oordeel dat de erkenning kan plaatsvinden noodzakelijk is voor de vestiging van een afstammingsband telkens wanneer een wettelijk vereiste toestemming tot de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind ontbreekt.

Er is rechtsleer⁵⁸ en rechtspraak⁵⁹ die aanvaardt dat de rechtbank, met toepassing van artikel 331octies BW, ambtshalve een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kan bevelen.

39 Met verwijzing naar de cassatierechtspraak van 17 december 1998 is meermaals geoordeeld dat de rechter uit de *onrechtmatige weigering* om zich aan een door de rechter bevolen deskundigenonderzoek te onderwerpen een *feitelijk vermoeden* mag afleiden dat speelt *in het nadeel van de weigerende partij*.⁶⁰

40 Het antwoord op de vraag of aan een weigering om een deskundigenonderzoek in afstammingszaken te ondergaan een *dwangsom* kan worden gekoppeld, is omstreden.⁶¹ In een geding na toestemmingsweigering tot een vaderlijke erkenning besliste het hof van beroep te Gent in 2002 nog dat de vordering van de aspirant-erkenner om de moeder te laten veroordelen tot een dwangsom bij weigering om een deskundigenonderzoek te laten verrichten, ontoelaatbaar is.⁶² Anno 2008 oordeelde het hof van beroep te Brussel anders. In de optiek van dit hof laat het eenvoudige gezond verstand toe te overwegen dat de vermeende aantasting van de fysieke integriteit van de persoon – die erin bestaat dat aan het uiteinde van de vinger van de betrokkene een of meer druppels bloed worden afgenomen – verwaarloosbaar is in verhouding tot het belang van de kinderen om hun afstamming vastgesteld te zien worden zowel t.a.v. hun moeder als t.a.v. hun vader en in verhouding tot het belang van de aspirant-erkenner om zijn vaderschap juridisch erkend te zien en dit vaderschap te kunnen opnemen. Het hof verwees ook naar artikel 7.1 IVRK, meer bepaald naar het recht van elk kind om zijn beide ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.⁶³

⁵⁸ P. SENAËVE, ‘Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht’ in P. SENAËVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 121, nr. 223.

⁵⁹ Rb. Aarlen 7 juni 1991, *JT* 1991, 747, noot: de rechtbank achtte het passend om ambtshalve een bloedonderzoek te bevelen in een geval waarin de moeder haar toestemming tot de erkenning weigerde en het biologisch vaderschap van de kandidaat-erkenner in vraag stelde, zonder zelf het tegenbewijs te leveren.

⁶⁰ Gent (11^{de} k.) 17 september 2009, nr. 2007/AR/1514, onuitg.: *in casu* hadden de moeder en de man die het kind eerst had erkend, hoger beroep aangetekend tegen het vonnis tot nietigverklaring van deze eerste erkenning die door de biologische vader was gevorderd. Zie ook Rb. Ieper (1^{ste} k.) 24 december 2008, nr. 07/301/B, onuitg. Na weigering van de moeder werd in deze zaken vermoed dat de aspirant-erkenner wel degelijk de biologische vader was. Toelating tot erkenning werd verleend omdat de erkenning niet kennelijk in strijd was met de belangen van het kind.

⁶¹ Zie in extenso G. VERSCHELDEN, *Afstamming* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 299-304, nrs. 502-505, met talrijke verwijzingen naar rechtspraak (in de context van de gerechtelijke vaststelling van vaderschap) en rechtsleer *pro* en *contra*.

⁶² Gent (1^{ste} k.) 5 december 2002, nr. 1997/AR/596, onuitg.

⁶³ Brussel (3^{de} k.) 22 december 2008, *RTDF* 2009, 1210, noot G. MATHIEU. De moeder werd veroordeeld tot 2000 euro schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep. De in het bestreden vonnis bevolen dwangsom had in casu ten volle zijn ontradend effect, nu de moeder de kinderen uiteindelijk onderworpen heeft aan het bevolen onderzoek (en in graad van hoger beroep het biologisch vaderschap van de erkenner ook niet langer betwistte).

41 Inzake vaderschap vallen de biologische en de genetische werkelijkheid samen. Inzake moederschap is dit niet noodzakelijk zo.

- Bij een voorgenomen *vaderlijke erkenning* zal de erkenning geweigerd worden indien wordt bewezen dat de aspirant-erkenner niet de genetische (= biologische) vader van het kind is. In de context van medisch begeleide voortplanting geldt dit principe echter niet. Vanaf de inseminatie van de gedoneerde gameten spelen de afstammingsregels als bepaald in het Burgerlijk Wetboek in het voordeel van de wensouder(s) die de gameten ontvangen heeft (hebben) (art. 56, eerste lid MBV-wet van 6 juli 2007⁶⁴). Het hof van beroep te Brussel verduidelijkte dat de wetgever met deze lapidaire bepaling bedoeld heeft dat in een geval van bevruchting met donorsperma, de regels van het afstammingsrecht uit het BW die de genetische vader beogen, opzij geschoven worden en vervangen worden door gelijkaardige regels in het voordeel van de wensvader die – samen met de moeder – instemde met de daad van medisch begeleide voortplanting in de overeenkomst met het fertiliteitscentrum. Voor de toepassing van artikel 329bis, § 2, derde lid BW betekent dit concreet dat de woorden ‘niet de biologische vader van het kind’ vervangen moeten worden door de woorden: ‘niet de man die – samen met de moeder – instemde met de daad van medisch begeleide voortplanting in de overeenkomst met het fertiliteitscentrum die geleid heeft tot de zwangerschap waar het kind uit voortgevloeid is’, zodat het genetische niet-vaderschap niet kan leiden tot de verwerping van het verzoek tot erkenning. De machtiging tot erkenning was in eerste aanleg terecht verleend.⁶⁵ In een kritisch commentaar bij dit arrest verdedigt CERULUS dat de beëindiging van de wettelijke samenwoning (1) in casu het verval van de oorzaak van de MBV-overeenkomst had meegebracht meebrengt en (2) daarnaast ook als een stilzwijgend ontbindende voorwaarde van de MBV-overeenkomst moest worden aangezien. Deze toepassing van de gemeenrechtelijke beëindigingsgronden van de overeenkomst brengt de auteur tot de conclusie dat de MBV-overeenkomst *in casu* beëindigd was op het ogenblik van de bevruchting, zodat de man niet als wensvader mocht worden beschouwd en bij gebrek aan genetische band met het kind ook niet gerechtigd kon worden om het kind te erkennen.⁶⁶
- Afgaand op de tekst van de wet, is bij een voorgenomen *moederlijke erkenning* het bewijs van biologisch niet-moederschap van de verzoek(st)er cruciaal voor het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet mag plaatsvinden. Onduidelijk is evenwel wat onder de term ‘biologische moeder’ ex artikel 329bis, § 2, derde lid BW moet worden verstaan: gaat het om de vrouw die van het kind is bevallen (bio-fysiologische moeder) of om de vrouw met wier eikel het kind werd verwekt (genetische moeder)? Het gehanteerde criterium van het bewijs van biologisch niet-moederschap is dubbelzinnig in het geval van eikel- of embryodonatie. Wanneer een vrouw (bv. de draagmoeder) bevallen is van een kind na eikel- of embryodonatie, dan heeft zij in zekere zin wel een biologische band met het kind – omdat zij het gebaard heeft – maar geen genetische band, omdat de eikel waarmee het kind is verwekt per definitie niet de hare is.

⁶⁴ Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007, 38575.

⁶⁵ Brussel (3^{de} k. NI.) 29 mei 2012, *T.Fam.* 2013, 201, noot U. CERULUS en *RTDF* 2014, 212. Voor de volledige feitenconstellatie in deze zaak, haar antecedenten in eerste aanleg en mogelijke gevolgen, zie G. VERSCHELDEN, ‘Overzicht van rechtspraak inzake MBV (exclusief draagmoederschap)’ in S. TACK en G. VERSCHELDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 43-46, nrs. 34-37.

⁶⁶ U. CERULUS, ‘Het lot van de MBV-overeenkomst na beëindiging van de wettelijke samenwoning van de wensouders vóór de bevruchting’ (noot onder Brussel 29 mei 2012), *T.Fam.* 2013, (205) 211, nr. 10.

De wetgever is niet ingegaan op de suggestie om het begrip biologische moeder in deze context te verduidelijken door te bepalen dat het gaat om de vrouw die het kind heeft gebaard.⁶⁷ Dat de biologische moeder in de zin van artikel 329bis, § 2, derde lid BW de vrouw moet zijn die het kind ter wereld heeft gebracht, volgt echter uit de logica van het afstammingsrecht: inzake de gerechtelijke vaststelling van het moederschap bepaalt de wet met zoveel woorden dat moet worden bewezen dat het kind hetzelfde is als dat van wie de vermeende moeder is bevallen (art. 314, derde lid BW).

Concreet impliceert een en ander dat het verzoek tot erkenning dat uitgaat van een draagmoeder die in het buitenland anoniem van het kind bevallen is en naderhand dit kind wil erkennen, niet mag worden afgewezen op grond van het bewijs dat zij geen genetische band met het kind heeft. Daarnaast zal het bewijs dat een vrouw niet genetisch verwant is met het kind van wie zij (anoniem) bevallen is – omdat het werd verwekt na eicel- of embryodonatie – de moederlijke erkenning door de bevallen vrouw niet a priori verhinderen.

2. *Opportunitieoordeel van de rechtbank bij afwezigheid van bewijs van biologisch niet-ouderschap van de aspirant-erkenner*

a. Wettelijke regeling

42 Wordt het bewijs van biologisch niet-vaderschap van de aspirant-erkenner niet geleverd, bv. omdat alle partijen weten dat hij wel degelijk de genetische (biologische) vader van het kind is en dit gegeven niet wordt betwist⁶⁸ of omdat het aangeboden bewijsmateriaal de rechtbank niet kan overtuigen, dan ligt in artikel 329bis, § 2, derde lid BW een *verschillend regime* vervat *naargelang* het verzoek een *kind* betreft dat op het tijdstip van de indiening van het verzoek al dan niet *één jaar of ouder is*. Hetzelfde geldt indien niet zou kunnen worden bewezen dat de vrouw die een kind wil erkennen, niet van dit kind bevallen is. Het tijdstip van de ‘indiening van het verzoek’ is de betekening van de dagvaarding waarbij de aspirant-erkenner de weigerende partij(en) voor de rechtbank wil brengen, voor zover de zaak op de algemene rol is ingeschreven vóór de terechtzitting in de dagvaarding aangewezen.⁶⁹

Volgens de wettekst verschilt de beoordelingsmacht van de familierechtbank in belangrijke mate naargelang het kind jonger of ouder is dan één jaar op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding.

i. Geen toetsing van de belangen van het kind jonger dan één jaar

43 Is het kind op het ogenblik dat de aspirant-erkenner de dagvaarding laat betekenen nog geen jaar oud, dan kan de rechtbank strikt wettelijk het belang van het kind niet beoordelen en moet zij oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden telkens wanneer het bewijs van niet-vaderschap van de eiser (of niet-moederschap van de eiseres) niet wordt geleverd (behalve in het uitzonderlijke geval van verkrachting van de moeder door de kandidaat-erkenner, zie infra, nr. 53 e.v.). Dit volgt

⁶⁷ Schriftelijk technisch advies van prof. F. SWENNEN, opgenomen als bijlage bij het verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K0597/032, 82. Deze collega heeft de genoemde verduidelijking als voor de hand liggend (evident) voorgesteld, wat in het Parlement niet is tegengesproken.

⁶⁸ Zie bv. Brussel (42^{ste} k.) 24 maart 2015, nr. 2014/AR/1977 en Brussel (3^{de} k. NL.) 10 september 2013, nr. 2012/AR/2489.

⁶⁹ Cass. 1 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 111, *Pas.* 1991, I, 102 en *RW* 1990-91, 962; Cass. 20 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 373, *Pas.* 1992, I, 369 en *RW* 1991-92, 1332; Cass. 2 mei 2002, *Pas.* 2002, 1048.

– weliswaar a contrario – uit de wet zelf, die een opportuniteitsoordeel slechts mogelijk maakt voor kinderen ouder dan één jaar op het tijdstip van indiening van het verzoek tot erkenning.

ii. Marginale toetsing van de belangen van het kind

44 Als het verzoek een kind betreft dat op het tijdstip van de indiening van het verzoek een jaar of ouder is, kan de rechtbank de erkenning weigeren als ze kennelijk strijdig is met de belangen van het kind (art. 329bis, § 2, derde lid in fine BW).

Met de uitdrukking ‘*kennelijk strijdig met het belang van het kind*’ werd een *marginale controle* beoogd: de rechtbank zou de erkenning enkel mogen weigeren als de kandidaat een ernstig gevaar voor het kind betekent of zich in een situatie bevindt dat hij uit het ouderlijk gezag zou kunnen worden ontzet.⁷⁰

Tijdens de parlementaire voorbereiding vroegen sommige kamerleden om het woord ‘kennelijk’ weg te laten, teneinde de rechtbank een ruimer controlerecht toe te kennen; andere leden meenden dan weer dat de controlebevoegdheid van de rechter marginaal moest blijven.⁷¹

Bij ondervraging in de Senaat over de criteria die de rechter moet hanteren om zijn marginale controle uit te voeren, antwoordde de minister van Justitie dat ‘*de rechtbank enkel moet nagaan waarom de vader gewacht heeft met zijn verzoek tot erkenning (...). Bovendien zal de vader niet hoeven te bewijzen dat de erkenning het kind ten goede komt, maar zal de moeder moeten bewijzen dat de erkenning de belangen van het kind schaadt*’.⁷²

Hoewel de vaagheid van de wettekst betreurd kan worden⁷³, in die zin dat niet in de wet is verduidelijkt dat de erkenning moet worden geweigerd als de kandidaat zich in de voorwaarden bevindt om uit het ouderlijk gezag te worden ontzet⁷⁴, is de Afstammingswet van 1 juli 2006 toch iets duidelijker dan de Afstammingswet van 31 maart 1987, waarin was bepaald dat de rechtbank bij gebrek aan bewijs van niet-vaderschap besliste ‘met inachtneming van de belangen van het kind’ of de erkenning kan plaatshebben.⁷⁵ De huidige Franse wettekst (*‘manifestement contraire à’*) verwoordt beter dan de Nederlandse de doelstelling van de wetgever in 2006; de weigering van de erkenning moest beperkt blijven tot extreme gevallen.

In dit verband oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Brussel⁷⁶ het volgende:

- ook al mag men er in het algemeen van uitgaan dat het belang van het kind gediend is met de vaststelling van een dubbelzijdige afstammingsband, toch is dit vermoeden weerlegbaar. Er kunnen inderdaad gevallen bestaan waarin de vaststelling van de juridische afstamming nadelig is voor een kind⁷⁷;

⁷⁰ MvT bij het wetsvoorstel tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-597/1, 10. Zie art. 32 Jeugdbeschermingswet.

⁷¹ Verslag namens de Subcommissie Familierecht, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/24, 57.

⁷² Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/7, 41-42.

⁷³ N. MASSAGER, ‘La proposition de loi 597’, *Rev.dr.ULB* 2005, (193) 225, nr. 30.

⁷⁴ N. MASSAGER, ‘La nouvelle loi sur la filiation’ in D. PIRE (coörd.), *Droit des familles*, Luik, Anthémis, 2007, 81, nr. 30.

⁷⁵ Oud art. 319, § 3, vierde lid BW.

⁷⁶ Rb. Brussel (12^{de} k.) 23 januari 2008, *JLMB* 2008, 1067.

⁷⁷ Cf. de overweging B.5 in Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *BS* 20 oktober 2003, (50820) 50821, *NJW* 2003, 884, noot RdC en *JLMB* 2003, 1120, noot D. PIRE: ‘*Er kunnen gevallen bestaan waarin het juridisch vastleggen van de afstamming van een kind van vaderszijde voor dat kind nadelig is. Ook al kan men doorgaans ervan uitgaan dat het in het belang van het kind is dat zijn afstamming van beide zijden wordt vastgesteld, toch kan men niet onomstotelijk voorhouden dat dit altijd het geval is*’.

- het belang van het kind moet worden bekeken in functie van het voorwerp van de vordering, zijnde de toekenning van een juridische staat aan een kind die overeenstemt met de biologische afstammingsband, niet in functie van de uitoefening van rechten die een afgeleide zijn van de afstamming, zoals de uitoefening van het ouderlijk gezag en het verblijfsrecht.⁷⁸ De vaststelling van de afstamming is geen evolutief fenomeen, in tegenstelling tot de bepaling van de beste verblijfsmodaliteiten waarvan wijzigingen kunnen worden gevraagd wanneer het belang van het kind dit vraagt.

Grievens van de moeder die betrekking hadden op de opvoedkundige bekwaamheid van de aspirant-erkenner en dus op de uitoefening van het ouderlijk gezag werden in deze visie verworpen.⁷⁹

De rechtbank van eerste aanleg te Luik bevestigt in twee vonnissen van dezelfde datum dat het woord ‘kennelijk’ (*‘manifestement’*) erop wijst dat de wetgever heeft willen aangeven dat de rechterlijke controle marginaal is en dat de erkenning slechts zal moeten worden uitgesloten wanneer ze de vrees zou doen ontstaan voor een situatie die het kind ernstige schade kan toebrengen. Volgens de rechtbank moet deze beoordeling eveneens gemaakt worden in functie van de internationale verplichtingen van België en in het bijzonder deze die voortvloeien uit artikel 7 IVRK, waarin bepaald is dat het kind, voor zover mogelijk, het recht heeft om zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.⁸⁰

Verślavingsproblemen waarmee de aspirant-erkenner te kampen heeft gehad, waren voor de Luikse rechtbank onvoldoende om de erkenning te weigeren, zelfs al hadden ze in casu tot zijn opsluiting geleid. Gewezen werd op de wisselende houding van de moeder inzake het aanvaarden van de erkenning; het werd onwenselijk geacht voor het kind om de vaststelling van zijn afstamming te laten afhangen van de perceptie die zijn moeder over de situatie heeft. Duidelijkheid omtrent de afstamming werd in het belang van het kind geacht. Gelet op het wezenlijke voordeel van het vastgestelde vaderschap, oordeelde de rechtbank dat de levensloop van de erkenner niet mocht leiden tot de weigering van de erkenning. De rechtbank merkte nog op dat, indien nodig, de uitoefening van de vaderlijke rechten via andere maatregelen zal moeten worden omkaderd.⁸¹

Ook *aantasting van de eerbaarheid en verkrachting* van een 14-jarig meisje, waarvoor de aspirant-erkenner tien jaar geleden veroordeeld was, konden de rechtbank niet brengen tot een oordeel dat de erkenning niet mag plaatsvinden, evenmin als recentere feiten van afpersing, waarvoor deze man eveneens strafrechtelijk veroordeeld was. Gewezen werd op het gegeven dat hij de zedenfeiten pleegde op 19-jarige leeftijd en zich tien jaar later volledig gestabiliseerd had, opnieuw op het rechte pad was beland en al meerdere jaren een ernstige en duurzame relatie had met een dame, bij wie hij na al deze misdrijven twee kinderen had verwekt. De rechtbank volgde de voogd ad hoc in zijn overwegingen dat de zedenfeiten al oud waren en het slachtoffer niet verwant met de aspirant-erkenner, betreurde weliswaar de feiten van afpersing, maar oordeelde dat, gelet op het IVRK, deze feiten de vaststelling van het vaderschap niet mochten verhinderen.⁸² De meest markante illustratie van de praktijk waaruit blijkt dat marginale toetsing van de belangen van het kind nagenoeg steeds leidt tot een oordeel dat de erkenning mag plaatsvinden, is de zaak van een aspirant-erkenner met een zwaar instellings- en gevangenisverleden, zonder enige

⁷⁸ In navolging van en met verwijzing naar rechtspraak van het Brusselse hof van beroep, gewezen onder het oude recht (Brussel (3^{de} k.) 6 december 2005, RG 2004/AR/812, onuitg.).

⁷⁹ Brussel 9 november 2009, *RTDF* 2010, 656.

⁸⁰ Rb. Luik 16 mei 2008, *RTDF* 2009, 211 en Rb. Luik 16 mei 2008, *RTDF* 2009, 214.

⁸¹ Rb. Luik 16 mei 2008, *RTDF* 2009, 211.

⁸² Rb. Luik 16 mei 2008, *RTDF* 2009, 214.

vorming op beroepsgebied en met gebrek aan professionele en relationele stabiliteit. Deze man werd door een psychiater omschreven als een *psychopaat* met een chronische, instabiele, antisociale en sociaal afwijkende levensstijl die een gevaar oplevert voor de maatschappij en al herhaaldelijk bezweken was aan de drank. Ondanks dit alles liet het hof van beroep te Gent hem toe om het kind te erkennen omdat het loutere feit van de erkenning het psychologische en affectieve evenwicht van het kind niet in het gedrang brengt.⁸³

Een zeer schaars geval waarin de erkenning geweigerd werd na marginale toetsing van het belang van het kind, is te vinden in een vonnis van de Naamse rechtbank. De moeder voerde aan dat de aspirant-erkenner het kind tweemaal naar het leven had gestaan door eerst aan te dringen op een abortus en haar vervolgens messteken toe te brengen terwijl ze zwanger was. Hij had ook zijn ex-partner belaagd met een mes toen die hem wou verlaten. De rechtbank wees op het totale misprijzen van de kandidaat-erkenner voor andermans fysieke en psychische integriteit, alsook op een onrustwekkend gebrek aan reële invraagstelling van zichzelf en was van mening dat de man voor anderen een potentieel gevaar vormde. Ze vond het belangrijk om het kind verder te behoeden voor elke vorm van geweld en het de volledige vrijheid te laten om misschien ooit zelf contact op te nemen met de eiser naargelang zijn evolutie en wensen.⁸⁴

b. Ommezwaai ingevolge rechtspraak van het Grondwettelijk Hof

i. Ongrondwettigheid van de onmogelijkheid om het belang van het kind jonger dan één jaar te beoordelen

45 Het Grondwettelijk Hof oordeelde op 16 december 2010 dat artikel 329*bis*, § 2, derde lid BW de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het de rechter bij wie een vordering tot erkenning aanhangig is gemaakt, gedurende het eerste levensjaar van het te erkennen minderjarige niet-ontvoogde kind, door een man die de biologische vader is, niet ertoe in staat stelt controle uit te oefenen op het belang van het kind bij het vaststellen van die afstamming.⁸⁵

46 De gevolgen van dit arrest zijn duidelijk: in een grondwetsconforme interpretatie van de kwestieuze bepaling moet de familierechtbank, ingeval in het geding na toestemmingsweigerings niet bewezen werd dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is, *rekening kunnen houden met de belangen van het kind dat jonger was dan één jaar* op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding aan de weigerende partij(en).⁸⁶ Dit betekent dat de rechter ook de erkenning van

⁸³ Gent 11 oktober 2012, *RABG* 2013, 239, noot C. VERGAUWEN en *RTDF* 2013, 829. Wel achtte het hof het aangewezen dat de man bij de uitoefening van zijn ouderlijke rechten – een afgeleide van de afstamming – heel voorzichtig zou omspringen.

⁸⁴ Rb. Namen (3^{de} k.) 19 december 2012, *RTDF* 2015, 46. Aangenomen mag worden dat de moeder en het minderjarige kind ouder dan 12 jaar succesvol de exceptie van gewijsde kunnen invoeren om een nieuw verzoek van dezelfde aspirant-erkenner tot erkenning van hetzelfde minderjarige kind als niet-toelaatbaar te doen afwijzen (art. 27, eerste lid Ger.W.).

⁸⁵ GwH 16 december 2010, nr. 144/2010, *BS* 14 februari 2011, 11196, *Act.dr.fam.* 2011, 2, noot N. MASSAGER, *RABG* 2011, 883, noot E. DE MAEYER en C. VERGAUWEN, *RW* 2010-11, 894 j^o 1431 en *T.Fam.* 2011, 56, noot F. SWENNEN.

⁸⁶ Toepassingen: Brussel (3^{de} k. Nl.) 10 september 2013, nr. 2012/AR/2489; Brussel (3^{de} k. Nl.) 29 mei 2012, *T.Fam.* 2013, 201, noot U. CERULUS en *RTDF* 2012, 212.

dit jonge (of zelfs nog ongeborn⁸⁷) kind kan weigeren ingeval de vaststelling van de afstammingsband in haar optiek manifest strijdig zou zijn met de belangen van het kind.

Mutatis mutandis wordt op basis van deze rechtspraak ook de opportuniteitstoetsing in een eventueel geding na toestemmingsweigering van de vader tot moederlijke erkenning mogelijk voor een kind jonger dan één jaar, nu de ongrondwettig bevonden bepaling (art. 329bis, § 2, derde lid BW) in dergelijk geding eveneens van toepassing is.⁸⁸

ii. Ongrondwettigheid van het marginale karakter van de rechterlijke toetsing

47 In twee nagenoeg identieke arresten van 2 juli 2015 bevestigde het Grondwettelijk Hof dat artikel 329bis, § 2, derde lid BW de rechter een marginale toets van de belangen van het kind oplegt, waarbij met die belangen slechts rekening wordt gehouden wanneer zij ernstig worden geschaad. Deze marginale rechterlijke toetsing werd onverenigbaar geacht met de vereiste van artikel 22bis, vierde lid Gw. en artikel 3.1 IVRK om, bij het afwegen van de op het spel staande belangen, een voorrangspositie toe te kennen aan het belang van het kind. Door te bepalen dat de rechtbank de erkenning slechts kan weigeren als ze *kennelijk* strijdig is met de belangen van het kind, schendt artikel 329bis, § 2, derde lid BW artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet, in die zin geïnterpreteerd dat het de rechtbank slechts een marginale toetsing van het belang van het kind toestaat.⁸⁹

48 In een grondwetsconforme interpretatie moet de familierechtbank in het geding na toestemmingsweigering (in zaken waarin het biologisch niet-vaderschap niet wordt bewezen) het verzoek tot vaderlijke erkenning kunnen afwijzen in gevallen waarin deze vaststelling van de afstamming de belangen van het kind niet dient, op basis van een *opportuniteitsoordeel waarbij het belang van het kind ten volle moet worden getoetst*. Dit betekent dat de rechter de vordering ook kan afwijzen in gevallen waarin het kind niet ernstig in gevaar komt door de vestiging van de afstamming, maar waarbij het belang van het kind om geen afstammingsband met de aspirant-erkenner te hebben, de bovenhand neemt op het belang van de eisende partij bij de vaststelling van deze afstammingsrelatie. Artikel 22bis, vierde lid Gw. en artikel 3.1 IVRK verplichten de rechtscollages om in de eerste plaats het belang van het kind in aanmerking te nemen in procedures die op het kind betrekking hebben. Onder deze noemer vallen volgens het Hof ook [alle] procedures in verband met de vaststelling van de afstamming.⁹⁰ 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. Het Hof benadrukt immers dat de bijzondere plaats die het belang van het kind inneemt het ‘niet mogelijk’ maakt ‘om niet eveneens rekening te houden met de belangen van de andere in het geding zijnde partijen’.⁹¹

Het hof van beroep te Brussel heeft – na het eerdere, soortgelijke arrest i.v.m. artikel 332quinquies, § 2, eerste lid BW inzake gerechtelijke vaststelling van het vaderschap⁹² maar vóór

⁸⁷ F. SWENNEN, ‘De toets aan het belang van het kind van de vaderlijke erkenning’ (noot onder GwH 16 december 2010), *T.Fam.* 2011, (57) 59, met verwijzing naar art. 328bis BW.

⁸⁸ In dezelfde zin: N. MASSAGER, ‘Le délai d’un an: un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle’ (noot onder GwH 16 december 2010), *Act.dr.fam.* 2011, (3) 3.

⁸⁹ GwH 2 juli 2015, nr. 101/2015 en GwH 2 juli 2015, nr. 102/2015.

⁹⁰ Overw. B.8.

⁹¹ Overw. B.9 in fine.

⁹² GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013.

de arresten van 2 juli 2015 – al duidelijk gemaakt wat een volle(dige) toetsing moet inhouden. De rechter mag niet enkel en alleen een ernstig gevaar voor het kind of een totale onverschilligheid voor het kind in hoofde van de genetische vader 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. Het vereiste onderzoek blijft volgens het hof – m.i. terecht – beperkt tot een negatieve invulling van het belang van het betrokken kind, waarbij moet worden nagegaan of zijn belangen worden geschaad bij de vaststelling van de vaderlijke afstamming. De wet vereist volgens het hof geenszins dat het kind een positief resultaat te verwachten heeft bij de vaststelling van zijn vaderlijke afstamming. Dit is niet gewijzigd door de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.⁹³ Volledig in deze visie oordeelde de Nederlandstalige familierechtbank te Brussel dat het belang van de moeder om niet meer geconfronteerd te moeten worden met de biologische vader van haar kind – dat via zelfinseminatie was verwekt en waarvan zij dacht dat hij geen vaderrol zou vervullen zolang zijn verslavingsproblematiek niet was opgelost – ondergeschikt was aan het belang van het kind om te beschikken over een dubbele afstammingsband. Volgens de rechter bracht de verslavingsproblematiek van de aspirant-erkenner niet met zich mee dat het belang van het kind geschaad zou worden door hem toe te laten het kind te erkennen.⁹⁴ Er moet dus een belangenafweging in concreto worden gemaakt, waarbij de belangen van het kind sterker doorwegen dan deze van de moeder, maar niet automatisch doorslaggevend zijn. De bezwaren van de moeder die in essentie betrekking hebben op de voorbije relatie, de persoonlijkheid van de aspirant-erkenner⁹⁵ en zijn persoonlijke problemen evenals het gegeven dat de erkenning een verblijfsrechtelijk voordeel voor de erkenner kan opleveren, zijn geen pertinente overwegingen voor een oordeel dat de erkenning niet kan worden toegelaten.⁹⁶ Ook het feit dat de te erkennen kinderen nagenoeg geen contact hebben met de aspirant-erkenner kan op zichzelf niet verhinderen dat zijn verzoek tot erkenning wordt ingewilligd.⁹⁷

GevalLEN waarin de toelating tot erkenning wordt geweigerd na (volle) toetsing van het belang van het kind zijn schaars, maar ze bestaan:

- de rechtbank Henegouwen, afdeling Charleroi, overwoog dat bij deze beoordeling de houding van de eiser in aanmerking moet worden genomen vanaf het ogenblik dat hij weet dat hij een kind zal hebben. Ze hield geen rekening met de ernstige feiten van geweldpleging en diefstal met verzwarende omstandigheden waarvoor de aspirant-erkenner was opgesloten vooraleer de moeder met hem een relatie begon, maar wel met feiten na de geboorte van het kind. De man die beslissingen van de strafuitvoeringsrechtbank herhaaldelijk niet respecteerde, zijn enkelband brak en maanden op de vlucht was, illustreerde volgens de rechtbank dat hij niet

⁹³ Brussel (42^{ste} k.) 24 maart 2015, nr. 2014/AR/1977. In deze zaak oordeelde het hof van beroep dat het geen prejudiciële vraag i.v.m. de grondwettigheid van artikel 329bis, § 2, derde lid BW moest stellen, nu het antwoord niet onontbeerlijk was om uitspraak te doen over het geschil; zowel de marginale als de volle toetsing zouden in casu tot hetzelfde oordeel hebben geleid, m.n. dat de aspirant-erkenner tot erkenning mocht overgaan.

⁹⁴ Famrb. Brussel (NL) (253^{ste} k.) 30 november 2015, nr. 13/15805/A, onuitg.

⁹⁵ Famrb. Brussel (Fr.) (12^{de} k.) 19 mei 2015, *RTDF* 2015, 631. De grieven van de moeder betroffen het ‘disproportionele ego’ van de aspirant-erkenner en (eenmalige) feiten van stalking en fysiek geweld ten tijde van de beëindiging van de relatie.

⁹⁶ Famrb. Namen (afd. Namen) 18 november 2015, *RTDF* 2016, 147. Het toepasselijke Marokkaanse recht werd buiten toepassing gelaten wegens strijdigheid met de Belgische (internationale) openbare orde, aangezien het geen ruimte bood voor toetsing aan het belang van het kind.

⁹⁷ Famrb. Namen (afd. Namen) 20 mei 2015, *RTDF* 2016, 125. In casu riep de Marokkaanse aspirant-erkenner zelf de uitzonderingsclausule van art. 19 Wetboek IPR in om het Marokkaanse recht buiten toepassing te laten.

in staat was om elementaire regels van de samenleving te respecteren en dus ook zijn onmogelijkheid om deze regels over te brengen aan het kind⁹⁸;

- het hof van beroep te Luik weigerde de toelating tot erkenning aan een man die veroordeeld was wegens slagen aan de moeder toen ze vijf maanden zwanger was van het te erkennen kind. Zijn strafblad vermeldde daarenboven zware veroordelingen voor bezit van en handel in verdovende middelen, diefstal met geweld en onwettig verblijf. Hij had zich nooit om het kind bekommerd en zijn enige relaties met het kind waren uiterst gewelddadig. Het hof tilde nog het zwaarst aan het gegeven dat de man direct na zijn vrijlating uit de gevangenis naar Algerije zou terugkeren en ermee dreigde om het kind mee te nemen. Het hof benadrukte dat deze elementen het belang van het kind betreffen om zijn afstamming langs vaderszijde erkend te zien en niet het vermogen van de vader om deel te nemen aan de uitoefening van het ouderschap.⁹⁹

3. *Samenvatting*

49 Bij gebrek aan verzoening zal de rechtbank, in navolging van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, als volgt oordelen:

- wordt bewezen dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader (vrouw die van het kind beviel) is, dan wordt de vraag tot erkenning verworpen en zal de erkenning niet kunnen doorgaan. De rechtbank heeft geen beoordelingsbevoegdheid en zal het belang van het kind niet mogen beoordelen;
- ontbreekt het bewijs van niet-vaderschap (niet-moederschap) van de aspirant-erkenner, dan is de situatie dezelfde ongeacht of het kind jonger of ouder is dan één jaar op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding waarmee het geding na toestemmingsweigering is gestart.

De familierechtbank moet het belang van het kind beoordelen, niet op basis van een marginale toetsing maar op basis van een volle toetsing. Dit betekent een opportuniteitsoordeel waarbij de voorgenomen erkenning kan worden geweigerd indien deze ingaat tegen de belangen van het kind, met dien verstande dat de toelating tot erkenning ook kan worden geweigerd ingeval de erkenning geen gevaar voor het kind inhoudt. In het algemeen zijn de belangen van het kind gediend met een dubbelzijdige oorspronkelijke afstammingsband, maar dit vermoeden kan worden weerlegd aan de hand van feiten waaruit blijkt dat de erkenning voor het kind meer nadeel dan voordeel oplevert.

De mogelijkheid om de vestiging van de afstamming te weigeren in het belang van het kind, ook al wordt de biologische band tussen het kind en de aspirant-erkenner niet betwist, is niet strijdig met artikel 8 EVRM, noch met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.¹⁰⁰

Schematisch:

⁹⁸ Rb. Henegouwen (afd. Charleroi) (1^{ste} k.) 8 mei 2014, *RTDF* 2015, 83. In een obiter dictum wees de rechtbank nog op het feit dat de man het kind sinds de geboorte zeer weinig gezien had en dat hij zijn vordering niet had ingeleid met de bedoeling een evenwicht voor het kind te creëren, maar veeleer in de hoop om zijn illegaal verblijf in België te legaliseren.

⁹⁹ Luik 2 april 2014, *RTDF* 2015, 72. Het hof oordeelde wel dat de vaststelling van de afstamming van vaderszijde ‘kennelijk strijdig’ (*‘manifestement contraire’*) was met het belang van het kind, maar verwees tegelijk naar arrest nr. 30/2013 d.d. 7 maart 2013 van het Grondwettelijk Hof waarin de marginale toetsing ongrondwettig werd bevonden.

¹⁰⁰ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2015, 457, nr. 736, met verwijzingen.

BIOLOGISCH NIET- OUDERSCHAP ERKENNER	LEEFTIJD MINDERJARIG KIND BIJ INLEIDING GEDING	BESLISSING VAN DE RECHTBANK
bewezen	irrelevant	erkenning moet worden geweigerd (uitzondering: MBV)
niet bewezen		opportuiniteitsoordeel, met volle toetsing v/d belangen v/h kind

4. Bijzondere situaties

a. Prenatale gedinginleiding

50 De man (of meemoeder) die een kind prenataal wil erkennen, maar daarbij stuit op de toestemmingsweigering van de zwangere vrouw, kan deze vrouw reeds tijdens haar zwangerschap dagvaarden. De *vordering* bedoeld in artikel 329bis BW kan immers *al vóór de geboorte worden ingesteld* door de man die het vaderschap van het kind opeist (art. 328bis, derde lid BW).

Wordt het vaderschap van de aspirant-erkenner niet betwist¹⁰¹, dan mag de familierechtbank sinds de supra nr. 47 vermelde arresten van 2 juli 2015 niet langer zonder opportuiniteitsoordeel beslissen dat de erkenning kan doorgaan, ook al kan een ongeboren kind uiteraard nog geen jaar oud zijn op het ogenblik dat de procedure werd ingeleid. Ook de belangen van het ongeboren kind moeten ten volle worden getoetst.

Het is evenwel zeer de vraag of de rechtbank over deze vordering ingeleid vóór de geboorte uitspraak ten gronde zal willen doen indien partijen het niet eens zijn over het genetisch vaderschap van de aspirant-erkenner. Een vruchtwaterpunctie kan uitsluitel bieden¹⁰², maar de aanstaande moeder kan niet worden verplicht dergelijk onderzoek te ondergaan. Deze ingreep is immers niet risicoloos voor moeder en kind. Een gedwongen vruchtwaterpunctie is m.i. ook strijdig met het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon, dat door het Hof van Cassatie als een algemeen rechtsbeginsel is erkend.¹⁰³ Het recht op vaststelling van de afstamming en het daaruit voortvloeiende familie- en gezinsleven, gewaarborgd door artikel 8 EVRM, is geen argument om uit de weigering van de zwangere vrouw om een vruchtwaterpunctie te ondergaan een feitelijk

¹⁰¹ Toepassing: Rb. Luik 21 december 2007, *RTDF* 2009, 196, noot G. MATHIEU.

¹⁰² D. PIGNOLET, 'Het nieuw afstammingsrecht', *T.Not.* 2007, (56) 61, nr. 12, voetnoot 19.

¹⁰³ Inzake gerechtelijke vaststelling van vaderschap: Cass. C. 96.182.N, 17 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1141, *Pas.* 1998, I, (1233) 1234 en *R.Cass.* 1999, 197, noot S. BRIJS; Cass. C. 97.294.N, 17 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1144, *Pas.* 1998, I, (1233) 1240, *RW* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN en *R.Cass.* 1999, 198, noot S. BRIJS. Het Hof oordeelde dat het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid inhoudt 'dat elke fysische dwanguitvoering op de persoon, onder meer om hem tot een daad te dwingen of zich aan een lichamelijke of geestesonderzoek te onderwerpen, verboden is'. Het Hof erkende echter ook 'dat het recht op lichamelijke integriteit niet onbeperkt is en moet uitgelegd worden in het licht van andere fundamentele rechten, zoals dit bepaald in art. 8 EVRM'. Het Hof was van oordeel dat dit rechtsbeginsel het deskundigenonderzoek bepaald in art. 331octies BW niet verbiedt, 'voor zover de persoon niet gedwongen wordt zich aan dat onderzoek te onderwerpen', maar voegde daar onmiddellijk aan toe dat de rechter de weigering om zich aan een dergelijk onderzoek te onderwerpen mag beoordelen en dat hij 'uit de weigering zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden mag afleiden'.

vermoeden in haar nadeel af te leiden, nu de afstamming niet wordt vastgesteld door het vonnis ex artikel 329bis, § 2, derde lid BW, maar wel door de latere erkenning. Bovendien zullen artsen stevast weigeren een vruchtwaterpunctie uit te voeren zonder medische redenen daartoe, ook al zou de zwangere vrouw vragende partij zijn. De vaststelling van de afstamming via erkenning komt geenszins in het gedrang doordat de afname van genetisch materiaal vóór de geboorte niet wordt toegelaten; de familierechtbank kan na de geboorte een DNA-onderzoek bevelen en haar oordeel of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden door de resultaten van dit onderzoek laten determineren. Wordt dit onderzoek zonder rechtmatige reden geweigerd, dan kan de rechtbank daaruit een feitelijk vermoeden in het nadeel van de weigerende partij (moeder) afleiden en ervan uitgaan dat de erkenner de biologische vader is.

De rechtbank te Dendermonde werd geconfronteerd met een vordering ex artikel 329bis BW die een man tegen zijn zwangere ex-partner had ingeleid. In casu was de relatie tussen een vrouw en de aspirant-erkenner abrupt beëindigd op een ogenblik dat zij twee maanden zwanger was, nadat deze man nog aanwezig was geweest bij de eerste gynaecologische onderzoeken i.v.m. de zwangerschap. Als gevolg van de relatiebreuk weigerde de zwangere vrouw toe te stemmen tot de prenatale erkenning van het kind door haar ex-partner. De rechtbank poogde vruchteloos de partijen te verzoenen, waarna zij moest beslissen over het verzoek om (gerechtelijke) toestemming tot erkenning. Meteen rees de vraag hoe de rechtbank de biologische werkelijkheid omtrent het vaderschap kan achterhalen van een kind dat zich nog in de baarmoeder bevindt en van wie de moeder beweert niet met zekerheid te weten welke man het kind heeft verwekt. In dat verband stelde de rechtbank vast dat zij hic et nunc enkel kennis kon nemen van de verschillende verklaringen die de partijen ter terechtzitting hadden gegeven, maar dat ze de vordering vooralsnog niet kon toetsen aan enig objectief element dat haar zou toelaten met kennis van zaken te oordelen. De rechtbank wees erop dat de aanstaande moeder uiteraard de mogelijkheid moet worden geboden om het bewijs te leveren dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is van haar ongeboren kind. Betekenisvol is de overweging van de rechtbank dat de partijen geen wetenschappelijk gefundeerde gegevens aanreikten waaruit zou blijken dat dergelijke bewijslevering tijdens de zwangerschap mogelijk zou zijn – in de hypothese dat het bewijs van niet-vaderschap mogelijk zou zijn – op een wijze die geen risico's inhoudt voor de toekomstige moeder en haar ongeboren kind. De rechtbank stelde de zaak in voortzetting, op grond van de overweging dat een bewijs van niet-vaderschap, zonder risico's voor moeder en kind, in de huidige stand van de medische wetenschap wel mogelijk is na de bevalling.¹⁰⁴

Dit vonnis is om verschillende redenen merkwaardig.

Primo lijkt de rechtbank ervan uit te gaan dat het bewijs van niet-vaderschap van de aspirant-erkenner op wetenschappelijke wijze moet worden geleverd. Nochtans kan het bewijs van het ontbreken van een genetische band in het afstammingsrecht door alle wettelijke middelen worden geleverd, o.m. via geschriften, getuigenverklaringen en vermoedens. DNA-onderzoek is weliswaar het meest betrouwbare bewijsmiddel, maar zeker niet het enige.

Secundo wordt, impliciet maar duidelijk, de uitvoering van een vruchtwaterpunctie uitgesloten. Hoewel die mogelijkheid in casu niet was opgeworpen, is de verwijzing naar mogelijke risico's voor moeder en kind – precies inherent aan dergelijk onderzoek en niet aan andere genetische analyses – niet mis te verstaan.

Tertio leidt de beslissing om de zaak in voortzetting te stellen en het bewijs van niet-vaderschap pas na de bevalling te beoordelen, tot een verrassende conclusie over de (on)zin om het geding na toestemmingsweigering al in te leiden vooraleer het kind geboren is. De wet voorziet weliswaar in

¹⁰⁴ Rb. Dendermonde (4^{de} k.) 15 november 2007, AR 07/2323/A, onuitg.

de mogelijkheid voor de aspirant-erkenner om het geding na toestemmingsweigering nog vóór de geboorte in te leiden, maar het is zeer de vraag of de rechtbank ten gronde uitspraak zal willen doen over deze zaak, in elke zaak waarin het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner in vraag wordt gesteld.

De toekenning aan de aspirant-erkenner van het recht om de rechtbank nog vóór de geboorte te vatten na toestemmingsweigering van de zwangere vrouw tot een prenatale erkenning van het kind, lijkt dus een *maat voor niets* in gevallen waarin het genetisch vaderschap van de aspirant-erkenner ter discussie staat.

Een en ander heeft tot gevolg dat de rechtbank pas na de geboorte zal kunnen oordelen dat de vader het kind mag erkennen ondanks de eerdere toestemmingsweigering van de moeder. Dit impliceert meteen dat het kind de *familienaam van de moeder* zal dragen, omdat op het ogenblik van de opmaak van de geboorteakte enkel de afstamming van moederszijde zal vaststaan (art. 335, § 2 BW). Indien de erkenning naderhand toch plaatsvindt, zal de moeder wellicht weigeren om, samen met de erkenner, gedurende de minderjarigheid een verklaring tot naamswijziging af te leggen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (met toepassing van art. 335, § 3 BW), zodat het kind de naam van zijn vader enkel zal kunnen dragen na een administratieve procedure tot naamswijziging overeenkomstig de Naamwet van 15 mei 1987 – waarin de moeder opnieuw mede beslissingsbevoegd is.

b. Het kind wordt meerderjarig of ontvoogd tijdens het geding

51 Bereikt het te erkennen kind de leeftijd van achttien jaar tijdens het geding of wordt het ontvoogd op een ogenblik dat de familierechtbank nog geen uitspraak heeft gedaan, dan rijst de vraag of het nog wel zinvol (of mogelijk) is dat de rechtbank, in gevallen waarin de ontvoogde minderjarige of de meerderjarige te kennen heeft gegeven zich tegen deze erkenning te verzetten, beslist dat de erkenning kan plaatsvinden, op grond van haar eigen oordeel over de belangen van het kind. De erkenning zal immers toch niet kunnen doorgaan, aangezien de ambtenaar of notaris die de erkenningsakte opmaakt de toestemming die vereist is door artikel 329bis, § 1 BW niet zal bekomen. In elk geval waarin de meerderjarig geworden of ontvoogde minderjarige gekant is tegen de voorgenomen erkenning, zal de rechtbank die uitspraak wil doen over de grond van de zaak moeilijk anders kunnen oordelen dan dat de erkenning niet kan plaatsvinden, na volle toetsing van het belang van de te erkennen persoon, die als meerderjarige of ontvoogde minderjarige uiteraard het best geplaatst is om zijn eigen belang te kunnen beoordelen.¹⁰⁵ Daarnaast zou de rechtbank ook kunnen oordelen dat de ingeleide procedure zonder voorwerp is gevallen op het ogenblik waarop het te erkennen kind meerderjarig is geworden.

c. Het minderjarige kind overlijdt tijdens het geding

52 Ingeval het minderjarige kind overlijdt tijdens het geding na toestemmingsweigering, moet in eerste instantie worden nagegaan of het overleden kind nog wel kan worden erkend. De erkenning van een zonder afstammelingen overleden kind is immers slechts mogelijk vóór zijn eerste

¹⁰⁵ Er is zelfs rechtspraak die nog verder gaat en de vordering tot het bekomen van toelating tot erkenning ongegrond verklaart na toestemmingsweigering van een 17-jarig te erkennen kind, na de volgende overweging: ‘Gelet op de leeftijd van K[...], die op [datum ongeveer zes maanden na de uitspraak van het vonnis] meerderjarig wordt, dient rekening te worden gehouden met zijn persoonlijke beoordeling en standpunt’, zie Rb. Antwerpen (1^{ste} B k.) 17 maart 2008, AR 08/ 9/A, onuitg.

verjaardag (art. 328, § 3 in fine BW). Is het kind nadien overleden, dan valt de procedure zonder voorwerp op het ogenblik van overlijden. Is het kind vóór zijn eerste verjaardag overleden, handhaaft de aspirant-erkenner zijn vordering en volhardt de moeder in haar toestemmingsweigering, dan zal de rechtbank met toepassing van de hoger vermelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof de belangen het overleden kind ten volle moeten toetsen. Aangezien een overledene geen enkel persoonlijk of patrimoniaal belang kan hebben bij de vaststelling van zijn afstamming, is het bijzonder onwaarschijnlijk dat de aspirant-erkenner de toelating zal krijgen om een overleden minderjarig kind te erkennen ingeval de moeder daartegen gekant blijft.

G. BIJZONDER GEVAL: DE ASPIRANT-ERKENNER WORDT VERVOLGD WEGENS VERKRACHTING VAN DE MOEDER

1. *Ratio van een bijzondere beschermingsregeling*

53 De wetgever achtte het nodig de rechtbank de bevoegdheid te geven om de vaderlijke erkenning te verwerpen in geval van verkrachting van de moeder; er werd gezocht naar een techniek waarbij de erkenning kan worden voorkomen in gevallen waarin het geding voor de strafrechter nog niet is afgerond, zonder afbreuk te doen aan het vermoeden van onschuld. Voorts werd het belangrijk geacht de uitzondering op de mogelijkheid tot erkenning te beperken tot het geval van verkrachting en niet tot ruimere uitzonderingen te komen.¹⁰⁶ De regeling ex artikel 329bis, § 2, derde lid BW strekt ertoe de erkenningsprocedure op te schorten wanneer effectief een strafvordering wegens verkrachting van de moeder werd ingesteld tegen de aspirant-erkenner en zijn erkenning onmogelijk te maken indien hij schuldig werd bevonden.¹⁰⁷

Dit mechanisme is een toepassing van de regeling ex artikel 4 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering (*le criminel tient le civil en état*): de familierechtbank is – slechts – verplicht de burgerrechtelijke (afstammings)zaak op te schorten, indien de strafvordering is ingesteld.

2. *Toepassingsgebied*

54 Met artikel 329bis, § 2, vierde lid BW wordt verhinderd dat een kind door de verkracht(st)er van de moeder zou worden erkend. Verkrachting tussen vrouwen onderling is mogelijk, gelet op de ruime definitie in artikel 375 Sw., zodat artikel 329bis, § 2, vierde lid BW niet alleen bij de vaderlijke erkenning (*quod plerumque fit*) kan spelen, maar ook bij de meemoederlijke erkenning. Deze bepaling maakt de erkenning onmogelijk in de hypothese dat tegen degene die het kind wil erkennen een strafvordering is ingesteld wegens verkrachting, ‘gepleegd op de persoon van de moeder’. Bedoeld wordt hier ongetwijfeld het juridisch vastgestelde moederschap, maar de bedoelde strafvervolgning dient sinds de invoering van het meemoederschap op 1 januari 2015 niet langer noodzakelijkerwijze gericht te zijn tegen een man die een kind wil erkennen; ze kan ook worden ingesteld tegen de meemoeder die tot erkenning wil overgaan, al had de wetgever deze laatste hypothese anno 2006 alleszins niet voor ogen.

¹⁰⁶ Verslag namens de Subcommissie Familierecht, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/24, 45-46. Opgemerkt moet worden dat deze idee is ontstaan op een ogenblik dat men voornemens was om de erkenning van een kind jonger dan één jaar mogelijk te maken zonder toestemming van de moeder.

¹⁰⁷ Verantwoording bij het – aangenomen – amendement nr. 107 (DÉOM c.s.), *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/26, 2.

55 De *strafvordering* moet dus effectief zijn *ingesteld wegens* het misdrijf *verkrachting van de moeder*, zoals omschreven in artikel 375 Sw., opdat de erkenningsprocedure zou worden opgeschort. De wetgever heeft willen beletten dat deze exceptie om dilatoire doeleinden wordt aangevoerd¹⁰⁸; het is dan ook niet voldoende dat de moeder de erkenner beschuldigt van verkrachting in het raam van de erkenningsprocedure zonder dat de strafvordering daadwerkelijk is ingesteld.

Met het instellen van de strafvordering wordt bedoeld dat de strafzaak aanhangig is bij een rechter, die een onderzoeksrechter of een strafrechter kan zijn. De strafvordering is m.a.w. ingesteld als er een gerechtelijk onderzoek is (gevoerd onder leiding van een onderzoeksrechter en na afsluiting aan de raadkamer voorgelegd, die zal oordelen of er voldoende bezwaren zijn om te beslissen tot verwijzing naar het vonnisgerecht) of als de zaak rechtstreeks aanhangig wordt gemaakt voor de strafrechter, via rechtstreekse dagvaarding, hetzij door het Openbaar Ministerie, hetzij door een benadeelde (in de regel de verkrachte moeder).

De moeder kan de strafvordering dus instellen door neerlegging van een klacht met burgerlijkepartijstelling voor de onderzoeksrechter (waardoor een gerechtelijk onderzoek wordt geopend) of door rechtstreekse dagvaarding van de (vermeende) verkrachter.

Dient de moeder enkel klacht in (bij de politiediensten of het parket), dan is er slechts sprake van een opsporingsonderzoek en is de strafvordering niet ingesteld¹⁰⁹ zolang het Openbaar Ministerie niet rechtstreeks dagvaardt of een onderzoeksrechter vordert (en aldus een gerechtelijk onderzoek start).

56 De hinderpaal voor de erkenning is beperkt tot de gevallen van verkrachting van de moeder *gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking*, omdat dit het enige misdrijf zou zijn dat rechtstreeks verband houdt met de verwekking¹¹⁰, in tegenstelling tot bv. slagen en verwondingen, vergiftiging en andere vormen van partnergeweld... Logischerwijs was het de bedoeling van de wetgever om (enkel) de erkenning van het kind dat verwekt is door de verkrachter te verhinderen¹¹¹, maar de tekst van de wet belemmert elke erkenning in de geviseerde hypothese. Nochtans is geenszins gewaarborgd dat de (zelfs bewezen) verkrachting van de moeder gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking ook effectief geleid heeft tot de verwekking van het betrokken kind.

Artikel 326 BW leert ons dat enkel een strafvordering ingesteld tegen de aspirant-erkenner wegens verkrachting van de moeder op een ogenblik tussen de 300^{ste} en de 180^{ste} dag vóór de geboorte het geding na toestemmingsweigerings zal opschorten.

57 Het *verbod tot erkenning* na bewezen verkrachting heeft geen algemene draagwijdte en is *alleen van toepassing in het geding* dat plaatsvindt *voor de familierechtbank*, na weigering van een wettelijk vereiste toestemming. Dit blijkt niet alleen uit de tekst van de wet¹¹², maar ook uit een ministeriële omzendbrief, waarin wordt onderstreept dat het niet aan de ambtenaar van de

¹⁰⁸ Verantwoording bij het – aangenomen – amendement nr. 107 (DEOM c.s.), *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/26, 2.

¹⁰⁹ In die zin: verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/32, 27 (kamerlid MARGHEM).

¹¹⁰ Verantwoording bij het – aangenomen – amendement nr. 20 (Regering), *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/3, 12.

¹¹¹ J. SOSSON, 'Le droit de la filiation nouveau est arrivé! (deuxième partie)', *JT* 2007, (391) 398, nr. 42.

¹¹² Zie de laatste zin van art. 329bis, § 2, vierde lid BW: 'Als degene die het kind wil erkennen op grond daarvan schuldig wordt verklaard, wordt het verzoek om toestemming tot erkenning verworpen'.

burgerlijke stand is om na te gaan of een strafvordering tegen de aspirant-erkenner werd ingesteld.¹¹³

In de onwaarschijnlijke hypothese dat de moeder toestemt tot de erkenning van haar kind door de man die haar tijdens het wettelijk tijdvak van de verwekking verkracht heeft – een onwaarschijnlijke hypothese, maar niet denkbeeldig na verzoening tussen moeder en verkrachter – zal deze vaderlijke erkenning volkomen rechtsgeldig plaatsvinden zonder enige rechterlijke controle, aangezien de rechtbank hieromtrent niet wordt gevat. Het feit dat de erkenner naderhand alsnog zou worden vervolgd voor en schuldig zou worden bevonden aan verkrachting van de moeder binnen het wettelijk tijdperk van de verwekking, doet geen afbreuk aan de bestaande erkenning, die enkel nog kan worden betwist onder de voorwaarden van artikel 330 BW. Zelfs al wordt het wilsgebrek geweld – bv. na ongeoorloofde druk op de moeder vanwege de verkrachter om tot zijn erkenning toe stemmen – bewezen, dan zal dit op zichzelf niet volstaan om de erkenning door de verkrachter te laten vernietigen.¹¹⁴ Voor een succesvolle betwistingvordering moet zijn biologisch niet-vaderschap worden bewezen, wat onmogelijk zal zijn indien het kind ten gevolge van een verkrachting door de erkenner is verwekt.

3. Inhoud van de bescherming tegen de verkrachter

58 Luidens artikel 329bis, § 2, vierde lid BW ‘wordt de in het vierde lid bedoelde termijn van één jaar opgeschort tot de beslissing over de strafvordering in kracht van gewijsde is gegaan’.

Deze formulering is ongelukkig. Ingeval de raadkamer beslist tot buitenvervolginstelling van de vermeende verkrachter, kan deze beslissing immers nooit kracht van gewijsde verwerven; ze heeft wel een – overigens precair – gezag van gewijsde.¹¹⁵

De wetgever had er daarom beter aan gedaan de formulering van artikel 4 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering over te nemen en te bepalen dat het *geding geschorst* is ‘tot zolang niet definitief is beslist over de strafvordering’. Nochtans moet worden aangenomen dat een buitenvervolginstelling door de raadkamer volstaat om de schorsing van de erkenningsprocedure op te heffen¹¹⁶, gelet op de bedoeling van de wetgever om ook rekening te houden met het vermoeden van onschuld.¹¹⁷ Een letterlijke lezing van de wettekst, waardoor steeds een in kracht van gewijsde getreden strafvonnis vereist zou zijn, alvorens het geding na toestemmingsweigering zijn verdere verloop kan kennen, zou leiden tot een onaanvaardbare patstelling, aangezien er (behoudens het uitzonderlijke geval van een heropening van onderzoek op grond van nieuwe bezwaren) nooit een strafvonnis ten gronde zal komen tegen een man die door de raadkamer buiten vervolging is gesteld, waardoor het geding ad infinitum opgeschort zou blijven, hetgeen uiteraard niet de bedoeling kan zijn.

¹¹³ Circ. 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *BS* 30 mei 2007, (29203) 29209.

¹¹⁴ Cass. 7 mei 2007, *T.Fam.* 2007, 214, noot S. AUDOORE.

¹¹⁵ Het gezag van gewijsde van de buitenvervolginstelling betekent dat de inverdenkinggestelde niet zonder meer voor het betreffende feit, eventueel onder een andere kwalificatie, voor het vonnisgerecht kan worden gebracht (R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2005, 583, nr. 1213). Gezegd wordt dat het gezag van gewijsde precair is, omdat het aan het licht komen van nieuwe bezwaren aanleiding kan geven tot een heropening van het onderzoek door het Openbaar Ministerie, voor zover de feiten op dat ogenblik nog niet verjaard zijn (zie R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 584-585, nr. 1217).

¹¹⁶ Net zoals de rechtspraak ook aanvaardt dat de buitenvervolginstelling een voldoende grondslag uitmaakt voor het opheffen van de schorsing van een procedure uit hoofde van laster of lasterlijke aangifte (Cass. 7 juli 1913, *Pas.* 1913, I, 371 en Cass. 10 december 1934, *Pas.* 1935, I, 77).

¹¹⁷ Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-597/32, 23.

Eens de strafprocedure is afgerond, zijn er twee mogelijkheden:

1°) degene die het kind wil erkennen wordt schuldig bevonden aan het misdrijf verkrachting van de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking

59 In dat geval bepaalt de wet dat de erkenning niet kan plaatsvinden en dat het verzoek tot erkenning wordt verworpen (art. 329bis, § 2, vierde lid in fine BW).

2°) de aspirant-erkenner wordt buiten vervolging gesteld door de raadkamer of, na een verwijzing naar het vonnisgerecht, vrijgesproken door de strafrechter

60 In dat geval bepaalt de wet niets. Duidelijk moet zijn dat de reden tot schorsing van de procedure inzake erkenning vervalt vanaf het ogenblik dat de beschikking van de raadkamer tot buitenvervolginstelling definitief is¹¹⁸ of het strafvonnis in kracht van gewijsde is getreden. De familierechtbank zal naderhand een uitspraak moeten doen over het geschil inzake erkenning, zonder dat de schorsing van het geding enig nadeel mag berokkenen aan de ten onrechte vervolgte man. De rechtbank moet het verzoek verwerpen indien wordt bewezen dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is.

Bij gebrek aan bewijs van biologisch niet-vaderschap zal ze met toepassing van de tekst van de wet enkel over de opportuniteit van de erkenning kunnen oordelen als het verzoek een kind betreft dat ouder was dan één jaar op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding waarmee het geding door de aspirant-erkenner werd ingeleid.

- Was het kind jonger dan één jaar op het ogenblik dat het geding tot erkenning werd ingeleid, dan vereist de wet dat de familierechtbank de erkenning toestaat, ook al is het kind reeds ouder dan één jaar op het ogenblik dat de strafvervolging werd ingeleid (en a fortiori dus ook op het ogenblik waarop de strafprocedure is afgerond en de rechtbank over het verzoek tot erkenning oordeelt).

Dit is mijns inziens de betekenis van de sibillijnse zinsnede ‘wordt de in het vierde lid bedoelde termijn van één jaar opgeschort tot de beslissing over de strafvordering in kracht van gewijsde is gegaan’. Wellicht bedoelt de wetgever dat de kandidaat-erkenner (wiens biologisch niet-vaderschap niet wordt bewezen) over een termijn van één jaar beschikt waarbinnen hij zonder opportuniteitsoordeel van de rechtbank een kind kan erkennen. Merk evenwel op dat er maar op één plaats in artikel 329bis, § 2 BW sprake is van een ‘jaar’ en dat is in het derde (niet: het vierde) lid. Bovendien gaat het daar om een leeftijd en niet om een ‘termijn’.¹¹⁹

Op basis van het supra nr. 45 vermelde arrest dat het Grondwettelijk Hof wees op 16 december 2010 moet evenwel worden aangenomen dat de rechtbank ook het belang van het kind jonger dan één jaar moet kunnen beoordelen.

- Was het kind ouder dan één jaar op het ogenblik dat het geding tot erkenning werd ingeleid, dan zal de familierechter die enkel de wet toepast het belang van het kind marginaal moeten

¹¹⁸ Het Openbaar Ministerie en de burgerlijke partij beschikken over een termijn van 15 dagen om hoger beroep aan te tekenen tegen de buitenvervolginstelling (art. 135 Sv.).

¹¹⁹ Dit euvel werd opgemerkt in een nota van de dienst Wetsevaluatie van de Senaat (*Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/7, opgenomen in het verslag namens de Commissie voor de Justitie, 25), maar niet verholpen.

toetsen, ook al werd de strafvordering ingesteld op een ogenblik dat het kind jonger was dan één jaar.¹²⁰

Op basis van de supra nr. 47 vermelde arresten die het Grondwettelijk Hof wees op 2 juli 2015 moet evenwel worden aangenomen dat het opportuniteitsoordeel van de familierechtbank ook in de context van artikel 329bis, § 2, vierde lid BW geen marginale, maar een volle toetsing van het belang van het kind moet inhouden. Deze wetsbepaling over de bijzondere situatie van strafvervolgung wegens verkrachting verwijst immers naar het ongrondwettig bevonden artikel 329bis, § 2, derde lid BW, ook al bevat de wettekst een foutieve verwijzing (naar het vierde lid, terwijl enkel het derde lid bedoeld kan zijn).

4. Kritische bedenkingen

61 De invoering van deze specifieke bepaling die ertoe strekt een erkenning door de verkrachter van de moeder te verhinderen, is op meerdere vlakken vatbaar voor kritiek.

Deze wetsbepaling is niet alleen in meerdere opzichten gebrekkig geredigeerd (zie supra, nrs. 58 en 61), ze bevat ook tal van mogelijke discriminaties¹²¹ en is m.i. in strijd met het vermoeden van onschuld, omdat een ingestelde strafvordering sowieso tot gevolg heeft dat een man gedurende een (onzekere) periode wordt verhinderd zijn kind te erkennen.¹²²

Bovendien dreigt artikel 329bis, § 2, vierde lid BW in de praktijk te worden misbruikt door moeders die de biologische vader van hun kind uit hun leven en uit het leven van het kind willen bannen. Aan dit perverse gevolg van de nieuwe bepaling heeft de wetgever duidelijk niet gedacht. Het volgende scenario is nochtans niet denkbeeldig. De moeder – wier relatie met de verwekker van het kind is vertroebeld – weigert haar toestemming tot de erkenning, beschuldigt deze man (onterecht) van verkrachting en leidt de strafvordering in, bv. via een klacht met burgerlijkepartijstelling bij de onderzoeksrechter. Hierdoor wordt het geding dat de biologische vader voor de familierechtbank heeft ingeleid teneinde zijn kind te kunnen erkennen, geschorst. Vooraleer er een eindbeslissing is tussengekomen op strafgebied, wordt het kind (leugenachtig) erkend door een andere man, bv. de nieuwe minnaar van de moeder, met haar toestemming. Niets belet deze erkenning, waarvan de ambtenaar van de burgerlijke stand akte moet nemen, zonder enige rechterlijke tussenkomst of controle. De biologische vader zal weliswaar, na het vonnis van de familierechtbank dat hem – ondanks de volgehouden toestemmingsweigering van de moeder – toelaat het kind te erkennen, op zijn beurt tot erkenning van het kind kunnen overgaan, maar kampt met het probleem dat deze tweede erkenning geen gevolgen kan sorteren zolang de eerste erkenning niet is vernietigd (art. 329, tweede lid BW). De biologische vader is dus genoodzaakt een tweede geding te starten, m.n. een procedure tot betwisting van een leugenachtige erkenning. Als persoon die het vaderschap opeist, moet hij die vordering inleiden binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij zelf de vader is (art. 330, § 1, vierde lid BW), termijn die in de besproken hypothese begint te lopen vanaf de geboorte. De gegrondheid van de vordering (art. 330, § 3 BW) zal dan ook niet meer worden beoordeeld wanneer ze pas werd ingesteld op het

¹²⁰ Hoewel een letterlijke lezing van de wet leidt tot de conclusie dat het belang van het kind niet zou worden beoordeeld, aangezien de termijn van één jaar – waarbinnen de aspirant-erkenner tot erkenning kan overgaan zonder opportuniteitsoordeel – moet worden opgeschort tot de beslissing over de strafvordering in kracht van gewijsde is getreden (in die zin: M. DEMARET, 'Le droit de la filiation réformé', *RNB* 2007, (114) 141, nr. 36, die er evenwel op wijst dat deze letterlijke interpretatie van de wettekst leidt tot een discriminatie van kinderen, al naargelang de strafvordering vóór of na hun eerste verjaardag werd ingeleid).

¹²¹ Zie, mutatis mutandis, de commentaar bij art. 332quinquies BW.

¹²² In dezelfde zin: G. MATHIEU, 'La réforme du droit de la filiation', *J.dr.jeun.* 2007, afl. 263, (3) 17.

ogenblik dat het kind al meer dan een jaar oud is. Bovendien kunnen de moeder en haar (tweede) minnaar aanvoeren dat de (eerste) erkenning bevestigd wordt door bezit van staat, wat wettelijk tot de niet-ontvankelijkheid van de (zelfs tijdig ingeleide) betwistingsvordering leidt.

Welk verweer kan tegen deze gang van zaken worden gevoerd?

Vooreerst moet worden aanvaard dat de inleiding door een man van een procedure ex artikel 329bis, § 2, derde lid BW, die ertoe strekt het kind te mogen erkennen, een positief feit is dat de voorgehouden staat (i.e. de staat van kind van de eerste erkenner) tegenspreekt, zodat moet worden besloten dat het bezit van staat t.a.v. de eerste erkenner, bij gebrek aan convergentie van indicien, dubbelzinnig is en daarom niet beantwoordt aan de vereisten van artikel 331nonies BW.

Daarnaast kan de aspirant-erkenner die door de moeder ten onrechte van verkrachting is beschuldigd, tegen deze moeder een vordering tot schadevergoeding instellen.

De toepassingsvoorwaarden voor artikel 1382 BW zijn vervuld, wanneer de eiser in het geding ex artikel 329bis, § 3, derde lid BW zijn ouderlijke rechten – gevolg van de afstammingsband tussen ouder en kind – gedurende zekere tijd niet heeft kunnen uitoefenen of misschien zelfs nooit zal kunnen uitoefenen en gebeurlijk kosten moest maken voor een extra afstammingsprocedure (tot betwisting van een eerdere erkenning, teneinde zelf vader te kunnen worden). Deze materiële en morele schade in hoofde van de aspirant-erkenner zou zich duidelijk niet hebben voorgedaan zonder de uit de lucht gegrepen klacht van de moeder, zodat er reden is tot toekenning van schadevergoeding. De moeder die hoger beroep aantekent tegen een beschikking van de raadkamer tot buitenvervolginstelling, kan overigens ook reeds door de kamer van inbeschuldigingstelling worden veroordeeld tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep.¹²³

Als algemene conclusie mag worden gesteld dat de bepaling ex artikel 329bis, § 2, vierde lid BW wellicht meer problemen tot stand brengt dan ze zal oplossen en daarom zo snel mogelijk dient te worden afgeschaft.¹²⁴

H. SITUATIE EN VERDER VERLOOP NA HET OORDEEL DAT DE ERKENNING KAN PLAATSVINDEN

62 Van zodra de beslissing waarbij de familierechtbank overeenkomstig artikel 329bis, § 2, derde lid BW heeft geoordeeld dat de erkenning kan plaatsvinden, in kracht van gewijsde is getreden, kan de aspirant-erkenner zich naar de ambtenaar van de burgerlijke stand of naar de notaris begeven teneinde akte te laten nemen van de *erkenning*, maar hij is daar geenszins toe verplicht.

De bevoegde ambtenaar zal de erkenningsakte pas opmaken na overlegging van een uitgifte van de rechterlijke beslissing die de man toelaat het kind te erkennen en een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend.¹²⁵ De partijen die hun toestemming tot de erkenning weigerden, moeten niet meer mede verschijnen.¹²⁶

¹²³ Zie hierover Ph. TRAEST en J. MEESE, 'Hoger beroep en verzet in strafzaken: een stand van zaken en toekomstperspectieven' in *Strafrecht en strafprocesrecht, XXXIIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2006, 499-500, nr. 32.

¹²⁴ M. DEMARET, 'Le droit de la filiation réformé', *RNB* 2007, (114) 142, nr. 37.

¹²⁵ J. SOSSON, 'Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987', *JT* 1990, (301) 306, nrs. 33-34.

¹²⁶ J. MELLAERTS, 'Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering', *TPR* 1991, (1139) 1178, nr. 108.

63 Het *vonnis* waarin de familierechtbank oordeelt dat de erkenning mag plaatsvinden, *wijzigt* op zichzelf *de staat van de persoon niet*. Indien de aspirant-erkenner dit vonnis niet aanwendt en niet daadwerkelijk tot erkenning overgaat¹²⁷, blijft de afstamming van het kind onveranderd.

64 Wanneer het betrokken *kind geboren is uit een vrouw die gehuwd is of van plan is te huwen*, maar niet verwekt is door haar (toekomstige) echtgenoot, kan het vaderschap van de echtgenoot reeds vóór de geboorte worden betwist met toepassing van artikel 328bis, eerste lid juncto artikel 318 BW. In deze procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot door de man die het vaderschap opeist, moet worden aangenomen dat de gebeurlijk eerdere inleiding door diezelfde man – als aspirant-erkenner – van een geding na moederlijke toestemmingsweigering tot erkenning ex artikel 329bis, § 2, derde lid BW een positief feit is dat het gebeurlijk (door de moeder en/of haar echtgenoot) aangevoerde bezit van staat ten aanzien van de echtgenoot tegensprekt, zodat moet worden besloten dat dit bezit van staat, bij gebrek aan convergentie van indiciën, dubbelzinnig is en daarom niet beantwoordt aan de vereisten van artikel 331nonies BW.

IV. Bijzondere regels inzake een zonder toestemming(en) gedane erkenning (art. 329bis, § 3 BW)

A. MEDEDELINGSVERPLICHTING

65 Hoger (zie supra, nr. 14) werd al verduidelijkt dat een minderjarig niet-ontvoogd kind zonder bekende ouder, of wiens ouder overleden is, vermoedelijk afwezig is, in de onmogelijkheid verkeert zijn/haar wil te kennen te geven dan wel wilsonbekwaam is, door een man of een vrouw kan worden erkend – uiteraard – zonder toestemming van de ouder. Bijzonder is evenwel dat deze erkenning ook zonder de toestemming van het kind dat ouder is dan twaalf jaar en zonder toestemming van diens wettelijke vertegenwoordiger kan gebeuren. Zij kunnen er evenwel op rekenen dat deze erkenning hen wordt medegedeeld, zodat zij desgewenst een vordering tot nietigverklaring van deze zonder hun toestemming gedane erkenning kunnen instellen (zie daarover infra, nr. 69).

– Stemden beiden niet toe, dan moet de ambtenaar van de burgerlijke stand in voornoemde hypothese een letterlijk afschrift van de erkenning(sakte) ter kennis brengen van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf (art. 329bis, § 3, eerste lid BW).

Indien de erkenning niet is ontvangen door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand, moet zij op verzoek van de erkenner worden betekend aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en aan het kind zelf indien het de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt (art. 329bis, § 3, tweede lid BW).

– Stemde slechts een van beide betrokkenen – de wettelijke vertegenwoordiger of het niet-ontvoogd kind van twaalf jaar of ouder – niet tot de erkenning toe, dan moet de kennisgeving of betekening logischerwijze slechts gebeuren aan de weigerende persoon.

66 Kennisgeving en betekening moeten duidelijk van elkaar worden onderscheiden, ook wat de praktische modaliteiten betreft.

¹²⁷ Voor een toepassing, zie Rb. Luik 29 april 2004, *TBBR* 2005, 209: bij het buitengaan na de terechtzitting tijdens dewelke de vrederechter (onder gelding van het oud recht) akte had genomen van de toestemming van de moeder tot de voorgenomen erkenning, vertelde zij de aspirant-erkenner dat hij niet de biologische vader was, reden waarom hij uiteindelijk toch niet tot erkenning was overgegaan en het kind zonder juridische afstamming van vaderszijde bleef.

De wijze waarop de *kennisgeving* dient te geschieden, staat vermeld in artikel 329bis, § 3, eerste lid BW: het gaat om een letterlijk afschrift van de erkenning(sakte) dat ter kennis wordt gebracht; anders dan in artikel 319bis BW vereist de wet hier geen ter post aangetekende brief, zodat moet worden aangenomen dat de kennisgeving per gewone brief kan gebeuren.

De *betekening* van de erkenningsakte vereist de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder; bij gebrek aan andere wettelijk voorgeschreven vorm zal een afschrift van de erkenningsakte bij gerechtsdeurwaardersexploot moeten worden betekend (zie art. 32, 1° Ger.W.).

67 Besluit: de publiciteitsregeling van een zonder toestemming(en) gedane erkenning is verschillend naargelang de akte van erkenning al dan niet door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand is opgemaakt. Bovendien is de publiciteit die aan de erkenning zonder toestemming(en) wordt verbonden, slechts in één geval verplicht: indien een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand de erkenningsakte heeft opgemaakt, *moet* er een kennisgeving overeenkomstig artikel 329bis, § 3, eerste lid BW plaatsvinden. Indien een andere ambtenaar – bv. een buitenlandse ambtenaar van de burgerlijke stand of een Belgische of buitenlandse notaris – akte heeft genomen van de erkenning, is de in artikel 329bis, § 3, tweede lid BW voorziene betekening van de erkenning niet verplicht: zij vindt plaats ‘op verzoek van de erkenner’.

Vanuit het notariaat wordt het ontbreken van de verplichting tot betekening in hoofde van de notaris als een ernstige lacune in de wetgeving aangevoeld.¹²⁸ Hoewel de notaris niet vermeld is in artikel 329bis, § 3 BW, zijn ook de notarissen die een erkenningsakte in deze hypothese hebben opgemaakt, ertoe gehouden artikel 329bis, § 3, tweede lid BW na te leven.¹²⁹ Indien de erkenningsakte door een notaris werd verleden, dient op verzoek van de erkenner een afschrift van de erkenningsakte te worden betekend. Het is vanzelfsprekend dat de notaris de erkenner hierop zal wijzen en – zo hij hierom wordt verzocht – de daartoe vereiste stappen voor hem zal zetten.¹³⁰

Hoewel hij hiertoe wettelijk geenszins is verplicht, doet de ambtenaar van de burgerlijke stand er goed aan om de erkenning die vervat ligt in een notariële akte die hem wordt voorgelegd, ter kennis te brengen van het erkende kind ouder dan twaalf jaar en zijn wettelijke vertegenwoordiger die niet tot deze erkenning hebben toegestemd.

B. BEPERKTE UITWERKING

68 Wanneer de ouder van het te erkennen kind onbekend of overleden is, vermoedelijk afwezig is, in de onmogelijkheid verkeert haar/zijn wil te kennen te geven, dan wel wilsonbekwaam is, kan de vaderlijke resp. moederlijke erkenning plaatsvinden zonder enige toestemming, waarna de erkenning wordt medegedeeld aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf, indien het de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, via kennisgeving of betekening¹³¹ (art. 329bis, § 3, eerste en tweede lid BW¹³²). Deze mededeling is het vertrekpunt van een termijn van zes maanden, waarbinnen de personen aan wie zij is gedaan, bij dagvaarding de vernietiging van deze zonder hun toestemming gedane erkenning kunnen vorderen (art. 329bis, § 3, derde lid

¹²⁸ Zie G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation in Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1999, 94, nr. 93.

¹²⁹ Zie de vorige versie van de commentaar bij art. 319 BW door A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK (1997), 14, nr. 21 en voetnoot 1 (i.v.m. het oude art. 319, § 4, tweede lid BW).

¹³⁰ H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 202-203, nr. 572.

¹³¹ Naargelang de erkenningsakte al dan niet door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand werd opgemaakt.

¹³² Deze bepaling herneemt in essentie het oude art. 319, § 4, eerste en tweede lid BW, met dit verschil dat de kennisgeving of betekening aan het kind onder het oude recht slechts diende te gebeuren indien dit de volle leeftijd van 15 jaar had bereikt.

BW, zie infra, nr. 69 e.v.). Welnu, *totdat deze termijn van zes maanden is verstreken of totdat de afwijzende beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, kan deze erkenning niet worden tegengeworpen aan het kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger, die er zich niettemin kunnen op beroepen* (art. 329bis, § 3, zesde lid BW).

Het gaat om een beschermingsmaatregel ten gunste van het erkende kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger. Zolang zij nog de mogelijkheid hebben de zonder hun toestemming gedane erkenning aan te vechten, zullen zij – wegens de wettelijk bepaalde niet-tegenwerpelijke – geen enkel nadeel van deze erkenning ondervinden. Gedurende zes maanden kunnen zij er echter ook voor kiezen toch (al) de rechtsgevolgen van de erkenning te genieten. Hun keuzerecht vervalt eens de erkenning definitief is geworden. Indien geen vordering tot nietigverklaring werd ingeleid, zal dit het geval zijn na het verstrijken van zes maanden sinds de kennisgeving of betekening. Indien een vordering tot nietigverklaring overeenkomstig artikel 329bis, § 3, derde lid BW werd ingesteld, zal de erkenning pas definitief zijn wanneer het vonnis of arrest dat de vordering heeft afgewezen, in kracht van gewijsde is getreden. Vanaf dat moment zal de erkenning met terugwerkende kracht gevolgen sorteren vanaf de geboorte van het kind. Is de bijzondere vordering tot nietigverklaring van de erkenning mislukt, dan kan de gedane erkenning nog op de gemeenschappelijke wijze worden betwist, onder de voorwaarden van artikel 330 BW; enkel degenen die geen partij geweest zijn bij de beslissing waarbij de krachtens artikel 329bis, § 3 BW gevorderde vernietiging is afgewezen, zullen in dat geval nog titularis zijn van het betwistingsrecht (zie art. 330, § 1, derde lid BW). De beweerde ouder (man of vrouw die het vaderschap, resp. het moederschap opeist), blijft dus vorderingsgerechtigd.

Indien slechts een van beiden – het kind of zijn wettelijke vertegenwoordiger – zich op de erkenning beroept, rijst de vraag of de erkenning daarom ook meteen moet worden tegengeworpen aan de andere partij. Wellicht mag worden aangenomen dat artikel 329bis, § 3, zesde lid BW een – tijdelijke – uitzondering vormt op het principe dat een erkenning erga omnes haar rechtsgevolgen sorteert. De partij die ervoor opteert om gebruik te maken van de niet-tegenwerpelijke van de erkenning, mag geen nadeel ondervinden van de keuze van de andere partij om zich op de erkenning te beroepen. Het kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger genieten dezelfde prerogatieven.

C. PROCEDURE TOT Vernietiging van de erkenning

1. Toepassingsgebied

69 Wanneer een vaderlijke of moederlijke erkenning van een *minderjarig niet-ontvoogd kind zonder bekende moeder/vader, of wiens moeder/vader overleden is, vermoedelijk afwezig is, in de onmogelijkheid verkeert haar/zijn wil te kennen te geven dan wel wilsonbekwaam is, heeft plaatsgevonden zonder de toestemming van het kind dat ouder is dan twaalf jaar en/of zonder toestemming van diens wettelijke vertegenwoordiger, en deze erkenning overeenkomstig artikel 329bis, § 3, eerste of tweede lid BW werd medegedeeld aan degene(n) die niet heeft (hebben) toegestemd, kan een geding tot nietigverklaring van deze erkenning worden ingesteld, dat beheerst wordt door de bepalingen vervat in artikel 329bis, § 3, derde-zesde lid BW.*

De ‘onmogelijkheid’ om zijn wil te kennen te geven heeft ook betrekking op de (louter) fysieke onmogelijkheid, in tegenstelling tot de ‘wilsonbekwaamheid’, waaronder ook de geuite maar niet vrij en weloverwogen tot stand gekomen wil kan worden begrepen.¹³³

2. Ontvankelijkheid van de vordering

a. Bezit van staat t.a.v. de erkenner is geen grond van niet-ontvankelijkheid

70 In tegenstelling tot wat geldt voor de gemeenrechtelijke vordering tot betwisting van een erkenning (art. 330 BW), is het bezit van staat t.a.v. de erkennende man of vrouw geen grond van niet-ontvankelijkheid voor de vordering tot nietigverklaring die bedoeld wordt in artikel 329bis, § 3 BW.¹³⁴ In laatstgenoemde bepaling is immers geen sprake van niet-ontvankelijkheid wegens bezit van staat, zodat er geen wettelijke basis is voor de niet-ontvankelijkheid van deze bijzondere vordering tot betwisting van staat. Mijns inziens kan redelijkerwijze worden verantwoord dat het ouderschap van de erkenner in de uitzonderlijke gevallen opgesomd in artikel 329bis, § 3, eerste lid BW in mindere mate wordt beschermd, al was het maar omdat de erkenning wettelijk heeft kunnen plaatsvinden zonder de toestemming van de persoon die (nadien) de nietigverklaring van de erkenning vordert en haar uitwerking precair is tot het vonnis van de familierechtbank in kracht van gewijsde is getreden (zie supra, nr. 68).

b. Titularissen van de vordering

71 Uit een gecombineerde lezing van de eerste drie leden van artikel 329bis, § 3 BW blijkt dat de wet twee personen vermeldt aan wie de erkenning ter kennis moet worden gebracht of betekend, nl. het *minderjarig niet-ontvoogd kind van twaalf jaar of ouder en zijn wettelijke vertegenwoordiger*. Zij kunnen elk de vernietiging van de erkenning vorderen, indien ze niet vooraf tot de erkenning hebben toegestemd.

72 De wet bepaalt niet op welk ogenblik de niet-ontvoogde minderjarige de leeftijd van twaalf jaar moet hebben bereikt om vorderingsgerechtigd te zijn. Kan hij de vordering tot nietigverklaring enkel inleiden indien hij op het ogenblik van de erkenning al twaalf jaar was of is hij ook vorderingsgerechtigd wanneer hij deze leeftijd bereikt op het ogenblik dat hij de vordering inleidt? Mijns inziens ligt het antwoord tussenin. Uit artikel 329bis, § 3, eerste lid BW blijkt dat de mededeling van de erkenning aan het erkende kind pas moet gebeuren op het ogenblik dat dit de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt. Hieruit volgt dat het kind de vordering tot nietigverklaring kan inleiden als het op het ogenblik van de kennisgeving of betekening van de erkenning 12 jaar was, ook al had het die leeftijd nog niet bereikt op het ogenblik van de erkenning. Het kind dat op het ogenblik van de mededeling van de erkenning (aan zijn wettelijke vertegenwoordiger) geen 12 jaar is, kan nadat het die leeftijd heeft bereikt mijns inziens deze erkenning niet meer betwisten

¹³³ In die zin gaat de verantwoording bij (het aangenomen) amendement nr. 159 (TERWINGEN c.s.) inzake wetsvoorstel tot invoering van een globaal beschermingsstatuut voor meerderjarige wilsonbekwame personen, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/5, 10; Verslag Kamercommissie I, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/10, 108.

¹³⁴ Anders: P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven/Den Haag, Acco, 15^{de} uitg., 2015, 250, nr. 760 en – onder het oude recht, i.v.m. art. 319, § 4 BW – Antwerpen (1^{ste} k.) 30 november 1988, AR 984/88, onuitg., samen met het eindarrest van 22 maart 1989, goedkeurend besproken door P. SENAËVE, ‘Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht’ in P. SENAËVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 86-87, nr. 147.

o.g.v. artikel 329bis, § 3 BW. Het derde lid van deze bepaling biedt een extra argument in die zin, aangezien het vorderingsrecht enkel wordt toegekend aan ‘de personen aan wie zij [de betekening of de kennisgeving] is gedaan’.

73 Aangenomen mag worden dat het minderjarig niet-ontvoogd kind van twaalf jaar of ouder en zijn wettelijke vertegenwoordiger de bijzondere vordering tot nietigverklaring van de erkenning nog kunnen inleiden of voortzetten, ook al hebben zij zich op de erkenning beroepen in de zin van artikel 329bis, § 3, zesde lid in fine BW.

74 Wanneer de openbare orde in het gedrang komt door een toestand die moet worden verholpen, put het *Openbaar Ministerie* uit artikel 138bis, § 1 Ger.W. een eigen vorderingsrecht om een erkenning nietig te laten verklaren.¹³⁵ Voorbeelden hiervan zijn schaars, maar in een zaak voor de rechtbank van eerste aanleg te Luik was een kind door een man erkend om de gevolgen van een vonnis waarin de rechtbank de ontzetting van de moeder uit het ouderlijk gezag had uitgesproken, te omzeilen.¹³⁶ De rechtbank oordeelde dat de moeder in dergelijk geval moet worden beschouwd als zijnde in de onmogelijkheid haar wil te kennen te geven, met als gevolg dat de erkenning ter kennis moet gebracht worden van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind. Nu de moeder de ambtenaar van de burgerlijke stand had misleid door niet te vermelden dat zij niet tot de erkenning kon toestemmen en de procedure uit (het oude) artikel 319, § 4 BW niet was gerespecteerd, werd de erkenning op vordering van het Openbaar Ministerie – dat zich steunde op (het oude) artikel 138 Ger.W. – nietig verklaard.

c. Termijn

75 De vordering tot nietigverklaring van de erkenning moet luidens artikel 329bis, § 3, derde lid BW worden ingesteld binnen (een vervaltermijn van) *zes maanden te rekenen vanaf de kennisgeving of betekening* die overeenkomstig artikel 329bis, § 3, eerste resp. tweede lid BW moet geschieden. De dertigjarige verjaringstermijn geldt niet voor de op artikel 329bis BW gegronde vorderingen (art. 331ter, derde lid BW).

76 Het feit dat het erkende kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger de termijn van zes maanden te rekenen vanaf de kennisgeving of betekening hebben laten verstrijken zonder de vordering tot nietigverklaring o.g.v. artikel 329bis, § 3 BW in te stellen, belet m.i. niet dat zij de erkenning op de gemeenrechtelijke wijze kunnen betwisten, onder de voorwaarden van artikel 330 BW. De niet-inleiding van de vordering binnen de wettelijk bepaalde vervaltermijn kan niet worden gelijkgesteld met een vooraf gegeven toestemming, waardoor het betwistingsrecht zou vervallen (zie art. 330, § 1, tweede lid BW). Wie de vordering niet heeft ingesteld, kan uiteraard ook geen partij zijn bij de beslissing waarbij de vernietiging van de erkenning, gevorderd krachtens artikel 329bis, § 3 BW, is afgewezen, zodat ook o.g.v. artikel 330, § 1, derde lid BW het betwistingsrecht niet kan worden ontnomen aan het kind of zijn wettelijke vertegenwoordiger. Bovendien worden afstand en verval van rechten nooit vermoed en mag a fortiori worden aangenomen dat, aangezien het niet-instellen van derdenverzet voor de derde geen verlies meebrengt van de hem toebehorende

¹³⁵ Rb. Luik (3e k.) 23 maart 1990, onuitg. besproken door D. PIRE, ‘Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation’, *JLMB* 1991, (1082) 1096.

¹³⁶ Via de vaderlijke erkenning door haar partner, die na deze erkenning alle ouderlijke rechten als vader verkreeg, kreeg de moeder in zekere mate – zij het onrechtstreeks en enkel de facto – opnieuw zeggenschap over haar kind.

rechten, rechtsvorderingen en excepties (art. 1124 Ger.W.), dit zeker niet het geval kan zijn voor rechtstreeks betrokken personen, zoals het kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger. Om die redenen moet worden verdedigd dat het gemeenrechtelijk betwistingsrecht niet vervalt indien zij de termijn van zes maanden hebben laten verstrijken zonder in rechte op te treden.

d. Partijen in het geding

77 Overeenkomstig artikel 332bis BW moet de vordering tot nietigverklaring van een erkenning in elk geval worden ingesteld tegen *degene die het kind erkend heeft*, aangezien het vaderschap of moederschap van de erkennende man, resp. vrouw wordt betwist.

Aangezien ook de (bekende en niet vermoedelijk afwezige) ouder (die in de onmogelijkheid is zijn wil te kennen te geven dan wel wilsonbekwaam is) wiens ouderschap niet wordt betwist in het geding moet zijn, dient de *wettelijke vertegenwoordiger van de ouder* – als hij/zij er een heeft – (zie aanhef art. 331sexies BW) eveneens in het geding te worden geroepen. Is de ouder overleden, dan moeten zijn/haar erfgenamen niet in het geding worden betrokken, aangezien het hier een vordering tot betwisting (niet: tot inroeping) van staat betreft (art. 332quater, eerste lid BW a contrario).

- Indien de wettelijke vertegenwoordiger (van het kind) de vordering instelt, moet ook het minderjarig niet-ontvoogd *kind* in het geding worden betrokken *indien het de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt*. Indien het kind pas twaalf jaar wordt op een ogenblik dat de vordering al werd ingeleid maar vooraleer er uitspraak werd over gedaan, dient het kind in het geding te worden betrokken.¹³⁷
- Wanneer het kind zelf de vordering tot nietigverklaring inleidt, wordt ook zijn wettelijke vertegenwoordiger in het geding betrokken.¹³⁸

78 Volgens artikel 331quinquies BW kunnen erfgenamen een reeds begonnen rechtsvordering voortzetten, tenzij de verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan. Deze regel is echter niet van toepassing op de vordering bedoeld in artikel 329bis, § 3 BW, aangezien het hier om een vordering gaat die persoonlijk is voorbehouden aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind.¹³⁹

e. Vertegenwoordiging van het erkende kind

79 Zie de commentaar bij artikel 331sexies BW.

¹³⁷ Rb. Gent (3^{de} k.) 7 januari 2010, AR 03/261/A, onuitg., met verwijzing naar G. VERSCHULDEN, 'De moederlijke en de vaderlijke erkenning' in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 212, nr. 392; in deze zaak werd op vraag van de datieve voogd en toeziende voogd (q.q. wettelijke vertegenwoordigers) een voogd ad hoc aangewezen, die vrijwillig in het geding is tussengekomen. Cf. inzake adoptie Cass. 22 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 754, *Pas.* 1979, I, 758 en *RW* 1979-80, 906, waar de adoptie zonder toestemming van de na de sluiting van de debatten vijftien jaar geworden minderjarige nietig werd bevonden.

¹³⁸ Hoewel geen enkele wetbepaling deze verplichting bevat, is het zonder twijfel opportuun om de wettelijke vertegenwoordiger van het kind in het geding te roepen, aangezien hij nauw betrokken is bij de afstammingsrelatie tussen de erkener en het kind, omdat hij er zich minstens tot het in kracht van gewijsde treden van de uitspraak op kan beroepen (zie art. 329bis, § 3, zesde lid in fine BW).

¹³⁹ E. VIEUJEAN, 'Le nouveau droit de la filiation', *Ann.dr.Lg.* 1987, (97) 127, nr. 37 in fine (i.v.m. het oude art. 319, § 4 BW).

f. Bevoegde rechtbank

80 Sinds 1 september 2014 is luidens artikel 329bis, § 3, derde lid in fine BW *de territoriaal bevoegde familierechtbank* bevoegd. Onduidelijk is waarom bij reparatiewet van 8 mei 2014 in deze bepaling van materieel recht de territoriale bevoegdheid van de familierechtbank werd benadrukt.¹⁴⁰ Het gaat om de familierechtbank van de woonplaats van de verweerder (art. 629bis, § 5 Ger.W.).

g. Gedinginleidend stuk en procedureverloop

Sinds 1 september 2014 is, naast de gedinginleiding bij *dagvaarding*, ook het *gezamenlijk verzoekschrift* of het *verzoekschrift op tegenspraak* mogelijk. Deze uitbreiding werd verantwoord met verwijzing naar het principe dat een vordering op drie manieren bij de familierechtbank aanhangig kan worden gemaakt.¹⁴¹

81 De griffier stelt de ambtenaar van de burgerlijke stand of de ministeriële ambtenaar die de akte van erkenning heeft opgemaakt, onmiddellijk in kennis van de vordering tot nietigverklaring van de erkenning (art. 329bis, § 3, vierde lid BW).

82 Nadat de partijen werden gehoord, doet de rechtbank uitspraak over de vordering tot nietigverklaring (art. 329bis, § 3, vijfde lid BW).

3. Oordeel van de rechtbank over de gegrondheid van de vordering

83 Ook in de bijzondere hypothese dat de ouder van het niet-ontvoegd minderjarig kind onbekend, overleden of vermoedelijk afwezig is, in de onmogelijkheid verkeert zijn/haar wil te kennen te geven dan wel wilsonbekwaam is, vernietigt de familierechtbank de vaderlijke of moederlijke erkenning indien het bewijs wordt geleverd dat de erkenner niet de biologische vader of moeder is. Bovendien vernietigt ze de erkenning als die kennelijk strijdig is met de belangen van het kind, als dat kind op het tijdstip waarop de vordering wordt ingediend één jaar of ouder is (art. 329bis, § 3, vijfde lid BW).

De wijze waarop de rechtbank oordeelt over de vordering tot vernietiging van de erkenning, is identiek aan de *wettelijke regeling* die het oordeel van de rechtbank in het geding na toestemmingsweigering tot een erkenning beheerst (art. 329bis, § 2, derde lid BW) en hoger in extenso werd besproken (zie supra, nrs. 36-44). De vernietiging van de erkenning moet dus beperkt blijven tot extreme gevallen. Wanneer er geen uitzonderlijke, ernstige omstandigheden zijn die een erkenning in de weg staan, zal de erkenning niet worden vernietigd. Dat de kinderen meer belang zouden hebben bij een adoptie door de wettelijke vertegenwoordiger en haar echtgenoot dan bij een erkenning door de biologische vader, werd in de rechtspraak niet relevant geacht.

¹⁴⁰ Deze reparatie werd omschreven als ‘verduidelijking van technische aard’, zie de artikelsgewijze toelichting bij art. 46 wetsvoorstel houdende wijziging en coördinatie van diverse wetten inzake Justitie, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3356/1, 22.

¹⁴¹ Verantwoording bij amendement nr. 70 (DELPEREE) inzake wetsontwerp betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-1189/5, 2 en Verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-1189/7, 75-76 j° 152.

Bewezen moet worden dat de erkenning kennelijk niet in het belang van het kind is, niet dat een adoptie méér in hun belang is.¹⁴²

84 Het *belang van het kind* wordt dus in aanmerking genomen voor kinderen die ouder zijn dan één jaar op het ogenblik dat de vordering tot nietigverklaring van de erkenning werd ingeleid; voor kinderen die op dat ogenblik deze leeftijd nog niet hebben bereikt, is er geen opportuniteitsoordeel in het belang van het kind en is de biologische realiteit doorslaggevend.

Reeds in 1994 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat (het oude) artikel 319, § 4 BW het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schendt in zoverre het de rechtbank de bevoegdheid toekent om, afhankelijk van haar beoordeling van het belang van het kind, de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind van wie het biologisch niet-vaderschap niet is aangetoond, te vernietigen.¹⁴³ Als gevolg van dit arrest werd aangenomen dat het belang van het kind geen rol meer mocht spelen in deze bijzondere procedure tot betwisting van een vaderlijke erkenning.

Nadat ten gevolge van een ommezwaai in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof het in de wet voorziene opportuniteitsoordeel op het vlak van de vaststelling van het vaderschap via erkenning bij arrest van 14 mei 2003 in ere was hersteld¹⁴⁴, werd via een nieuwe prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof¹⁴⁵ gepeild of het Hof ook in het contentieux van (het oude) artikel 319, § 4 BW niet op zijn eerdere rechtspraak zou terugkomen. In een arrest van 7 maart 2007 is het Grondwettelijk Hof effectief teruggekomen op zijn arrest van 14 juli 1994 door te oordelen dat artikel 319, § 4 BW, in de versie zoals van toepassing op het ogenblik dat de prejudiciële vraag werd gesteld, *niet* strijdig is met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, in zoverre het de rechter in staat stelt om controle uit te oefenen op het belang dat het kind heeft bij de vaststelling van de afstamming. Minstens even belangrijk als het *dictum* van dit arrest, is de overweging dat het ontbreken van iedere mogelijkheid voor de rechter om controle uit te oefenen op het belang van het minderjarige niet-ontvoogde kind bij het vaststellen van de afstamming van vaderszijde via erkenning in de hypothese bedoeld in het oude artikel 319, § 4 BW – zijnde het gevolg van het arrest van 14 juli 1994 – onbestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁴⁶

Eerste vonnis in deze zaak was een verstekvonnis waarbij de erkenning van twee kinderen, verricht door hun biologische vader drie dagen na het overlijden van de moeder, was vernietigd op vordering van de voogd en de toeziende voogd – met toepassing van het oude artikel 319, § 4 BW – wegens strijdigheid met de belangen van de kinderen.¹⁴⁷ In de daaropvolgende procedure op

¹⁴² Rb. Gent (3^{de} k.) 7 januari 2010, AR 03/261/A, onuitg.

¹⁴³ Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994, BS 3 september 1994, JLMB 1995, 164, noot D. PIRE en RW 1994-95, 532, noot.

¹⁴⁴ Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, BS 20 oktober 2003, 50820, NJW 2003, 884, noot RdC en JLMB 2003, 1120, noot D. PIRE.

¹⁴⁵ Rb. Gent (3^{de} k.) 20 april 2006, AR nr. 03/261/A, onuitg.: ‘*Moet bij de beoordeling van [het oude] artikel 319, § 4 B.W. al dan niet het opportuniteitsbeginsel gelden waarbij niet alleen bij de vaststelling van het vaderschap doch eveneens bij de betwisting van het vaderschap het belang van de kinderen moet in aanmerking worden genomen en ook de kinderen beneden de 15 jaar oud of hun gerechtelijke vertegenwoordigers ook aan de rechterlijke controle moeten onderworpen worden met betrekking tot hun belang zonder dewelke het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel worden geschonden*’.

¹⁴⁶ Arbitragehof 7 maart 2007, nr. 35/2007, BS 12 april 2007, 20350 en NJW 2007, 564, noot GV.

¹⁴⁷ Rb. Gent (3^{de} k.) 28 november 2002, AR 02/2154/B, onuitg. In het vonnis is evenwel geen enkele wetsbepaling uit het afstammingsrecht vermeld. De eisende partijen vorderden de nietigverklaring van de erkenning ‘op grond van misbruik van recht’ (sic).

verzet werd, na een tussenvonnis¹⁴⁸ ten tijde van het oude recht dat leidde tot het arrest dat het Grondwettelijk Hof in 2007 wees, een eindvonnis met toepassing van het nieuwe artikel 329bis, § 3 BW geveld, waarin werd geoordeeld dat deze erkenning rechtsgeeldig was, omdat de vordering tot vernietiging was ingesteld op een tijdstip dat beide kinderen ouder waren dan één jaar en de rechtbank deze erkenning niet kennelijk strijdig achtte met de belangen van de kinderen.¹⁴⁹ Het hof van beroep te Gent bevestigde de rechtsgeeldigheid van de erkenning, maar anders dan de eerste rechter niet o.g.v. het nieuwe artikel 329bis, § 3 BW, maar o.g.v. het oude artikel 319, § 4 BW, zoals van toepassing op het ogenblik van de erkenningen, met als argument dat de nieuwe wet bij ontstentenis van bijzondere overgangsbepaling geen terugwerkende kracht heeft (art. 2 BW). Krachtens deze oude wetbepaling doet de rechtbank, bij gebrek aan bewijs van niet-vaderschap, uitspraak ‘*met inachtneming van de belangen van het kind*’. Het hof overwoog dat het belang van het kind moet worden beoordeeld vanuit verschillende perspectieven: niet alleen vanuit een patrimoniale, maar ook vanuit een morele en psychologische invalshoek. In beginsel is het kind gediend met een tweezijdige afstamming, maar er kunnen uitzonderlijke gevallen bestaan waarin de vaststelling van de afstamming nadelig is. De erkenning kon volgens het hof enkel maar vernietigd worden indien zij die de erkenning aanvechten bewijzen dat ze strijdig is met de belangen van het kind, waarbij de aangehaalde feiten voldoende zwaarwichtig moeten zijn om het belang van het kind in het gedrang te brengen, bv. ingeval de erkenner zich gedurende lange tijd niet om het kind bekommerd heeft en op geen enkele manier geprobeerd heeft een affectief contact met het kind te behouden of te betonen. Nu er in casu geen dergelijke uitzonderlijke, ernstige omstandigheden waren, werd de rechtsgeeldigheid van de erkenning bevestigd.¹⁵⁰

85 Het staat in de sterren geschreven dat nieuwe prejudiciële vragen omtrent de ongrondwettigheid van artikel 329bis, § 3, vijfde lid BW i.v.m. de nietigverklaring van de vaderlijke erkenning positief zullen worden beantwoord. Zowel het beperkte toepassingsgebied van de rechterlijke opportuniteitstoets (enkel voor kinderen ouder dan één jaar) als het marginale karakter ervan werden immers bij de vaststelling van de afstamming via erkenning al strijdig met de grondrechten bevonden (zie de supra nr. 45 e.v. besproken rechtspraak in de context van artikel 329bis, § 2, derde lid BW). In een grondwetsconforme interpretatie moet ook het belang van het kind jonger dan één jaar worden getoetst in het geding tot nietigverklaring van een erkenning die zonder toestemming heeft plaatsgevonden en moet de rechter het belang van alle minderjarige kinderen bij de vernietiging van de erkenning ten volle toetsen. De rechter die moet oordelen over de betwistingvordering kan zich evenwel niet zonder nieuwe prejudiciële vraag voegen naar deze eerdere rechtspraak, aangezien het toetsingsvoorwerp verschilt.

86 De hoger besproken bijzondere regels voor het geval de strafvordering is ingesteld tegen degene die het kind wil erkennen wegens verkrachting van de moeder gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking (zie supra, nrs. 53-61), zijn van overeenkomstige toepassing (art. 329bis, § 3, zesde lid BW). Het was de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om de bescherming tegen de verkrachter ook te behouden wanneer de moeder overleden is of in de onmogelijkheid verkeert haar wil te kennen te geven.¹⁵¹

¹⁴⁸ Rb. Gent (3^{de} k.) 20 april 2006, AR 03/261/A, onuitg.

¹⁴⁹ Rb. Gent (3^{de} k.) 7 januari 2010, AR 03/261/A, onuitg.

¹⁵⁰ Gent (11^{de} k.) 13 juni 2013, nr. 2010/AR/660, onuitg.

¹⁵¹ Verantwoording bij het – aangenomen – amendement nr. 23 (Regering), *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/3, 13. (*3)

Gelet op het feit dat de erkenning in deze context al heeft plaatsgevonden, houdt de toepassing van artikel 329bis, § 2, vierde lid BW in de procedure ex artikel 329bis, § 3 BW vooreerst in dat de erkenning moet worden vernietigd wanneer een strafvonnis in kracht van gewijsde is getreden dat de erkenner schuldig verklaart wegens het misdrijf verkrachting van de moeder, gepleegd op een ogenblik tussen de 300^{ste} en de 180^{ste} dag vóór de geboorte van het erkende kind. Wanneer het bewijs van niet-vaderschap van de erkenner niet wordt geleverd, dan kan de rechtbank de erkenning enkel vernietigen op basis van een opportuniteitsoordeel, gebaseerd op de belangen van het kind, wanneer het kind ouder is dan één jaar op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding via dewelke de vordering tot nietigverklaring werd ingeleid. De termijn van één jaar¹⁵² tussen de geboorte van het kind en de inleiding van de vordering tot nietigverklaring van de erkenning – waarbinnen de rechtbank geen opportuniteitsoordeel heeft om de erkenning (in strijd met de biologische werkelijkheid) nietig te verklaren – wordt opgeschort in afwachting van de afloop van de strafvordering, wat in het voordeel is van de buiten vervolging gestelde of vrijgesproken vermeende verkrachter, aangezien de rechtbank in deze gevallen de gedane erkenning door de biologische vader (of door de man wiens niet-vaderschap niet is bewezen) niet zal kunnen vernietigen.

¹⁵² In de zin van art. 329bis, § 2, vierde lid BW.