PATRICK SENAEVE
FREDERIK SWENNEN
GERD VERSCHELDEN (eds.)

De hervorming van het afstammingsrecht

intersentia

Na een lange parlementaire voorbereiding, een reparatiewet en een circulaire, is op 1 juli 2007 de Afstammingswet van 1 juli 2006 eindelijk in werking getreden.

De Afstammingswet 2006 brengt op de eerste plaats de bepalingen over de afstamming in het Burgerlijk Wetboek in overeenstemming met de talrijke arresten van het Grondwettelijk Hof waarin werd geoordeeld dat het afstammingsrecht strijdig was met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. Op de tweede plaats voert de wet tal van andere radicale hervormingen door, zowel van de afstamming binnen het huwelijk als van de afstamming buiten het huwelijk.

Twintig jaar na de Afstammingswet 1987 worden de practici dus opnieuw met een nieuwe ingrijpende hervorming van het afstammingsrecht geconfronteerd. Dit boek biedt dan ook op een wetenschappelijk onderbouwde wijze een toelichting van de talrijke hervormingen die het afstammingsrecht heeft ondergaan.

Er wordt tevens een uitvoerige commentaar gewijd aan de gevolgen op het vlak van de afstamming van de wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en gameten.

Dit boek is het resultaat van de samenwerking tussen specialisten in het familierecht van de K.U.Leuven, de Universiteit Antwerpen en de Universiteit Gent.

www.intersentia.be

ISBN 978-90-5095-735-9
9 789050 957359

DE HERVORMING VAN HET AFSTAMMINGSRECHT

INSTITUUT VOOR FAMILIERECHT
EN JEUGDRECHT

K.U.Leuven

Nr. 65

ONDERZOEKSGROEP BURGERLIJK RECHT

Universiteit Antwerpen

INSTITUUT VOOR FAMILIERECHT

Universiteit Gent

DE HERVORMING VAN HET AFSTAMMINGSRECHT

Commentaar op de Wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007

P. Senaeve, F. Swennen en
G. Verschelden (eds.)

Met bijdragen van:
Patrick Senaeve
Frederik Swennen
Gerd Verschelden
Tim Wuyts

intersentia
Antwerpen – Oxford

De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de Wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007
P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.)

© 2007 Intersentia
Antwerpen – Oxford
http://www.intersentia.be

Coverfoto: ©iStockphoto.com/Jaren Wicklund – 'Father and son taking their routine quiet afternoon nap together'

ISBN 978-90-5095-735-9
D/2007/7849/102
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgevers.

INHOUD

Voorwoord xix

DEEL I.
DE WETTELIJKE MOEDERLIJKE AFSTAMMING
PATRICK SENAEVE 1

HOOFDSTUK I.
SITUERING 3

HOOFDSTUK II.
DE BETWISTING VAN DE WETTELIJKE MOEDERLIJKE AFSTAMMING 5

§ 1. Titularissen 5
§ 2. Termijn 6
§ 3. Afwezigheid van bezit van staat vereist 7
§ 4. Geen automatische vestiging van het moederschap van de betwistende werkelijke moeder 8

DEEL II.
DE VADERLIJKE AFSTAMMING BINNEN HET HUWELIJK
PATRICK SENAEVE 9

HOOFDSTUK I.
DE VASTSTELLING VAN HET VADERSCHAP BINNEN HET HUWELIJK 11

§ 1. De inkrimping van de vaderschapsregel 11
A. Situering 11
B. Gevallen waarin de vaderschapsregel niet langer van toepassing is 13
1. De uitschakeling van de vaderschapsregel voor de kinderen geboren na de ontbinding van het huwelijk verworpen 13
2. De uitschakeling van de vaderschapsregel voor vier 'verdachte' categorieën kinderen 15

a. Gevallen waarin de vaderschapsregel wordt uitgeschakeld 15
b. Werkwijze bij de geboorteaangifte 21
c. Situatie bij een onterechte vermelding van de naam van de echtgenoot in de geboorteakte 24
C. Uitschakeling van de vaderschapsregel niet absoluut 25
D. Erkenning door de echtgenoot en onderzoek naar het vaderschap tegen de echtgenoot mogelijk 28
E. Overgangsrecht 28
§ 2. Geen uitbreiding van de vaderschapsregel naar de wettelijke samenwoning 29

HOOFDSTUK II.
DE BETWISTING VAN HET VADERSCHAP BINNEN HET HUWELIJK 35

§ 1. De titularissen en de termijn inzake de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot 35
A. De titularissen 35
1. Situering 35
2. Het ontzeggen van het betwistingsrecht aan de genetische vader en de rechtspraak van het Arbitragehof . . . 35
3. Het openstellen van het betwistingsrecht voor de genetische vader van het kind 39
a. De genetische vader als nieuwe titularis 39
b. Bijkomende vereiste voor en consequentie van het vorderingsrecht van de genetische vader 42
B. De termijn 45
1. Wetsgeschiedenis 45
2. De aard van de termijn 47
3. Het vorderingsrecht van de moeder 48
4. Het vorderingsrecht van de (ex-)echtgenoot 48
a. De nieuwe regeling 48
b. Overgangsrecht 55
5. Het vorderingsrecht van de man die het vaderschap opeist 58
a. De nieuwe regeling 58
b. Overgangsrecht 59

6. Het vorderingsrecht van het kind zelf 62
a. De wijziging door de wet van 1 juli 2006 62
b. De bijkomende wijziging door de programmawet van 27 december 2006 67
c. Overgangsrecht 68
7. Het vorderingsrecht van de verwanten in de rechte lijn van de echtgenoot 71
8. Het vorderingsrecht van de vorige echtgenoot 72
§ 2. Gronden van niet-ontvankelijkheid van de vordering 72
A. Het bezit van staat 72
B. Geen instemming tot een daad die de voortplanting tot doel had 73
§ 3. Organisatie van de betwisting 74
A. Vaderschapsbetwisting op tegenbewijs 74
B. Vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering 75
§ 4. Mogelijkheid van in rechte optreden door de genetische vader vóór de geboorte 77
A. Situering 77
B. Het instellen van een vordering tot betwisting vóór de geboorte 77
1. De situatie vóór de wet van 1 juli 2006 (oud afstammingsrecht) 77
2. De situatie ingevolge de wet van 1 juli 2006 78
3. De situatie ingevolge de programmawet van 27 december 2006 79
C. Consequenties voor de naam van het kind 83
§ 5. Personen tegen wie de vordering moet worden ingesteld 84

DEEL III.
DE MOEDERLIJKE EN DE VADERLIJKE ERKENNING
Gerd Verschelden 87

HOOFDSTUK I.
ERKENNING DOOR EEN VROUW 89

§ 1. Grondvoorwaarden 89
A. De naam van de moeder is niet vermeld in de geboorteakte van het kind 89

B. Toestemming van de vader en/of het te erkennen kind 90
1. Ratio van de toestemmingsvereiste 91
2. Wettelijk vereiste toestemmingen 92
3. Procedure na toestemmingsweigering 94
C. Uit de erkenning blijkt geen op bloed- of aanverwantschap gesteund absoluut huwelijksbeletsel tussen de erkennende vrouw en de vader 96
§ 2. Vormvereisten 97
§ 3. Bijzondere publiciteit bij erkenning door een gehuwde vrouw: mededeling 97
A. Toepassingsgebied van de beschermingsregeling 98
B. Wijze waarop de mededeling geschiedt 102
1. Kennisgeving 103
2. Betekening 105
C. Sanctie bij niet-naleving van de mededelingsverplichting . 106

HOOFDSTUK II.
BETWISTING VAN DE MOEDERLIJKE ERKENNING 107

§ 1. Gemeenrechtelijke betwisting van een moederlijke erkenning (art. 330 B.W.) 108
A. Ontvankelijkheidsvoorwaarden 108
1. Algemeen: afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw 108
2. Bijzondere voorwaarde voor de erkennende vrouw en degenen die tot deze erkenning hebben toegestemd: een wilsgebrek 108
3. Titularissen van de vordering 110
4. Termijnen 111
5. Partijen in het geding 112
B. Gegrondheid van de vordering 113
§ 2. Bijzondere procedure tot nietigverklaring van een moederlijke erkenning (art. 329*bis*, § 3 B.W.) 115

HOOFDSTUK III.
ERKENNING DOOR EEN MAN 117

§ 1. Grondvoorwaarden 118
A. Het vaderschap staat niet vast krachtens artikel 315 of 317 B.W. 118

B. Toestemming van de moeder en/of het kind (art. 329*bis* B.W.) 119
1. Wettelijk vereiste toestemmingen 119
a. Het kind is meerderjarig of ontvoogd 119
b. Het kind is een niet ontvoogde minderjarige wiens ouder bekend en in leven is en in de mogelijkheid verkeert zijn wil te uiten 119
c. 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 122
2. Vorm van de toestemming en ogenblik waarop zij moet worden gegeven 123
3. Toestemmingsweigering en het geding dat daarop volgt 123
C. Uit de erkenning blijkt geen op bloed- of aanverwantschap gesteund absoluut huwelijksbeletsel tussen de erkenner en de moeder (art. 321 B.W.) 124
1. Totaal verboden erkenningen waaruit een absoluut huwelijksbeletsel blijkt 127
2. Voorwaardelijk toegelaten erkenningen waaruit een absoluut huwelijksbeletsel blijkt 128
3. Toegelaten erkenningen waaruit een relatief huwelijksbeletsel blijkt 129
4. Toegelaten erkenningen waaruit geen huwelijksbeletsel blijkt 131
§ 2. Geding na toestemmingsweigering 131
A. Bevoegde rechtbank 132
B. Gedinginleidend stuk 133
C. Afwezigheid van termijn om de vordering in te leiden 134
D. Vertegenwoordiging van het te erkennen kind 137
1. Het kind is jonger dan twaalf jaar 137
2. Het kind heeft de volle leeftijd van twaalf jaar bereikt . 139
E. Verzoeningspoging door de rechtbank 140
F. Oordeel van de rechtbank bij gebrek aan verzoening 141
1. Ratio en ontstaansgeschiedenis van de nieuwe wettelijke regeling 142
2. Bewijs dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is 143

3. Afwezigheid van bewijs van biologisch niet-vaderschap van de aspirant-erkenner 144
a. Het te erkennen kind is jonger dan één jaar op het tijdstip van inleiding van de procedure 145
b. Het te erkennen kind is ouder dan één jaar op het tijdstip van inleiding van de procedure 146
4. Samenvatting 148
5. Beoordeling 148
G. Bijzonder geval: de aspirant-erkenner wordt vervolgd wegens verkrachting van de moeder 151
1. Ratio en ontstaansgeschiedenis van een bijzondere beschermingsregeling 151
2. Toepassingsgebied 152
3. Inhoud van de bescherming tegen de verkrachter 154
4. Kritische bedenkingen 157
H. Behandeling van de zaak in raadkamer 159
I. Situatie en verdere verloop na het oordeel dat de erkenning kan plaatsvinden 160
§ 3. Erkenning van een overspelig kind *a matre* 161
A. Afschaffing van de procedure tot voorafgaande machtiging 161
B. Overgangsregeling 162
§ 4. Erkenning door een gehuwd man van een overspelig kind *a patre* 162
A. Afschaffing van de homologatieprocedure 162
B. Invoering van een mededelingsverplichting, op straffe van relatieve niet-tegenwerpelijkheid 164
1. Toepassingsgebied van de beschermingsregeling 164
2. Wijze waarop de mededeling geschiedt 165
3. Sanctie bij niet-mededeling 165
a. Relatieve niet-tegenwerpelijkheid 165
b. Erfrechtelijke consequenties 166
C. Overgangsregeling 169
§ 5. Erkenning van een verwekt kind vóór de geboorte 171
A. Toelaatbaarheid 171
B. Nut 175
§ 6. Doodgeboren kind 176
A. Vermelding van de naam van de vader in de akte van aangifte van een levenloos kind 176

B. Erkenning blijft onmogelijk 178
§ 7. Erkenning van een overleden kind 179
§ 8. Publiciteit 180
A. Kantmelding (enkel) in de geboorteakte van het kind . . . 180
1. Problematisch karakter van deze algemene publiciteitsregeling 180
2. Oplossingen 181
B. Mededelingsverplichting na erkenning van een kind door een gehuwd man (art. 319*bis* B.W.) 184
1. Kennisgeving 185
2. Betekening 186
C. Mededelingsverplichting van een zonder toestemming(en) gedane erkenning (art. 329*bis*, § 3 B.W.) 186
§ 9. Uitwerking van een erkenning 188
A. Declaratief karakter van een erkenning 188
B. Beperkte uitwerking van een erkenning door een gehuwde ouder die niet aan diens echtgeno(ot(e) is meegedeeld (art. 313, § 3 en art. 319*bis*, 3de lid B.W.) 188
C. Beperkte uitwerking van een erkenning zonder de voorafgaande toestemming(en) (art. 329*bis*, § 3, 6de lid B.W.) . . 188

HOOFDSTUK IV.
BETWISTING VAN DE VADERLIJKE ERKENNING 191

§ 1. Gemeenrechtelijke betwisting van een vaderlijke erkenning (art. 330 B.W.) 191
A. Algemene ontvankelijkheidsvoorwaarden 191
1. Afwezigheid van bezit van staat ten aanzien van de erkennende man 191
2. Een levensvatbaar geboren kind 192
B. Bijzondere ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de erkennende man en degenen die tot de erkenning hebben toegestemd: een wilsgebrek 193
C. Titularissen van de vordering 195
1. Beperking van het aantal vorderingsgerechtigden 195
2. Overgangsregeling 196
3. Uitsluiting van bepaalde vorderingsgerechtigden 196
D. Termijnen 198
1. Vorderingsrecht van de moeder 199

2. Vorderingsrecht van het kind 199
3. Vorderingsrecht van de erkenner 200
4. Vorderingsrecht van de man die het vaderschap opeist 202
E. Partijen in het geding 204
F. Vertegenwoordiging van het erkende kind 205
1. Als verweerder 205
a. De betwistingvordering wordt ingeleid door de erkenner 205
b. De betwistingvordering wordt ingeleid door de moeder 206
c. De betwistingvordering wordt ingeleid door de man die het vaderschap opeist 206
2. Als eiser 207
G. Gegrondheid van de vordering 207
§ 2. Nietigverklaring van een zonder toestemmingen gedane erkenning (art. 329*bis*, § 3 B.W.) 209
A. Toepassingsgebied 209
B. Bezit van staat t.a.v. de erkenner is geen onontvankelijkheidsgrond 210
C. Procedureregels 210
1. Titularissen van de vordering 210
2. Termijn 211
3. Partijen in het geding 212
4. Vertegenwoordiging van het erkende kind 213
a. Als verweerder 213
b. Als eiser 213
5. Bevoegde rechtbank 214
6. Gedingleidend stuk en procedureverloop 215
C. Oordeel van de rechtbank over de gegrondheid van de vordering 216

DEEL IV.
HET ONDERZOEK NAAR HET MOEDERSCHAP EN NAAR HET VADERSCHAP
Frederik Swennen 219

HOOFDSTUK I.
INLEIDING 221

HOOFDSTUK II.
VESTIGING VAN DE AFSTAMMING 225

§ 1. Materieel toepassingsgebied 225
A. Onderzoek naar het moederschap 225
B. Onderzoek naar het vaderschap 226
1. Regeling 226
2. Overgangsregeling 227
§ 2. Ontvankelijkheid en gegrondheid van de vordering 228
A. Inleiding 228
B. Ontvankelijkheid van de vordering 228
1. Incestueuze afstamming (art. 314, 2de lid en 325 B.W.) 229
a. Regeling 229
b. Overgangsregeling 234
2. Vetorecht meerderjarig of ontvoogd kind (art. 332*quinquies*, § 1 B.W.) 235
a. Regeling 235
b. Overgangsregeling 235
C. De gegrondheid van de vordering 236
1. Kennelijke strijdigheid van de vaststelling van de afstamming met de belangen van het kind (art. 332*quinquies*, § 2 B.W.) 236
a. Regeling 236
b. Overgangsregeling 240
2. Bewijs van (de afwezigheid van) de biologische band (art. 332*quinquies*, § 3 B.W.) 241
3. De 'exceptie van verkrachting' (art. 332*quinquies*, § 4 B.W.) 242
a. Inleiding 242
b. Regeling 242
c. Overgangsregeling 244
d. Beoordeling 244
§ 3. Partijen in het geding 246
A. Titularissen van de vordering (art. 332*ter*, 1ste en 2de lid B.W.) 246
B. Vertegenwoordiging (art. 331*sexies* B.W.) 249
§ 4. Termijn voor de vordering (art. 331*ter* B.W.) 252
§ 5. De verplichting tot betekening van de beslissing (art. 322, 2de lid B.W.) 255

HOOFDSTUK III.
BETWISTING VAN DE AFSTAMMING 257

DEEL V.
DE GEVOLGEN VAN DE AFSTAMMING – DE VORDERING TOT UITKERING VOOR LEVENSONDERHOUD TEGEN DE VERMOEDELIJKE VERWEKKER
FREDERIK SWENNEN 259

HOOFDSTUK I.
INLEIDING 261

HOOFDSTUK II.
DE GEVOLGEN VAN DE AFSTAMMING 263

§ 1. De verplichting tot betekening van de beslissing waarbij de overspelige vaderlijke afstamming wordt vastgesteld (art. 322, 2de lid B.W.) 263
§ 2. De opvoeding van het overspelige kind in de echtelijke verblijfplaats (oud art. 334*bis* B.W.) 264
§ 3. De vermogensrechtelijke bestraffing van de overspelige echtgenoot (art. 334*ter* B.W.) 265
§ 4. De naam (art. 335 B.W.) 266
A. Ook het *a patre* overspelige kind krijgt vadersnaam (art. 335, § 1 en § 3, 2de lid B.W.) 266
B. De wijziging van moedersnaam naar vadersnaam (art. 335, § 3, 2de lid B.W.) 269
C. Weerslag van de vaststelling van afstammingsbanden van een meerderjarig kind op zijn naam (art. 335, § 4 B.W.) . . 271
§ 5. Vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot in samenloop met overspelige kinderen (oud art. 745*quater*, § 1, 2de lid B.W.) 273
A. Regeling 273
B. Overgangsregeling 275
§ 6. Vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot in samenloop met stiefkinderen (art. 745*quinquies*, § 2, 1ste lid B.W.) . 277
§ 7. Uitsluiting van overspelige kinderen uit de verdeling in natura van de nalatenschap (oud art. 837 B.W.) 277
A. Regeling 277

B. Overgangsregeling 279
§ 8. Huwelijksvoordelen in samenloop met niet-gemeenschappelijke kinderen (art. 1465 B.W.) 279

HOOFDSTUK III.
DE VORDERING TOT UITKERING VOOR LEVENSONDERHOUD TEGEN DE VERMOEDELIJKE VERWEKKER 283

DEEL VI.
DE AFSTAMMING NA MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING
Tim Wuyts 287

INLEIDING 289

HOOFDSTUK I.
BESTAAT ER EEN RECHT OP EEN KIND? 295

§ 1. Vanuit mensenrechtelijk perspectief 295
§ 2. De MBV-wet 298

HOOFDSTUK II.
TOEPASSINGSGEBIED 299

§ 1. Medisch begeleide voortplanting 299
A. Definitie 299
B. Uitvoering 302
§ 2. Toegang tot medisch begeleide voortplanting 305
A. Personen 305
B. Medische indicaties 309
C. Leeftijd 310

HOOFDSTUK III.
AFSTAMMING NA MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING 313

§ 1. Inleiding 313
A. Draagwijdte 313
B. *Ratio legis* 314
C. Beginselen 314
C. Praktische gevolgen 317
D. Plan van het onderzoek 317

§ 2. Heteroseksueel (echt)paar 318
A. Langs moederszijde 318
1. Vaststelling van rechtswege 318
2. Erkenning 318
3. Onderzoek naar moederschap 320
4. Betwisting van de afstamming 321
B. Langs vaderszijde 322
1. Vaderschap van rechtswege 322
a. De vaderschapsregel 322
b. Gevolgen van de uitdrukkelijke toestemming van de echtgenoot 323
c. Wijze waarop de toestemming wordt gegeven 325
d. Belang van het huwelijk 327
e. Opvolgend huwelijk 328
2. Erkenning 328
3. Onderzoek naar vaderschap 330
4. Betwisting van de afstamming 331
5. Vordering tegen de verwekker 333
§ 3. Homoseksueel (echt)paar 334
A. De bio-fysiologische moeder 334
B. De lesbische meemoeder 334
§ 4. Alleenstaande moeder 336
A. Langs moederszijde 336
B. Tweede afstammingsband? 336

HOOFDSTUK IV.
ANONIMITEIT VAN HET DONORSCHAP 339

§ 1. Groeiende consensus over het bestaan van een ‘recht op kennis van de genetische oorsprong’ 339
A. Aandacht in de voorbereidende werken 339
B. Het adoptierecht 339
C. Artikelen 3 en 7 I.V.R.K. 340
D. Artikel 8 E.V.R.M. 343
1. Recht op informatie over het jeugdbeschermingsverleden 343
2. Gebrek aan consensus over het behoud van de anonimiteit van de donor 344

3. Recht op identiteit bij de vaststelling van een afstammingsband 344
4. Recht op identiteit bij anoniem bevallen 345
5. Besluit 348
§ 2. MBV-wet 349
A. Beginsel 349
B. Niet-anonieme donatie 351
C. Registratie en mededeling van bepaalde gegevens 352
D. Toetsing aan het I.V.R.K. en het E.V.R.M. 354
E. Anonimiteit en huwelijksbeletselen? 357
§ 3. Het beroepsgeheim 358

HOOFDSTUK V.
DRAAGMOEDERSCHAP 359

§ 1. Wettelijke omkadering 359
§ 2. De afdwingbaarheid van de draagmoederschaps-overeenkomst 360
§ 3. Afstamming na draagmoederschap 363
A. Volgens de gewone regels inzake afstamming 363
1. Beginsel 363
2. Afstamming langs moederszijde 363
3. Afstamming langs vaderszijde 365
a. Kind geboren binnen het huwelijk 365
b. Kind geboren buiten het huwelijk 368
B. Adoptie 369
§ 4. Besluit 372

HOOFDSTUK VI.
AFSTAMMING NA OVERLIJDEN VAN ÉÉN VAN DE WENS-OUDERS 375

§ 1. Toelaatbaarheid 375
A. Algemeen 375
B. Post-mortem implantatie van overtallige embryo's 377
C. Post-mortem inseminatie van overtallige gameten 379
D. Intrekking van de toestemming bedoeld in artikelen 7, 13 en 42 MBV-wet 382

E. Verstrijken van de bewaartermijn 383
1. Bewaring van overtallige embryo's 383
2. Bewaring van overtallige gameten 385
§ 2. Termijn voor implantatie en inseminatie 386
§ 3. Gevolgen 387
A. Afstamming 387
1. Algemeen 387
2. Langs moederszijde 388
3. Langs vaderszijde 388
B. Naamgeving 392
C. Erfrecht 393
1. Geen afstammingsband met wensvader 393
2. Wel een afstammingsband met wensvader 393
D. Schenkingen 399
E. Onderhoudsvorderingen 399
1. Onderhoudsvordering tegen de verwekker? 399
2. Onderhoudsplicht op grond van een vastgestelde afstammingsband? 400
F. Recht op identiteit? 400
G. Doodgeboren kinderen 401

BIJLAGE:
GECOÖRDINEERDE VERSIE VAN DE WETTEN VAN
1 JULI 2006, 27 DECEMBER 2006, 10 MEI 2007, 15 MEI 2007
EN 6 JULI 2007 403

VOORWOORD

1. Op 1 juli 2007 is – eindelijk – de nieuwe Afstammingswet van 1 juli 2006[1] in werking getreden. De wet werd vreemd genoeg in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd daags ná de reparatie ervan door een hoofdstuk uit de mozaïekwet van eind 2006.[2]

2. Het boek dat voorligt, is het verslagboek van de drie studienamiddagen die over de nieuwe wet werden georganiseerd op 18, 19 en 23 januari 2007 resp. aan de Universiteiten van Gent, Antwerpen en Leuven. Het ging om een tweede samenwerking tussen de professoren familierecht van de drie grote Vlaamse rechtsfaculteiten, Patrick Senaeve (Instituut voor Familie- en Jeugdrecht, K.U.Leuven), Frederik Swennen (Familierecht – Onderzoeksgroep Burgerlijk Recht, Universiteit Antwerpen) en Gerd Verschelden (Instituut voor Familierecht, UGent).

3. Bij de opstelling van de – toentertijd als uiterst modern beschouwde – Afstammingswet van 31 maart 1987 hadden wellicht weinigen gedacht dat twintig jaar later al een grondige actualisering aan de orde zou zijn.[3]

4. De hervorming was evenwel dringend nodig na een reeks van 30 arresten van het Arbitragehof, waarin 14 keer tot een schending van het Grondwettelijke gelijkheidsbeginsel werd besloten.[4] Bovendien velde ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens enkele merkwaardige arresten – bv. in de zaak-Shofman – met implicaties voor het Belgische recht. De *eerste doelstelling* van de wetgever was dan ook het Belgi-

---

1 Wet 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 29 december 2006.

2 Hoofdstuk I – Wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming van Titel XVII – Justitie van de Wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I), *B.S.* 28 december 2006, dat de artt. 367-374 omvat.

3 N. MASSAGER, "La proposition de loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, 193.

4 G. VERSCHELDEN, "Het hervormde afstammingsrecht: een nieuw compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap", *R.W.* 2007-08, ter perse, nr. 1 en voetnoten 3 en 4.

sche afstammingsrecht in overeenstemming te brengen met de genoemde arresten.[5]

5. De hervorming gaat evenwel verder. De wetgever heeft *op de tweede plaats* van de gelegenheid gebruik gemaakt om het afstammingsrecht ook eenvormiger te maken op punten die in de genoemde rechtspraak niet aan de orde waren.

– Op die manier zijn de vestiging en de betwisting van de afstamming langs moederszijde enerzijds en langs vaderszijde anderzijds grotendeels gelijkgeschakeld. Zo krijgt het kind altijd inspraak, voortaan zelfs vanaf de leeftijd van twaalf in plaats van vijftien jaar.
– Ook de verschillende wijzen van vestiging enerzijds en betwisting anderzijds zijn op elkaar afgestemd. Zo is de erkenning (na machtiging) voortaan grotendeels aan dezelfde voorwaarden als de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap onderworpen.
– Erg belangrijk is ook de verdere gelijkschakeling van de huwelijkse en buitenhuwelijkse afstamming. In dat verband heeft de vestiging en de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot grondige wijzigingen ondergaan. Zo is de vaderschapsregel voortaan niet meer van toepassing na een feitelijke scheiding van meer dan 300 dagen en kan de verwekker het vaderschap van de echtgenoot aanvechten.
– De genoemde en andere wijzigingen hebben uiteraard ook een meer gelijke behandeling tot gevolg van alle kinderen: huwelijkse, buitenhuwelijkse, overspelige en ook kinderen geboren uit aanverwante ouders.
– Wat betreft de grondslag van de afstamming heeft de wetgever een nieuw evenwicht gezocht tussen de biologische band, het bezit van staat en de wil. Het belang van het kind vormt daarop bij de vaststelling van de afstamming – soms – een correctief.

De drie wijzen van vaststelling van de afstamming worden achtereenvolgens besproken door P. SENAEVE (Deel I: De wettelijke moederlijke afstamming – Deel II: Het vaderschap van de echtgenoot), G. VERSCHELDEN (Deel III: De moederlijke en de vaderlijke erkenning) en F.

---

5 Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (van PS-signatuur) tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, dat als basis voor de parlementaire werkzaamheden heeft gediend.

SWENNEN (Deel IV: Het onderzoek naar het moederschap en naar het vaderschap).

6. *Ten derde* heeft de wetgever ook in de gevolgen van de afstamming de resterende discriminaties van overspelige kinderen opgeheven die, in strijd met de bewoordingen van art. 334 B.W., waren aangehouden in 1987. De wijzigingen in de gevolgen van de afstamming worden besproken in deel V van dit verslagboek door F. SWENNEN.

In die bijdrage gaat ook aandacht naar de wijziging die is aangebracht in de bepalingen over de vordering tot uitkering voor levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding tegen de vermoedelijke verwekker (art. 336 e.v. B.W.).

7. Pas bij de reparatie in de mozaïekwet werd voorzien in een uitgestelde inwerkingtreding van de Afstammingswet en werden ook beperkte overgangsrechtelijke bepalingen opgenomen. De vele overgangsrechtelijke problemen worden door elk van de auteurs behandeld wat hun materie betreft. De rechtsbeoefenaar moet in het bijzonder oplettend zijn voor uitdovende en nieuwe vorderingsrechten gedurende een overgangsperiode tot 1 juli 2008.

8. De inhoud van een ministeriële omzendbrief die het nieuwe regime verduidelijkt ten behoeve van de ambtenaren van de burgerlijke stand[6], werd in dit boek eveneens verwerkt.

9. De Afstammingswet van 1 juli 2006 was niet het eindpunt in de hervormingen van het afstammingsrecht. De paarse regeringscoalitie heeft tegen het einde van de legislatuur nog enkele bijkomende wijzigingen doorgevoerd. In dit verslagboek gaat dan ook aandacht naar:

– de wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het huwelijk tussen aanverwanten[7];
– de wet van 10 mei 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van de erfrechtelijke bescherming van de buitenhuwelijkse kinderen.[8]

---

6 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, *B.S.* 30 mei 2007.

7 *B.S.* 29 juni 2007, in werking getreden op 9 juli 2007.

8 *B.S.* 3 augustus 2007, in werking getreden op 13 augustus 2007.

10. Belangrijker nog dan de vermelde 'kleinere' aanpassingen, heeft ook de wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten[9] belangrijke afstammingsrechtelijke gevolgen. Deze wet kon nog niet aan bod komen tijdens de studiedagen van januari 2007. Een bespreking van de afstammingsrechtelijke gevolgen mocht in dit boek evenwel niet ontbreken; zij wordt verzorgd door Tim WUYTS (Deel VI).

11. Hoewel de parlementaire voorbereiding van de wet, zeker op het niveau van de subcommissie Familierecht in de Kamer, erg grondig verliep, heeft de Minister van Justitie de zaken later onterecht te zeer willen bespoedigen. Dit heeft geleid tot een aantal opties, fouten en slordigheden die in de praktijk voor problemen zullen zorgen. Dat daarop kritiek zou komen, was door de wetgever ook voorzien: enkele knelpunten werden al verholpen in de reparatiewet van 27 december 2006.

Andere voetangels en klemmen zijn niet weggewerkt. Komt daarbij dat het afstammingsrecht hoe dan ook al een erg technische materie is, waar een kleine misstap tijdens de procedure verregaande gevolgen kan hebben.

12. Wij hopen dat wij met de wetenschappelijk onderbouwde en praktijkgerichte studies in dit verslagboek de praktijkjuristen en andere betrokkenen in het afstammingsrecht een stevig houvast kunnen bieden om de vernieuwde wetgeving vlot te implementeren.

Gerd Verschelden Frederik Swennen Patrick Senaeve

9 *B.S.* 17 juli 2007, in werking getreden op 27 juli 2007.

DEEL I.
DE WETTELIJKE MOEDERLIJKE AFSTAMMING

Patrick Senaeve

Buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven

HOOFDSTUK I.
SITUERING

13. Door de wet van 1 juli 2006 werden geen wijzigingen aangebracht in de regels aangaande de vaststelling en de betwisting van het moederschap dat vaststaat op basis van de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte van het kind (art. 312 B.W.).

14. Door artikel 367 van de wet van 27 december 2006 werden evenwel fundamentele wijzigingen aangebracht aangaande de vordering tot betwisting van dit op basis van de geboorteakte vastgestelde moederschap.

In het wetsontwerp van de regering werd beweerd dat de wet van 1 juli 2006 een discriminatie schiep doordat geen enkele termijn werd vooropgesteld noch in enige beperking werd voorzien wat de personen betreft die de hoedanigheid hebben om die vordering in te stellen. Teneinde te vermijden dat het Arbitragehof ter zake een ongrondwettigheid zou vaststellen, werd voorgesteld de regeling van deze betwistingsvordering te hervormen en wat titularissen en termijn betreft te aligneren op de vordering tot betwisting van het vaderschap (van de echtgenoot).[1]

[1] *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/001, Memorie van toelichting, 238-239 (bij het voorgestelde art. 473); *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 3 (minister van justitie).

HOOFDSTUK II.
DE BETWISTING VAN DE WETTELIJKE MOEDERLIJKE AFSTAMMING

§ 1. TITULARISSEN

15. In het oude afstammingsrecht kon deze betwistingsvordering worden ingesteld door alle belanghebbenden, voor zover het belang waarvan men deed blijken niet louter vermogensrechtelijk was (oud art. 332*bis*, 1ste lid B.W.). Het diende dus te gaan hetzij om een louter moreel belang, dan wel om een gecombineerd moreel en materieel belang.[2]

Door de programmawet van 27 december 2006 werd de vordering tot betwisting van het wettelijke moederschap nu ook een voorbehouden rechtsvordering. Voortaan kan deze vordering nog enkel worden ingesteld door de vader, het kind, de vrouw ten opzichte van wie de afstamming op basis van de geboorteakte is vastgesteld en door de vrouw die het moederschap van het kind opeist (art. 312, § 2 B.W., zoals gewijzigd door artikel 367, 1° van de wet van 27 december 2006).

16. In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij de betwisting van het wettelijke vaderschap (art. 318, § 2, 2de lid B.W. – zie verder, nr. 77), kan indien de wettelijke moeder overleden is zonder in rechte te zijn opgetreden, terwijl de termijn om zulks te doen nog niet verstreken was, het moederschap *niet* worden betwist door haar bloedverwanten in de opgaande en in de neerdalende lijn. Nu de wetgever van oordeel was dat omwille van het discriminatieverbod de betwisting van het wettelijke moederschap en de betwisting van het wettelijke vaderschap gelijk geregeld moesten worden, kan voor dit overblijvende verschil in behandeling geen redelijke verantwoording worden gevonden zodat hier ongetwijfeld sprake is van een discriminatie.[3] Een amendement dat beoogde aan de bloedverwanten in de rechte lijn wél een subsidiair vor-

---

2 P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 10.

3 *In dezelfde zin*: M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev.not.b.* 2007, (114), nr. 15, p. 126.

deringsrecht toe te kennen[4], werd merkwaardig genoeg verworpen[5] hoewel het de goedkeuring wegdroeg van de minister van justitie.[6]

Onder het oude recht konden na het overlijden van de wettelijke moeder haar bloedverwanten in de rechte lijn wél optreden, voor zover aanvaard werd dat zij (ook) een moreel belang daarbij hadden.[7] In het nieuwe afstammingsrecht kan, ingeval de moeder overleden is, het kind geen juridische vader heeft en de werkelijke moeder stilzit, niemand (behoudens het kind zelf – zie hierna, nr. 19) het bedrog aanvechten, hetgeen een onaanvaardbare beperking van rechten inhoudt, zeker in hoofde van de ouders van de vooroverleden moeder.

§ 2. TERMIJN

17. In het oude afstammingsrecht diende deze betwistingsvordering te worden ingesteld overeenkomstig de algemene verjaringsregel in afstammingszaken binnen 30 jaar te rekenen van de dag waarop het kind in het bezit van de betwiste staat gekomen was (oud art. 331*ter* B.W.), d.w.z. vanaf de opstelling van de geboorteakte.[8]

18. Op basis van de wijziging aangebracht door de programmawet van 27 december 2006 moet die vordering voortaan worden ingesteld binnen het jaar van de ontdekking door de eiser van het leugenachtige karakter van de op basis van de geboorteakte vastgestelde moederlijke afstamming (art. 312, 2de lid B.W. zoals gewijzigd door art. 367, 1° wet van 27 december 2006).

Het gaat hier thans niet meer om een verjaringstermijn, maar net zoals bij de betwisting van het wettelijke vaderschap, om een vervaltermijn, die in hoofde van het kind niet geschorst wordt tijdens zijn minderjarigheid.

---

4 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/018, Amendement nr. 3 (Van der Auwera en Vandeurzen); idem: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/2, Amendement nr. 27 (H. Vandenberghe).

5 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/033, Verslag namens de commissie voor de justitie, 68.

6 *Ibid.*, 18.

7 Voor een geval waarin dit op grond van de concrete omstandigheden van de zaak niet aanvaard werd voor de moeder van de vooroverleden wettelijke moeder: Antwerpen 4 november 1998, onuitg., A.R. 1997/1901.

8 P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 11.

19. Het vertrekpunt van deze vervaltermijn wordt dus uniform vastgesteld voor het geheel van de mogelijke eisers in betwisting, hetgeen verschillend is met wat geldt inzake de betwisting van het wettelijke vaderschap.[9] Hoe deze termijn berekend moet worden in hoofde van het kind is hierbij een raadsel. Immers, hoe kan het kind geacht worden te 'ontdekken' dat zijn juridische moeder niet de vrouw is die van hem bevallen is? Er werd evenmin bepaald hoe het kind moet optreden tijdens zijn minderjarigheid. Het verschil met de regeling die inzake betwisting van het wettelijke vaderschap bestaat m.b.t. het vorderingsrecht van het kind (art. 318, § 2, 1ste lid B.W. – zie verder, nrs. 125-133) is opmerkelijk, zodat ook hier gewaagd kan worden van een onverantwoord verschil in behandeling.

Een amendement dat voorstelde om de verjaringstermijn van 30 jaar voor deze speciale vordering te behouden op grond dat het doordrijven van een volstrekt parallellisme met de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet zinvol was[10], werd verworpen.[11]

20. In de praktijk komen – zeer uitzonderlijk – situaties voor waarbij het kind is aangegeven als zijnde geboren uit een andere vrouw dan de moeder, en waarbij dan na vele jaren de betrokkenen de situatie wat het moederschap betreft, juridisch willen laten rechtzetten (als er toch geen sprake is van deugdelijk bezit van staat), bv. als het kind volwassen geworden is. De wet van 27 december 2006 heeft in dergelijke situaties de vordering tot betwisting van het moederschap quasi onmogelijk gemaakt, hetgeen te betreuren valt.

§ 3. AFWEZIGHEID VAN BEZIT VAN STAAT VEREIST

21. De afwezigheid van bezit van staat van het kind dat overeenstemt met de vermelding van zijn geboorteakte blijft gehandhaafd als grond van ontoelaatbaarheid van de vordering tot betwisting. De bepaling uit

---

9 Vgl. M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev.not.b.* 2007, (114), nr. 15, p. 126.

10 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/018, Amendement nr. 3 (Van der Auwera en Vandeurzen); idem: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/2, Amendement nr. 27 (H. Vandenberghe).

11 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/033, Verslag namens de commissie voor de justitie, 68.

het oude artikel 312, § 3 B.W. werd overgeheveld naar artikel 312, § 2 *in initio* B.W.[12] (art. 367, 2°, wet van 27 december 2006).

§ 4. GEEN AUTOMATISCHE VESTIGING VAN HET MOEDERSCHAP VAN DE BETWISTENDE WERKELIJKE MOEDER

22. Bij de betwisting van het wettelijke moederschap door de vrouw die voorhoudt de werkelijke moeder te zijn heeft de wetgever, in tegenstelling tot hetgeen gebeurde bij de betwisting van het wettelijke vaderschap (art. 318, § 5 – zie verder, nrs. 78-83), niet de regel ingevoerd dat het vonnis dat de betwisting van het moederschap inwilligt, van rechtswege de vaststelling meebrengt van de moederlijke afstamming van het kind t.a.v. de eiseres. Ook hier is sprake van een discriminatie, nu voor dit verschil in behandeling geen redelijke verantwoording gegeven kan worden.

12 In de Franse tekst van dit artikel is bij de publicatie in het *Belgisch Staatsblad* het woord "à" weggevallen; er staat "*Moins que*" waar het moet zijn: "*A moins que*".

DEEL II.
DE VADERLIJKE AFSTAMMING BINNEN HET HUWELIJK

Patrick Senaeve

Buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven

HOOFDSTUK I.
DE VASTSTELLING VAN HET VADERSCHAP BINNEN HET HUWELIJK

§ 1. DE INKRIMPING VAN DE VADERSCHAPSREGEL

A. Situering

23. In het nieuwe afstammingsrecht werd de vaderschapsregel, dit is de regel waarbij het vaderschap dwingend en automatisch wordt opgelegd aan de (mannelijke) echtgenoot van de moeder, behouden[1], maar het toepassingsgebied van deze fundamentele regel wordt drastisch ingeperkt.

24. In het oude afstammingsrecht was het toepassingsgebied van de vaderschapsregel zeer eenvoudig. Het (ongewijzigd gebleven) artikel 315 B.W. bepaalt dat het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk, de echtgenoot tot vader heeft. Overeenkomstig deze bepaling was in het oude afstammingsrecht de *Pater is est*-regel toepasselijk t.a.v. alle kinderen die geboren worden ten vroegste de dag van de huwelijkssluiting van hun moeder, en ten laatste de 300ste dag na de ontbinding of de nietigverklaring van haar huwelijk.

In het oude afstammingsrecht bestond op deze regel maar één uitzondering die voor de rechtspraktijk overigens verwaarloosbaar is: de vaderschapsregel is niet toepasselijk in het uitzonderlijke geval van het kind geboren uit een gehuwde vrouw wier echtgenoot sinds meer dan 300 dagen verdwenen is, voor zover er t.a.v. die echtgenoot naderhand een vonnis van afwezigheidsverklaring werd uitgesproken (art. 316 B.W.). Deze uitzondering wordt in het nieuwe afstammingsrecht overigens behouden.

---

1 De vaderschapsregel vond overigens principiële steun in een arrest van het Arbitragehof (arrest nr. 138/2000 van 21 december 2000).

Door de wet van 9 mei 2007 tot wijziging van diverse bepalingen betreffende de afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van overlijden[2] werd evenwel de verwijzing in art. 316 B.W. naar een 'vonnis van afwezigheidsverklaring' vervangen door de verwijzing naar een 'beslissing houdende vaststelling van het vermoeden van afwezigheid' (art. 36, 3°, wet van 9 mei 2007).[3] Een vonnis houdende afwezigheidsverklaring heeft immers voortaan alle gevolgen van het overlijden vanaf de datum van de overschrijving ervan in de registers van de burgerlijke stand (art. 121, § 2, 2de lid B.W. zoals vervangen door art. 16, wet van 9 mei 2007). Het kind geboren uit de echtgenote meer dan 300 dagen na de overschrijving van het vonnis van afwezigheidsverklaring van haar man valt daardoor sowieso al niet meer onder de vaderschapsregel.

25. Reeds in 1981 heb ik er voor gepleit om, in navolging van een aantal buitenlandse rechtsstelsels, de toepasselijkheid van de vaderschapsregel op te heffen in een aantal gevallen waarin het genetische vaderschap van de echtgenoot nu eenmaal *prima facie* onwaarschijnlijk is.[4] Op die manier bespaart men de betrokken rechtsonderhorigen de moeite en de kost van het inleiden van een vordering tot betwisting van het vaderschap dat niet overeenstemt met de genetische werkelijkheid en ontlast men de rechtbanken van vermijdbare procedures.

De wetgever van 31 maart 1987 heeft deze weg evenwel niet willen inslaan.

26. Daarentegen heeft de wet van 30 juni 1994 inzake de hervorming van de echtscheidingsprocedures – onrechtstreeks – wél een weerslag gehad op het toepassingsgebied van de vaderschapsregel.

Sinds de wet van 30 juni 1994 komt bij echtscheiding de ontbinding van het huwelijk, wat de persoonlijke gevolgen in de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten betreft, reeds tot stand op het ogenblik van het in kracht van gewijsde treden van het echtscheidingsvonnis (art. 1278, 1ste lid en art. 1304, 3de lid Ger.W.), en niet meer zoals vóór deze wet op

---

2 Wet van 9 mei 2007, *B.S.* 21 juni 2007, in werking getreden op 1 juli 2007.

3 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0614/005, Amendement nr. 64 van de regering.

4 P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde* (doctoraatsthesis K.U.Leuven 1981), Antwerpen, Kluwer, 1982, nrs. 150-156 en 158-165.

het ogenblik van de overschrijving van het in kracht van gewijsde getreden vonnis op de registers van de burgerlijke stand.[5] Dit houdt in dat het kind dat geboren wordt meer dan 300 dagen na het in kracht van gewijsde treden van het echtscheidingsvonnis sinds de inwerkingtreding van de wet van 30 juni 1994 niet langer onder de vaderschapsregel valt, waar dit onder het stelsel van de *Code Napoléon* slechts gold voor het kind geboren meer dan 300 dagen na de overschrijving van het echtscheidingsvonnis op de registers van de burgerlijke stand. De toewijzing van het vaderschap is immers een automatisch wettelijk gevolg van de huwelijksband, zodat de totstandkoming van de echtscheiding in de verhouding tot derden – die geschiedt op het ogenblik van de overschrijving van het echtscheidingsvonnis op de registers van de burgerlijke stand (art. 1278, 1ste lid en art. 1304, 1ste lid Ger.W.) – hier geen enkele rol speelt.[6] De wijziging van deze zuiver technische regel van echtscheidingsprocesrecht heeft derhalve reeds een duidelijke *inkrimping* van het toepassingsgebied van de vaderschapsregel tot gevolg gehad.

B. Gevallen waarin de vaderschapsregel niet langer van toepassing is

1. De uitschakeling van de vaderschapsregel voor de kinderen geboren na de ontbinding van het huwelijk verworpen

27. In het wetsvoorstel nr. 597 dat als uitgangspunt genomen werd bij de bespreking van de hervorming van het afstammingsrecht, werd daarentegen wél voorgesteld om het toepassingsgebied van de vaderschapsregel drastisch te beperken.

Vooreerst werd voorgesteld dat de vaderschapsregel nog enkel zou gelden voor de kinderen die tijdens het huwelijk geboren worden; de vaderschapsregel zou volgens dat voorstel niet meer gelden voor de kinderen *geboren na* de ontbinding van het huwelijk, zelfs niet indien het huwelijk ontbonden wordt door overlijden van de man.[7] Als verantwoording van dit radicale voorstel werd gesteld dat het 'vermoeden van vaderschap'

---

5 Zie P. SENAEVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", in *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, P. SENAEVE en W. PINTENS (eds.), Antwerpen, Maklu, 2de uitg. 1997, nrs. 368-372.

6 Zie P. SENAEVE, "De procedure …", *o.c.*, nrs. 382-383 en 427.

7 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, art. 4.

moet worden aangepast aan de maatschappelijke realiteit en in het bijzondere aan de aanzienlijke toename van het aantal feitelijke scheidingen en echtscheidingen, en dat het bijvoorbeeld uit de tijd leek om de gevolgen ervan te behouden na de ontbinding van het huwelijk.[8]

28. Dergelijke drastische – en dramatische – inkrimping van de vaderschapsregel was evenwel totaal onverantwoord. Een zwangere vrouw wier echtgenoot overlijdt zou aldus het voordeel van de vaderschapsregel ontzegd worden en verplicht worden om na de dood van haar man een procedure tot onderzoek naar het vaderschap in te stellen tegen de erfgenamen van haar vooroverleden man! Ook in geval van geboorte na de echtscheiding van de moeder valt niet in te zien waarom het kind steeds het voordeel van de automatische toekenning van het vaderschap t.a.v. de ex-echtgenoot van zijn moeder ontzegd zou moeten worden; het gevolg zou geweest zijn dat er nog meer juridisch vaderloze kinderen zouden zijn.[9] Een echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming duurt – met uitzondering van de hypothese beoogd in artikel 1294, 3de lid Ger.W. – maximaal vijf maanden plus één maand voor het in kracht van gewijsde treden van het echtscheidingsvonnis, en het is niet zo uitzonderlijk dat de echtgenoten nog geslachtsbetrekkingen hebben kort vóór het starten van de echtscheidingsprocedure (en zelfs tijdens de echtscheidingsprocedure) zodat het kind dat kort na de ontbinding van het huwelijk geboren wordt, zeer goed de ex-echtgenoot van de moeder als genetische vader kan hebben.[10]

Bij amendement werd dan ook dit zeer radicale voorstel weggelaten.[11] Ook in het nieuwe afstammingsrecht is het uitgangspunt derhalve gehandhaafd dat de vaderschapsregel niet alleen van toepassing is op de kinderen geboren tijdens het huwelijk maar ook op die geboren ten hoogste 300 dagen na de ontbinding (of nietigverklaring) van het huwelijk (ongewijzigd art. 315 B.W.).

---

8 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 6.

9 P. SENAEVE in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie Familierecht, 103-104.

10 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 17-18.

11 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/005, Amendementen nr. 11 (Taelman), *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/009, Amendement nr. 26 (Van der Auwera) en *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/010, Amendement nr. 33 (Wathelet); *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 42.

2. De uitschakeling van de vaderschapsregel voor vier 'verdachte' categorieën kinderen

a. Gevallen waarin de vaderschapsregel wordt uitgeschakeld

29. In het wetsvoorstel nr. 597 was bovendien ook voorgesteld om de toepassing van de vaderschapsregel tevens uit te schakelen in een zestal gevallen. In de optiek van het wetsvoorstel, waarin de vaderschapsregel enkel nog zou gelden voor kinderen geboren vóór de ontbinding van het huwelijk (zie boven, nr. 27), sloegen deze gevallen uiteraard enkel op deze kinderen.

Het ging om volgende gevallen:

1° wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de inleidingszitting bedoeld in artikel 1258 Ger.W. en geen proces-verbaal van verzoening is opgemaakt, of na de beschikking van de voorzitter zitting houdend in kort geding, waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, of na de verklaring bedoeld in artikel 1289 Ger.W.;

2° wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding die door alle wettelijke middelen werd vastgesteld, of wanneer het vermoeden daartoe gewettigd is wanneer de echtgenoten, blijkens het bevolkings- of vreemdelingenregister, op een verschillend adres ingeschreven zijn;

3° wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na een vonnis van de vrederechter gegeven krachtens artikel 223 B.W., waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken;

4° wanneer de afstamming van moederszijde door erkenning of bij rechterlijke beslissing is vastgesteld;

5° wanneer de vordering werd ingesteld vooraleer de afstamming van moederszijde is komen vast te staan;

6° wanneer het kind, blijkens een vonnis van afwezigheidsverklaring, meer dan 300 dagen na de verdwijning van de echtgenoot geboren is.[12]

[12] *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, art. 5 – voorstel tot vervanging van art. 316 B.W.

30. Met dit voorstel werden de 'verdachte' categorieën kinderen uit oud artikel 318, § 3, 1ste lid B.W. overgenomen, maar werd het systeem van vaststelling en betwisting van het vaderschap omgedraaid. In het oude afstammingsrecht speelde t.a.v. deze categorieën kinderen principieel wel de vaderschapsregel maar kon een betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gebeuren zonder bewijsvoering, wat betekende dat de eiser in vaderschapsbetwisting er van ontslagen was om enig bewijs voor te brengen aangaande het niet-vaderschap van de echtgenoot, op voorwaarde dat er geen bezit van staat van het kind t.a.v. de echtgenoten bestond en er geen feitelijke hereniging van de echtgenoten ten tijde van de verwekking had plaatsgehad.[13] Volgens het wetsvoorstel nr. 597 zou t.a.v. deze verdachte categorieën kinderen van meet af aan de vaderschapsregel niet meer gelden, maar zou de echtgenoot nog steeds, om zijn vaderschap wettelijk vast te stellen, zijn kind kunnen erkennen.[14]

31. Terecht werd het uitgangspunt van dit voorstel, namelijk de '*desactivering*' van de vaderschapsregel voor een aantal 'verdachte' categorieën kinderen, door de wetgever aanvaard, gelet op de onwaarschijnlijkheid van het vaderschap van de echtgenoot gezien de schorsing van de samenwoningsplicht en/of de animositeit die in deze gevallen tussen de echtgenoten bestaat.

De technische uitwerking van dit voorstel diende evenwel in de loop van de parlementaire behandeling verbeterd en aangepast te worden.

32. Door de wet van 1 juli 2006 wordt de vaderschapsregel niet meer van toepassing verklaard t.a.v. *vier categorieën kinderen* (nieuw art. 316*bis* B.W.) die als in dit opzicht 'verdachte' categorieën bestempeld kunnen worden. Deze kinderen zullen dus bij de geboorte in beginsel niet langer de (ex-)echtgenoot van hun moeder tot juridische vader hebben.

Daarnaast blijft de uitschakeling van de vaderschapsregel behouden in het bijzondere geval van de geboorte van het kind meer dan 300 dagen na de verdwijning van de echtgenoot, indien een vonnis van afwezigheidsverklaring – sinds de wet van 9 mei 2007 een beslissing houdende

---

13 Zie P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8e uitg. 2004, nrs. 794-797.

14 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 7.

vaststelling van het vermoeden van afwezigheid – deze verdwijning vaststelt (ongewijzigd gebleven art. 316 B.W.). Deze categorie wordt hier verder niet besproken.[15]

33. *Eerste categorie*: het kind geboren meer dan 300 dagen na de beschikking van de voorzitter in kort geding die overeenkomstig artikel 1280 Ger.W. in het kader van de voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten (sinds 1 september 2007 echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting) de echtgenoten machtigt een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, of meer dan 300 dagen nadat de rechter de overeenkomst tussen de echtgenoten heeft bekrachtigd m.b.t. het betrekken van een afzonderlijke verblijfplaats overeenkomstig artikel 1256, eerste lid Ger.W.[16]

In tegenstelling tot het oude artikel 318, § 3, 1ste lid, 1° B.W. wordt binnen deze categorie geen gewag meer gemaakt van "*de inleidingszitting aangaande de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten bedoeld in artikel 1258, § 1 Ger.W. en er geen proces-verbaal van verzoening is opgemaakt*". Bij amendement werd deze hypothese uitgesloten vanuit de bekommernis dat de materiële gegevens waarop de ambtenaar van de burgerlijke stand zich steunt om de toepassing van de vaderschapsregel af te wijzen, objectief, concreet en gemakkelijk te hanteren zouden zijn. Er werd terecht geoordeeld dat de inleidingszitting in het kader van een procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten (sinds 1 september 2007 echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting) niet aangevoerd kan worden als een objectief gegeven met het oog op de uitschakeling van de vaderschapsregel. Enkel een gerechtelijke beslissing van de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg overeenkomstig artikel 1280 Ger.W. waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijk verblijf te betrekken, of een door de echtscheidingsrechter bekrachtigde overeenkomst tussen de echtgenoten waarbij hen een

---

15 Zie daarover P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nrs. 56-61.

16 Voorheen art. 1258, § 2 Ger.W. Door de nieuwe echtscheidingswet van 27 april 2007 (*B.S.* 7 juni 2007) werd deze bepaling opgenomen in art. 1256 Ger.W. en werd art. 316*bis* B.W. dienovereenkomstig aangepast (art. 14), met ingang van 1 september 2007.

afzonderlijke verblijfplaats wordt toegekend, komt hiervoor in aanmerking.[17]

34. *Tweede categorie*: het kind geboren meer dan 300 dagen na de neerlegging van het verzoekschrift met het oog op een echtscheiding door onderlinge toestemming bedoeld in artikel 1288*bis* Ger.W.

In tegenstelling tot het oude artikel 318, § 3, 1ste lid, 1° B.W. wordt bij een echtscheiding door onderlinge toestemming als vertrekpunt van de termijn van 300 dagen niet meer genomen "*de verklaring bedoeld in artikel 1289 Ger.W.*", dit is de verklaring van de echtgenoten bij hun eerste verschijning voor de rechtbank waarbij zij hun wil te kennen geven dat zij uit de echt willen scheiden[18], maar wel de neerlegging van het verzoekschrift tot echtscheiding door onderlinge toestemming op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg, dit is dus een daaraan voorafgaand tijdstip.[19] Het is dan ook ten onrechte dat de ministeriële circulaire voorhoudt dat in dat geval de aangever van de geboorte het proces-verbaal bedoeld in artikel 1292 Ger.W., te weten dat van de eerste verschijning van de echtgenoten voor de rechtbank, zou moeten voorleggen.[20] Hij dient in principe een bewijs afgeleverd door de griffie van neerlegging van het verzoekschrift echtscheiding door onderlinge toestemming neer te leggen. Evenwel, wanneer op basis van het proces-verbaal van de eerste verschijning blijkt dat het kind reeds meer dan 300 dagen nadien geboren is, dient dit te volstaan, nu het dan per definitie ook meer dan 300 dagen na de neerlegging van het verzoekschrift geboren zal zijn.[21]

---

17 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/011, Amendement nr. 47 (Marghem), Verantwoording; dit amendement werd zonder voorwerp doordat het werd overgenomen in amendementen nr. 48 en 54, later ingetrokken ten voordele van amendement nr. 87 (*Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/023), dat werd aangenomen (*Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 15).

18 Voor het oude recht, zie P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 86.

19 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, Amendement nr. 15 van de regering; nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 30.

20 Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, ed. 2, p. 29.207.

21 Maar het is vanzelfsprekend mogelijk dat het kind geboren is bv. slechts 280 (dus niet meer dan 300) dagen na het proces-verbaal van eerste verschijning maar wel 310 (dus wél meer dan 300) dagen na de neerlegging van het verzoekschrift echtscheiding door onderlinge toestemming.

35. *Derde categorie*: het kind geboren meer dan 300 dagen na een door de vrederechter overeenkomstig artikel 223 B.W. uitgesproken vonnis waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, en minder dan 180 dagen na de datum waarop deze maatregel verstreken is, of nadat de echtgenoten feitelijk zijn herenigd. Terecht wordt niet enkel rekening gehouden met een beschikking houdende voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheidingsprocedure, daar het soms voorkomt dat echtgenoten gedurende jaren feitelijk gescheiden blijven leven op basis van een vonnis van de vrederechter houdende dringende voorlopige maatregelen zonder dat een van hen een echtscheidingsprocedure inleidt.[22]

Deze categorie stemt volledig overeen met deze van het oude artikel 318, § 3, 1ste lid, 3° B.W. Terecht wordt niet langer gesproken over een 'beschikking' van de vrederechter, nu sinds de wet van 3 augustus 1992 de vrederechter rechtsprekend op grond van artikel 223 B.W. een 'vonnis' uitspreekt.[23]

36. *Vierde categorie*: het kind geboren meer dan 300 dagen na de datum waarop de echtgenoten, blijkens het bevolkingsregister, het vreemdelingenregister of het wachtregister, op verschillende adressen zijn ingeschreven, voor zover ze nadien niet opnieuw zijn ingeschreven op hetzelfde adres.

37. Vooral m.b.t. deze vierde categorie werd tijdens de parlementaire voorbereiding grondig gediscussieerd. Het voorstel uit wetsvoorstel nr. 597 dat de vaderschapsregel uitgeschakeld zou worden van zodra het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding die door alle wettelijke middelen zou kunnen worden vastgesteld, stuitte terecht op veel kritiek. Bij de aangifte van de geboorte van het kind moet het immers mogelijk zijn voor de ambtenaar van de burgerlijke stand om zonder mogelijke twijfel vast te stellen of het uit een gehuwde (of nog geen 300 dagen verweduwde of uit de echt geschei-

---

22 Zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 33.

23 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/009, Amendement nr. 21 (Van der Auwera) – zonder voorwerp verklaard; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 30; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, Amendement nr. 30 (H. Vandenberghe).

den) vrouw geboren kind nu al dan niet onder de vaderschapsregel valt en aldus al dan niet de echtgenoot (resp. de gewezen echtgenoot) tot juridische vader heeft. Overeenkomstig artikel 57, 2° B.W. moet immers in de akte van geboorte ook de naam, voornaam, geboortedatum, geboorteplaats en woonplaats vermeld worden van de vader van het kind, zo de afstamming van vaderszijde vaststaat.

Een feitelijke scheiding die niet veruitwendigd wordt, noch door een beslissing van een rechter in het kader van de (dringende) voorlopige maatregelen, noch door een afzonderlijke inschrijving in de bevolkingsregisters, kan onmogelijk als uitgangspunt genomen worden voor het bepalen of het vaderschap van het kind nu al dan niet vaststaat. De ambtenaar van de burgerlijke stand dient te beschikken over een wettelijke regel die geen enkele onzekerheid of interpretatie toelaat: het behoort overigens niet tot de bevoegdheid (noch tot de mogelijkheden) van de ambtenaar van de burgerlijke stand om vast te stellen op basis van 'alle wettelijke middelen' of de echtgenoten al dan niet feitelijk gescheiden leven. De voorgestelde regeling was dan ook zowel onaanvaardbaar als onwerkzaam.[24] Zij zou bovendien aanleiding hebben kunnen geven tot misbruiken, doordat de moeder – die alleen de aangifte van geboorte kan doen – het bewijs had kunnen voorleggen van een feitelijke scheiding maar hierbij zou hebben kunnen verzwijgen dat in werkelijkheid de echtgenoten reeds vóór de geboorte weer waren gaan samenwonen.[25]

38. Op basis van de definitieve wettekst is het, bij ontbreken van een gerechtelijke uitspraak aangaande (dringende) voorlopige maatregelen of van het inleiden van een echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming meer dan 300 dagen vóór de geboorte, enkel een afzonderlijke inschrijving van de echtgenoten in de bevolkingsregisters die een automatische uitschakeling van de vaderschapsregel tot gevolg heeft. De wetgever brengt aldus hetgeen de 'administratieve' feitelijke scheiding genoemd kan worden, in rekening.

---

24 P. SENAEVE in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 104.

25 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 23-24.

Enkel een afzonderlijke inschrijving in de registers komt in aanmerking, niet het verzoek van een van de echtgenoten om een wijziging van verblijfplaats.[26]

39. Het is de eerste maal dat een inschrijving in de bevolkingsregisters een rechtstreekse invloed kan hebben op de staat van de persoon. Aldus hebben de gehuwde rechtsonderhorigen er ook op dit vlak alle belang bij van zich in te schrijven op het adres waar zij werkelijk (samen) wonen.

40. Het is uiteraard mogelijk dat een kind valt in twee van de genoemde verdachte categorieën (bv. kind geboren meer dan 300 dagen na een beschikking overeenkomstig artikel 1280 Ger.W. waarbij afzonderlijke verblijfplaatsen worden toegekend en tevens meer dan 300 dagen nadat de echtgenoten op een verschillend adres zijn ingeschreven in de bevolkingsregisters). De vaderschapsregel is uitgeschakeld van zodra het valt in minstens één van de genoemde verdachte categorieën (bv. kind geboren minder dan 301 dagen na een beschikking overeenkomstig artikel 1280 Ger.W. waarbij afzonderlijke verblijfplaatsen worden toegekend maar meer dan 300 dagen nadat de echtgenoten op een verschillend adres zijn ingeschreven in de bevolkingsregisters).

b. Werkwijze bij de geboorteaangifte

41. Voor elk van die vier categorieën kinderen geldt dat het aan de persoon die de geboorte komt aangeven (in principe de vader of de moeder of beide ouders: art. 56, §§ 1 en 2 B.W.) toekomt om aan de ambtenaar van de burgerlijke stand de nodige bewijskrachtige gegevens voor te leggen, zoals een kopie van het vonnis van de vrederechter resp. de beschikking van de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg houdende (dringende) voorlopige maatregelen, een kopie van het verzoekschrift tot echtscheiding door onderlinge toestemming met bewijs van de datum van de neerlegging ervan, enz. Het komt niet aan de ambtenaar van de burgerlijke stand toe om zelf deze stukken op te vragen.[27] In de ministeriële circulaire wordt overigens bevestigd dat de

---

26 *In dezelfde zin*: Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, Ed. 2, p. 29.206.

27 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 31.

ambtenaar van de burgerlijke stand in de gevallen waarin een afzonderlijke verblijfplaats werd toegekend in het kader van de (dringende) voorlopige maatregelen of waarin een verzoekschrift tot echtscheiding door onderlinge toestemming werd neergelegd, geen enkele reden heeft om aan degene die de geboorte komt aangeven specifiek vragen te stellen aangaande deze mogelijkheid, maar dat het aan de aangever toekomt om de ambtenaar van de burgerlijke stand spontaan in kennis te stellen van de relevante gerechtelijke procedure; nochtans kan de ambtenaar van de burgerlijke stand wel de aandacht van de aangever trekken voor zover uit bepaalde formele aanwijzingen blijkt dat de ontwrichting van het huwelijk waarschijnlijk is, in het bijzonder ingeval de moeder en haar echtgenoot sinds een zekere tijd – maar minder dan 301 dagen – op verschillende adressen zijn ingeschreven in de bevolkingsregisters.[28]

42. De gegevens die de ambtenaar van de burgerlijke stand evenwel zelf kan natrekken, zoals de overschrijving van het echtscheidingsvonnis in de registers van de burgerlijke stand of de inschrijving van de echtgenoten in de bevolkingsregisters, dient hij dan ook als openbaar ambtenaar zelf na te zien. In de ministeriële circulaire wordt dan ook terecht gesteld dat bij het opstellen van een geboorteakte van een kind geboren uit een gehuwde vrouw of binnen de 300 dagen na de ontbinding van haar huwelijk, de ambtenaar van de burgerlijke stand stelselmatig zelf dient na te gaan of de moeder en haar echtgenoot resp. exechtgenoot nog steeds op hetzelfde adres staan ingeschreven in de bevolkingsregisters en indien zulks niet het geval is, ook dient te onderzoeken welke termijn verstreken is sinds hun inschrijving op twee verschillende adressen.[29]

Er werd door de wetgever niet ingegaan op de suggestie geformuleerd door de ambtenaren van de burgerlijke stand[30] dat de ambtenaar van de burgerlijke stand zich enkel zou kunnen steunen op een verklaring van de griffier waarin de datum van het vonnis of van de beschikking

---

28 Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, ed. 2, p. 29.206-29.207.

29 Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, ed. 2, p. 29.206.

30 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 132.

houdende (dringende) voorlopige maatregelen vermeld wordt. Het komt derhalve aan de persoon die de geboorte aangeeft toe om [een kopie van] deze gerechtelijke uitspraken aan de ambtenaar van de burgerlijke stand voor te leggen.

43. In de ministeriële circulaire wordt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand de instructie gegeven om, ingeval hij vaststelt dat de moeder en haar echtgenoot sedert meer dan 300 dagen op verschillende adressen in de bevolkingsregisters zijn ingeschreven, de aangever van de geboorte ervan in kennis te stellen dat door het afleggen van een gemeenschappelijke verklaring door beide echtgenoten (zie nr. 48), de vaderschapsregel toch nog kan worden toegepast.[31]

44. Een bijzondere situatie rijst ingeval de echtgenoten of ex-echtgenoten in het buitenland wonen of niet zijn ingeschreven in het bevolkings-, vreemdelingen- of wachtregister. In de ministeriële circulaire wordt terecht verdedigd dat ook in zo'n situatie artikel 316*bis* B.W. kan worden ingeroepen. Het komt in dat geval aan de betrokkenen toe door alle wettelijke middelen te bewijzen dat zij zich in een gelijkaardige situatie bevinden als de in artikel 316*bis*, 1° tot 3° B.W. bedoelde gevallen (bv. dat het kind geboren is meer dan 300 dagen nadat zij in het kader van een in het buitenland lopende echtscheidingsprocedure bij rechterlijke beslissing gemachtigd werden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, of nog dat het kind geboren is nadat zij in een vreemd land sedert meer dan 300 dagen ononderbroken en nog steeds op een verschillend adres zijn ingeschreven). Het is aan de betrokkenen om ter zake de nodige sluitende bewijsstukken voor te leggen opdat de vaderschapsregel niet zou worden toegepast.[32]

45. Er werd door de wetgever niet ingegaan op de suggestie gedaan door de ambtenaren van de burgerlijke stand om te bepalen dat de man door de ambtenaar van de burgerlijke stand in kennis wordt gesteld van

---

31 Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, ed. 2, p. 29.206.

32 Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, ed. 2, p. 29.207.

de aangifte van de geboorte van een kind geboren uit de vrouw met wie hij gehuwd is of maximaal 300 dagen uit de echt gescheiden.[33]

c. Situatie bij een onterechte vermelding van de naam van de echtgenoot in de geboorteakte

46. Indien na de opstelling van de geboorteakte waarin de (ex-)echtgenoot nog vermeld wordt als de vader van het kind, zou blijken dat het kind nochtans behoort tot één van de vier categorieën waarin de vaderschapsregel niet langer van toepassing is, bv. doordat voor de ambtenaar van de burgerlijke stand geen gewag werd gemaakt van het vonnis van de vrederechter, uitgesproken meer dan 300 dagen vóór de geboorte, waarin aan de echtgenoten een afzonderlijke verblijfplaats werd opgelegd, of doordat de ambtenaar van de burgerlijke stand de afzonderlijke inschrijving van de echtgenoten in de bevolkingsregisters niet of verkeerd heeft geraadpleegd, kan deze vergissing in de geboorteakte enkel nog rechtgezet worden door het instellen van een vordering voor de burgerlijke rechtbank tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand overeenkomstig artikelen 1383-1385 Ger.W., eventueel op initiatief van het O.M.[34]

De wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het B.W. en het Ger.W. m.b.t. de verbetering van de akten van de burgerlijke stand voor materiële misslagen[35] heeft hier geen invloed op, aangezien de vereenvoudigde werkwijze voor de verbetering van materiële misslagen zoals bepaald in het nieuwe artikel 99 B.W. hier niet op van toepassing is (zie het nieuwe art. 100 B.W.).

---

33 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 33 en 132.

34 Zie daarover in het algemeen: P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8e uitg. 2004, nr. 161; K. UYTTERHOEVEN, Art. 1383 – art. 1385 Ger.W., in *Comm. Pers.*, Kluwer, Mechelen, losbl. (2003).

35 Wet van 15 mei 2007, *B.S.* 12 juli 2007, in werking getreden op 22 juli 2007.

47. Ten onrechte wordt door sommige auteurs[36] en door de ministeriële circulaire[37] voorgehouden dat in dat geval de echtgenoot of de moeder of eventueel de man die voorhoudt de vader te zijn een vordering *tot betwisting van het vaderschap* van de echtgenoot dienen in te leiden. Het feit dat de uitschakeling van de vaderschapsregel optioneel is, in de zin dat de echtgenoten door een gezamenlijk initiatief kunnen opteren om de vaderschapsregel toch te doen toepassen op hun kind (zie verder, nr. 48) speelt daarbij geen rol[38]: als de echtgenoten daar niet voor geopteerd hebben en de naam van de echtgenoot toch vermeld werd in de geboorteakte, vindt materieelrechtelijk de vaderschapsregel geen toepassing en is er dus sprake van een vergissing. Er valt werkelijk niet in te zien hoe een afstammingsband die materieelrechtelijk niet vaststaat, vatbaar zou kunnen zijn voor een betwisting in rechte. De oplossing is overigens exact dezelfde ingeval bij een kind dat geboren is meer dan 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk, toch nog de naam van de ex-echtgenoot van de moeder als vader in de geboorteakte vermeld zou worden.

C. Uitschakeling van de vaderschapsregel niet absoluut

48. De uitschakeling van de vaderschapsregel in de vier bovengenoemde gevallen is nochtans niet absoluut.

Ingeval hun kind onder een van de genoemde categorieën valt, kunnen de echtgenoten, uiterlijk op het tijdstip van de aangifte van de geboorte, voor de ambtenaar van de burgerlijke stand een gemeenschappelijke verklaring afleggen waarbij zij ervoor opteren terug onder de vaderschapsregel te vallen (art. 316*bis in initio* B.W.).

---

36 N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in *Droit des Familles*, D. PIRE (ed.), Commission Université-Palais – Université de Liège, Luik, Anthemis, 2007, nr. 18, p. 65; J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé", *J.T.* 2007, (365), nr. 17, p. 370-371.

37 Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, Ed. 2, p. 29.207.

38 *Anders*: J. SOSSON, *l.c.*

49. Niets belet dat de echtgenoten reeds tijdens de zwangerschap voor de ambtenaar van de burgerlijke stand deze verklaring afleggen[39] teneinde elk van hen psychologisch gerust te stellen aangaande de vaderlijke afstamming van het kind dat verwacht wordt.

In dat geval bepaalt de wet niet welke ambtenaar van de burgerlijke stand daarvoor bevoegd is[40], zodat de echtgenoten de keuze hebben. Praktisch verdient het de voorkeur dat ze dit doen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar de vrouw voornemens is te bevallen, opdat deze ambtenaar dan op het ogenblik van het opstellen van de geboorteakte over deze informatie zou beschikken.[41]

50. Deze gemeenschappelijke verklaring van de echtgenoten is geen (vaderlijke) erkenning[42], zodat de regels aangaande de erkenning er niet op van toepassing zijn.

Dit neemt nochtans niet weg dat ook deze gemeenschappelijke verklaring als rechtshandeling vatbaar is voor nietigverklaring op basis van een bewezen wilsgebrek (dwaling, bedrog, geweld). Bij een succesvolle nietigverklaring wordt de toepassing van de vaderschapsregel uitgeschakeld.

51. Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk vermeldt, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand melding te maken van deze gemeenschappelijke verklaring in de geboorteakte van het kind waarin hij de naam van de vader vermeldt, zelfs indien de gemeenschappelijke verklaring door hen werd afgelegd tijdens de zwangerschap.

52. De genetische vader van het verwekte kind heeft niet de mogelijkheid om zich tegen deze gemeenschappelijke verklaring van de echtge-

---

39 *In dezelfde zin*: Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, Ed. 2, p. 29.208.

40 Voor de aangifte van de geboorte is dit verplichtend de ambtenaar van de burgerlijke stand van de plaats waar het kind geboren werd: art. 55 *in initio* B.W.

41 *In dezelfde zin*: Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, Ed. 2, p. 29.208.

42 *In dezelfde zin*: Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, Ed. 2, p. 29.207.

noten te verzetten, in een situatie waarin de echtgenoten zich verzoend hebben en door het afleggen van deze verklaring trachten het vaststellen van het vaderschap van de genetische vader te belemmeren.[43] Voor hem staat wel de mogelijkheid open om vervolgens het vaderschap van de echtgenoot te betwisten (zie verder, nrs. 70-76).

53. In bepaalde gevallen zal het voor een van beide echtgenoten materieel onmogelijk zijn om voor de ambtenaar van de burgerlijke stand te verschijnen teneinde deze gemeenschappelijke verklaring af te leggen (bv. de moeder kan zich na de bevalling om medische redenen niet verplaatsen, de echtgenoot verblijft om beroeps- of andere redenen in het buitenland).

De wet vereist geen *gezamenlijke* verklaring, enkel een *gemeenschappelijke* verklaring, hetgeen betekent dat de echtgenoten die ook afzonderlijk kunnen afleggen voor zover de inhoud identiek is. Voor dergelijk geval wordt in de ministeriële circulaire dan ook terecht de opvatting verdedigd dat het voor de niet-verschijnende echtgenoot mogelijk is zijn verklaring te laten opnemen in een akte opgemaakt voor een notaris, en in het buitenland door de Belgische diplomatieke en consulaire overheden in hun functie van ambtenaar van de burgerlijke stand.[44] In deze akte moet dan wel de reden vermeld worden waarom de verklaring niet samen met de andere echtgenoot kan worden afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand.

54. Eenmaal de geboorte werd aangegeven en de akte van geboorte werd opgesteld waarin geen melding werd gemaakt van de vader nu het vaderschap overeenkomstig het nieuwe artikel 316*bis* B.W. niet vaststond, kunnen de echtgenoten niet meer door het afleggen van een gemeenschappelijke verklaring toch nog de afstamming langs vaderszijde doen vaststellen op basis van de vaderschapsregel.

---

43 J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé", *J.T.* 2007, (365), nr. 16, 370.

44 Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, Ed. 2, p. 29.207.

D. Erkenning door de echtgenoot en onderzoek naar het vaderschap tegen de echtgenoot mogelijk

55. Door de vaderschapsregel uit te schakelen t.a.v. vier 'verdachte' categorieën kinderen die geboren worden uit een gehuwde vrouw of een vrouw wier huwelijk maximaal 300 dagen ontbonden is, zullen er zich gevallen voordoen waarin de (ex-)echtgenoot, hoewel hij de genetische vader van het kind is, zijn vaderschap niet automatisch vastgesteld ziet op basis van de wet.

In die gevallen bestaat de mogelijkheid enerzijds voor de echtgenoot die toch zijn vaderschap gevestigd wenst te zien, om het uit zijn echtgenote geboren kind te erkennen[45], anderzijds voor de moeder en/of het kind die toch het vaderschap van de echtgenoot wensen te doen vaststellen, om een vordering tot onderzoek naar het vaderschap in te stellen, telkens overeenkomstig de gewone regels.

Op die manier zijn de erkenning en het onderzoek naar het vaderschap door de wet van 1 juli 2006 ook wijzen van vaststelling van de vaderlijke afstamming binnen het huwelijk geworden.

E. Overgangsrecht

56. Bij gebreke van een specifieke overgangsbepaling in de wet van 1 juli 2006 is de uitschakeling van de vaderschapsregel op basis van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet van toepassing op de in artikel 316*bis* B.W. bedoelde kinderen die vanaf de dag van de inwerkingtreding van de nieuwe wet geboren worden.

Kinderen die onder een van die categorieën vallen maar die vóór de inwerkingtreding van de wet van 1 juli 2006 geboren werden, dit is ten laatste op 30 juni 2007, vielen op grond van het oude afstammingsrecht nog wél onder de vaderschapsregel en hebben dus nog wél de (ex-)echtgenoot van hun moeder tot vader.[46] Op deze kinderen heeft de innova-

---

45 *In dezelfde zin*: Circulaire van 7 mei 2007 betreffende de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het B.W. m.b.t. het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *B.S.* 30 mei 2007, ed. 2, p. 29.207.

46 Vgl. J.-L. RENCHON, in *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 74, die meende dat daartoe best in een uitdrukkelijke overgangsbepa-

tie van artikel 316*bis* B.W. geen invloed. Het uitgangspunt hierbij is de datum van geboorte, niet de datum van de geboorteaangifte.

Voorbeeld
Een gehuwde vrouw bracht een kind ter wereld op 2 juli 2007.
Sinds 4 september 2006 waren de moeder en haar echtgenoot op een verschillend adres ingeschreven in de bevolkingsregisters, hoewel er geen procedure dringende voorlopige maatregelen bij de vrederechter noch een echtscheidingsprocedure werd gestart.

Het kind wordt aldus geboren 301 dagen na deze afzonderlijke inschrijving van de echtgenoten in de bevolkingsregisters.

Op basis van het nieuwe artikel 316bis, 2° B.W. heeft dit kind niet de echtgenoot van zijn gehuwde moeder tot vader en mag er derhalve in zijn geboorteakte geen melding gemaakt worden van deze echtgenoot, dit behoudens ingeval beide echtgenoten uiterlijk bij de geboorteaangifte een gemeenschappelijke verklaring afleggen dat zij wensen dat de vaderschapsregel op dit kind wél wordt toegepast.

§ 2. GEEN UITBREIDING VAN DE VADERSCHAPSREGEL NAAR DE WETTELIJKE SAMENWONING

57. Er is anderzijds door de wet van 1 juli 2006 geen uitbreiding van de vaderschapsregel naar de wettelijke samenwoning doorgevoerd.

Amendementen die door parlementsleden van verschillende partijen daartoe werden ingediend[47], werden na parlementaire bespreking ingetrokken.[48] In deze amendementen werd voorgesteld een bepaling in te lassen dat het kind dat geboren wordt tijdens een wettelijke samenwoning tussen personen van verschillend geslacht of binnen 300 dagen na de beëindiging of de nietigverklaring van de wettelijke samenwoning, de wettelijk samenwonende partner van de moeder tot vader heeft. Er werd aan toegevoegd dat deze regel niet zou gelden ingeval tussen de wettelijk samenwonenden een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen.[49] Het zou uiteraard niet verant-

ling voorzien zou worden.

47 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/006, Amendement nr. 14 (Van Weert); *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/009, Amendement nr. 27 (Van der Auwera); in dezelfde zin ook *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 17 (tussenkomst de T'Serclaes).

48 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 19-21.

49 Zie ook P. SENAEVE, in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 105-106.

woord zijn om de regel te laten spelen wanneer bijvoorbeeld een broer en zus of een moeder en haar zoon wettelijk samenwonen.

58. De niet-uitbreiding van de vaderschapsregel naar de wettelijk samenwonenden is een gemiste kans.[50] Nu er bij wettelijke samenwoning tussen een man en een vrouw net zoals bij het huwelijk sprake is van een levensgemeenschap, wettigt dit een automatische vaderschapstoewijzing t.a.v. de mannelijke partner. Aangezien de vaderschapsregel een louter empirische grondslag heeft, d.w.z. dat het *quod plerumque fit* er aan de basis van ligt[51], is er geen enkele reden waarom het toepassingsgebied beperkt zou moeten blijven tot het huwelijk en niet uitgebreid zou worden naar andere geïnstitutionaliseerde vormen van samenleving tussen een man en een vrouw.

Kinderen geboren uit paren die gekozen hebben voor een wettelijke samenwoning eerder dan voor een huwelijk, dienen evenzeer als kinderen geboren uit een huwelijk rechtsbescherming te kunnen genieten door de automatische toekenning van de vaderlijke afstammingsband. Het is ook in het belang van deze kinderen om vanaf de geboorte een juridische vader te hebben zonder hiervoor afhankelijk te zijn van een aleatoire erkenning door hun vader of zonder verplicht te zijn om hiervoor een onderzoek naar vaderschap in te stellen.

59. Ten onrechte werd tegen dit voorstel opgeworpen dat het als indirect gevolg zou hebben dat aldus aan de wettelijk samenwonenden een getrouwheidsplicht zou worden opgelegd, waardoor het verschil tussen het statuut van gehuwden en dat van wettelijk samenwonenden teveel zou vervagen.[52] Nog afgezien van het feit dat het enkel om de getrouwheid van de vrouwelijke partner kan gaan, gaat deze visie er ten onrechte van uit dat de grondslag voor de *Pater is est*-regel zou liggen in de idee van plicht tot echtelijke getrouwheid in hoofde van de vrouw of in het

---

50 *Contra*: J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé", *J.T.* 2007, (365), 368, noot 40, die meent dat het huwelijk – met de plicht tot samenwoning en tot getrouwheid die het inhoudt – logischerwijze een noodzakelijke vereiste zou zijn voor de toepassing van de vaderschapsregel.

51 Zie P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde* (doctoraatsthesis K.U.Leuven 1981), Antwerpen, Kluwer, 1982, nrs. 72-74.

52 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 21.

vermoeden dat zij deze plicht is nagekomen. Deze visie is evenwel sinds lang verlaten.[53]

60. Dergelijke aanpassing van het afstammingsrecht zou ook in de lijn liggen van de innovatie die in het adoptierecht werd doorgevoerd door de programmawet van 27 december 2004 (wijziging van art. 343, § 1 B.W.). Op basis van de Adoptiewet van 24 april 2003 werd de adoptie opengesteld voor twee wettelijk samenwonenden [toen nog van ongelijk geslacht] voor zover ze geen verwanten van elkaar zijn en op voorwaarde dat ze op bestendige en affectieve wijze samenwoonden sinds ten minste drie jaar op het tijdstip van het indienen van het verzoek. Door de programmawet van 27 december 2004 werden wettelijk samenwonenden en gehuwden voor wat de toegang tot adoptie betreft evenwel op voet van gelijkheid geplaatst: thans kunnen ook twee wettelijk samenwonenden – voor zover er tussen hen geen huwelijksbeletsel wegens verwantschap bestaat waarvoor geen ontheffing kan worden verleend – een kind adopteren zonder bijkomende vereisten: zoals het volstaat om gehuwd te zijn, volstaat het om een wettelijke samenwoning te hebben aangegaan opdat twee personen samen een kind zouden kunnen adopteren.[54] Deze gelijkstelling werd tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de programmawet van 27 december 2004 als volgt gemotiveerd: "*Evenwel, wanneer een man en vrouw de in artikel 1475 B.W. bedoelde verklaring afleggen, geven zij daardoor het bestaan van een voornemen van een gemeenschappelijk gezinsleven te kennen. Wanneer één van de samenwonenden een kind heeft, is het in overeenstemming met het belang van dat kind dat het de andere samenwonende als zijn vader of zijn moeder zou kunnen beschouwen. Hoewel er een objectief verschil bestaat tussen de situatie van gehuwde paren en die van wettelijk samenwonenden, kan dat verschil, inzake adoptie, de (…) ongelijke behandeling niet verantwoorden (…).*".[55]

Voorheen had ook het Arbitragehof geoordeeld dat, hoewel wettelijk samenwonenden zich in een juridische situatie bevinden die zowel ver-

---

53 Zie daarover uitvoerig: P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, (doctoraatsthesis K.U.Leuven 1981), Antwerpen, Kluwer, 1982, nrs. 62-64.

54 Zie daarover C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie" in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie. Commentaar op de Wetten van 13 maart en 24 april 2003 en het Decreet van 15 juli 2005*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nrs. 56-60.

55 Parl. St. Kamer, nr. 51-1437/1 en nr. 51-1438/1, Memorie van Toelichting, 150.

schilt van die van feitelijk samenlevenden als van die van gehuwden, ingeval een man en een vrouw een verklaring van wettelijke samenwoning afleggen en zich er aldus toe verbinden zich te onderwerpen aan de in artikel 1477 e.v. B.W. beschreven plichten, zij daardoor het bestaan van een voornemen van een gemeenschappelijk gezinsleven te kennen geven, en indien een van hen een kind heeft, het in overeenstemming is met het belang van dat kind dat het de andere samenwonende als zijn vader resp. zijn moeder zou kunnen beschouwen. In zoverre het vroegere artikel 361, § 2, 1ste lid B.W. (inzake het ouderlijk gezag na een gewone adoptie) de gewone adoptie door de wettelijk samenwonende partner verhinderde, werd het strijdig bevonden met artikelen 10 en 11 G.W.[56]

61. Vreemd genoeg verzette tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de nieuwe afstammingswet de vertegenwoordiger van de minister van justitie zich tegen de uitbreiding van de vaderschapsregel naar de wettelijk samenwonenden door aan te voeren dat de wetgever duidelijk zou hebben willen aanduiden dat de wettelijke samenwoning en het huwelijk niet op voet van gelijkheid staan.[57] Het was nochtans de minister van justitie die kort voordien om bovengenoemde redenen de gelijkstelling van wettelijk samenwonenden met gehuwden inzake de toegang tot de adoptie bepleitte.

Al even onlogisch werd als argument tegen de uitbreiding van de vaderschapsregel naar de wettelijke samenwoning aangevoerd dat huwelijk en wettelijke samenwoning twee geheel afzonderlijke instellingen zijn waarop verschillende regels van toepassing zijn zodat het geen zin zou hebben om de verschillen tussen beide instituten te verzachten.[58] In dezelfde gedachtegang werd opgeworpen dat als men een alternatief voor een bestaande instelling in het leven roept, en men aan dit alternatief vervolgens dezelfde voorwaarden verbindt als aan de oorspronkelijke instelling, het alternatief dan geen enkele zin meer heeft.[59] Door het uitbreiden van de vaderschapsregel naar de wettelijk samenwonenden toe, wordt de alternatieve instelling van de wettelijke samenwoning

---

56 Arbitragehof 28 november 2001, arrest nr. 154/2001.

57 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 20.

58 *Ibid.*, 20-21.

59 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 17 (H. Vandenberghe).

natuurlijk niet volledig gelijkgeschakeld met de originele instelling van het huwelijk.

62. Ook het argument dat wettelijk samenwonenden ook gewoon een vriendenkoppel kunnen zijn zodat het niet aanvaardbaar zou zijn om de mannelijke vriend automatisch vader te laten worden van het kind van de vrouwelijke partner[60] overtuigt niet, nu de partners van dergelijk 'vriendenkoppel' door het aangaan van een wettelijke samenwoning toch verplichtingen naar elkaar toe opnemen en nu dit ook geen bezwaar was om ze op het vlak van de toegang tot de adoptie volledig gelijk te stellen met een gehuwd koppel.

63. Na de goedkeuring van de nieuwe afstammingswet werd overigens in het parlement een wet gestemd waarbij aan de langstlevende wettelijk samenwonende een intestaatserfrecht wordt toegekend.[61] In de Memorie van toelichting wordt geponeerd dat partners die een verklaring van wettelijke samenwoning afleggen, getuigen van hun verlangen om hun wederzijdse genegenheid gestalte te geven, ook via een bescherming bij overlijden van de eerstgestorvene.[62] Zouden dezelfde partners niet evenzeer, in de regel, gestalte willen geven aan de bescherming van het kind dat uit de vrouwelijke partner geboren wordt?

64. Het is dan ook zeer de vraag of het niet toepasselijk maken van de vaderschapsregel op de wettelijk samenwonenden van verschillend geslacht de toets van het gelijkheidsbeginsel wel kan doorstaan.[63]

---

60 *Ibid.*, 21.

61 Wet van 28 maart 2007 tot wijziging, wat de regeling van het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende betreft, van het B.W. en van de wet van 29 augustus 1988 op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit, *B.S.* 8 mei 2007, in werking getreden op 18 mei 2007; goedkeuring in de Kamer: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2514/008.

62 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2514/001, Memorie van toelichting, 7.

63 Zie over de gelijke behandeling van huwelijk en wettelijke samenwoning o.m. P. SENAEVE, "De rechtspraak van het Arbitragehof aangaande de ongelijke behandeling van de diverse samenlevingsvormen", in J. BAEL e.a. (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 185-204.

HOOFDSTUK II.
DE BETWISTING VAN HET VADERSCHAP BINNEN HET HUWELIJK

§ 1. DE TITULARISSEN EN DE TERMIJN INZAKE DE VORDERING TOT BETWISTING VAN HET VADERSCHAP VAN DE ECHTGENOOT

A. De titularissen

1. Situering

65. Vóór de Afstammingswet van 31 maart 1987 bestond er een maritaal monopolie aangaande de betwisting van het vaderschap binnen het huwelijk: enkel de echtgenoot-juridische vader kon zijn vaderschap betwisten. Door de wet van 31 maart 1987 werd dit maritale monopolie doorbroken en werd ook aan de moeder en aan het kind het vorderingsrecht toegekend (oud art. 332, 1ste lid B.W.). Door de wet van 1 juli 2006 werd een verdere liberalisering van het betwistingsrecht doorgevoerd: thans kan ook degene die voorhoudt de genetische vader van het kind te zijn, het vaderschap van de echtgenoot betwisten. De wet spreekt omzwachteld over "*de persoon die het vaderschap van het kind opeist*" (nieuw art. 318, § 1 B.W.).

2. Het ontzeggen van het betwistingsrecht aan de genetische vader en de rechtspraak van het Arbitragehof

66. Het Arbitragehof heeft onder het voormalige afstammingsrecht over deze kwestie uitspraak moeten doen in zijn arresten van 14 juli 1997[64] en van 11 februari 1998.[65] Aan het Arbitragehof werd in die twee zaken de vraag gesteld of het oude artikel 332, 1ste lid B.W. niet strijdig was met het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van non-discriminatie in zoverre deze bepaling slechts aan de echtgenoot (of na zijn overlijden, aan zijn bloedverwanten in de rechte lijn), aan de moeder, en aan

---

64 Arbitragehof nr. 41/97, 14 juli 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1232 en *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 184.

65 Arbitragehof nr. 12/98, 11 februari 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 290.

het kind zelf, eens het de leeftijd van 18 jaar bereikt heeft, het recht verleende om op rechtstreekse wijze het vaderschap van de echtgenoot te bestrijden, en de genetische vader van het kind hiervan uitgesloten werd.

De vraag was of het feit dat de genetische vader van dit vorderingsrecht werd uitgesloten, zelfs wanneer zijn genetische band met het kind door niemand wordt in vraag gesteld, en zelfs wanneer hij bezit van staat heeft t.a.v. het kind, geen discriminatie vormde in vergelijking tot de personen die wél het vaderschap van de echtgenoot kunnen betwisten.

67. Bij het onderzoek naar een mogelijke discriminatie in de geïncrimineerde wettelijke bepaling diende het Arbitragehof vooreerst de vergelijkbaarheidstoets door te voeren. Terecht stelde het Arbitragehof dat er tussen de situatie van enerzijds de echtgenoot/juridische vader, de moeder en het kind zelf, en anderzijds die van een derde, weze het de man wiens genetisch vaderschap over het kind niet wordt betwist en die een bezit van staat heeft tegenover het kind, een *objectief verschil* bestaat. Het Arbitragehof zag dit objectieve verschil in het feit dat de echtgenoot, de moeder en het kind behoren tot het kerngezin dat voortvloeit uit het huwelijk, terwijl de genetische vader daarbij een buitenstaander is (B.9). M.i. kan dit wezenlijke verschil veel overtuigender worden aangegeven door het feit dat de echtgenoot, de moeder en het kind gebonden zijn door een bestaande juridische afstammingsband, en de wet hen dan ook de mogelijkheid biedt om deze afstammingsband, *in casu* die van de vader t.a.v. het kind, uit te schakelen. De genetische vader daarentegen is niet door een bestaande juridische band met het kind verbonden, maar is juridisch een vreemde opzichtens hem: waarom zou de wet hem dan zomaar de mogelijkheid geven om de juridische band die er bestaat tussen twee andere personen, te weten de echtgenoot en het kind, aan te vechten?

Hoewel het Arbitragehof er aldus mee had kunnen volstaan te antwoorden dat beide categorieën personen niet vergelijkbaar zijn, zette het toch de analyse naar een mogelijke discriminatie verder door na te gaan of het verschil in behandeling wel redelijk verantwoord is.

68. Het Arbitragehof stelde vast dat in de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 31 maart 1987 de wetgever de 'rust der families' in

overweging had genomen om, indien daartoe nodig, het zoeken naar de genetische waarheid in afstammingsrelaties – het algemene *leidmotief* van de hervorming van de wet van 31 maart 1987 – te temperen. Het Arbitragehof meende dat de wetgever van 1987 had kunnen oordelen dat het niet verantwoord was om aan een buitenstaander ten opzichte van het gezin waarin het kind geboren is, de mogelijkheid te geven om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten, omdat het te rechtvaardigen is er van uit te gaan dat deze derde geen belang heeft bij deze betwisting en dat het hem niet toekomt om het belang van het kind hierbij te beoordelen (B.11).

De conclusie van het Arbitragehof was dan ook dat ten aanzien van de tweevoudige doelstelling van de wetgever van 1987, namelijk nastreven van de genetische waarheid én behartiging van de rust der families, het voorbehouden van het betwistingsrecht aan de echtgenoot zelf, de moeder en het kind geen onevenredige maatregel was, zodat er geen sprake was van enige schending van artikelen 10 en 11 G.W.

De bewering tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 1 juli 2006 dat de genetische vader aldus gediscrimineerd werd[66] – alsof elk verschil in behandeling een discriminatie zou vormen – is dan ook in tegenstelling met de stelling van ons grondwettelijk hof.

69. Hoewel ik de stelling van het Arbitragehof dat er geen sprake was van discriminatie volledig kon beamen, heb ik de overwegingen van het Arbitragehof bestreden.[67]

Stellen dat de genetische vader – zelfs als hij bezit van staat heeft t.a.v. het kind – *geen belang* heeft bij de betwisting van het vaderschap dat t.a.v. zijn kind vaststaat opzichtens de echtgenoot van diens moeder, komt wel als bijzonder zwak over. Het komt me voor dat iemand die zowel genetisch als sociaal vader van een kind is, wel degelijk 'belang' heeft bij de vaderschapsbetwisting t.a.v. dit kind in de betekenis die er gewoonlijk aan de notie '*belang*' wordt gegeven.

---

66 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 61.

67 P. SENAEVE, "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 812-813.

Stellen dat het de genetische vader niet toekomt om het belang van het kind te beoordelen, kwam anderzijds in deze context als volstrekt onbegrijpelijk voor, daar het '*belang van het kind*' geen algemeen criterium is bij de vaststelling resp. de betwisting van afstammingsbanden, en bij de vaderlijke afstamming binnen het huwelijk dit criterium al helemaal geen rol speelt in het afstammingsrecht van de wet van 31 maart 1987 (evenmin trouwens in het nieuwe afstammingsrecht).

Er kon op een veel overtuigender manier worden aangegeven waarom er bij de verschillende behandeling in de wet van echtgenoot/moeder/kind van de ene kant en de genetische vader van de andere kant, geen onevenredigheid vast te stellen was in de aangewende middelen. Immers, m.b.t. de echtgenoot, de moeder en het kind is gemakkelijk te begrijpen dat zij dermate bij deze afstammingsband betrokken zijn, dat de wet hen de mogelijkheid geeft om de afstammingsband tussen vader/echtgenoot en kind – in bepaalde gevallen en onder bepaalde modaliteiten – ongedaan te maken zonder dat er een ander vaderschap in de plaats gesteld moet worden. Bij de man die voorhoudt de genetische vader van het kind te zijn zou het daarentegen volstrekt onbegrijpelijk geweest zijn dat hij de mogelijkheid zou hebben om het bestaande vaderschap van een andere man uit te schakelen zonder zijn eigen vaderschap daarvoor in de plaats te stellen.

Met andere woorden, indien de wet aan de genetische vader van een kind dat de echtgenoot van zijn moeder tot juridisch vader heeft, geen enkele mogelijkheid zou geven om op te komen tegen dit vaderschap, ook niet door zélf dit kind te erkennen, zou er in voorkomend geval sprake geweest kunnen zijn van discriminatie te zijnen opzichte, omdat er dan wellicht geen evenredigheid zou hebben bestaan tussen de aangewende middelen en het doel dat de wetgever nastreefde bij de uitwerking van de regeling inzake betwisting van het vaderschap. Doch zulks was in de Afstammingswet van 31 maart 1987 geenszins het geval, daar de wet aan de (al dan niet) genetische vader juist wél – weliswaar onder bepaalde strikte voorwaarden – de mogelijkheid gaf om zijn kind te erkennen en op die manier onrechtstreeks op te komen tegen het vaderschap van de echtgenoot, namelijk in de regeling vervat in oud artikel 320 B.W. (thans afgeschaft door art. 23, wet van 1 juli 2006).

3. Het openstellen van het betwistingsrecht voor de genetische vader van het kind

a. De genetische vader als nieuwe titularis

70. Dat een bestaande wettelijke regel door het Grondwettelijk Hof niet in strijd bevonden werd met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel impliceert natuurlijk niet dat er voor de wetgever geen goede redenen voorhanden zouden zijn om de regel aan te passen in de zin van de voorgehouden – maar door het Grondwettelijk Hof niet aanvaarde – strijdigheid met de Grondwet. Dit is hetgeen uiteindelijk gebeurd is door de wet van 1 juli 2006.

71. In het wetsvoorstel 597 werd voorgesteld dat het vaderschap dat vaststaat op basis van de vaderschapsregel betwist zou kunnen worden "door iedere belanghebbende", naar het voorbeeld van de betwisting van de (vaderlijke) erkenning.[68] Daarmee werd evenwel op de eerste plaats de genetische vader van het uit een gehuwde vrouw geboren kind beoogd.[69] De indieners van het wetsvoorstel hadden de bedoeling komaf te maken met een toestand die door hen als schokkend werd ervaren, namelijk dat de genetische vader van het kind van een gehuwde vrouw niet het recht had het vaderschap dat t.a.v. de echtgenoot van die vrouw vaststaat, te betwisten en dat hij volledig afhankelijk was van de houding die de moeder dienaangaande innam.[70]

72. Terecht werd deze radicale openstelling van het voorheen voorbehouden vorderingsrecht naar *elke* belanghebbende toe tijdens de voorbereidende werkzaamheden sterk bekritiseerd. Het is inderdaad niet redelijk om aan iedere "belanghebbende" de mogelijkheid te bieden om een op een huwelijk gebaseerd vaderschap aan te vechten, op gevaar af de rust van dit huwelijkse gezin al te zeer te verstoren.[71]

---

68 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, art. 14 en *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 59 (in de Franse tekst wordt ook gesproken over "*la présomption de paternité*", maar in de Nederlandse vertaling is dit zinsdeel telkens weggevallen).

69 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 10.

70 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 59.

71 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 61.

73. Amendementen werden ingediend om het betwistingsrecht te blijven voorbehouden aan de echtgenoot, de moeder en het kind, maar die werden niet goedgekeurd.[72] Er werd voorgehouden dat de oude regeling moest zorgen voor een zekere 'sociale' stabiliteit binnen het huwelijk, zodat het aangewezen zou zijn om de vaderschapsregel niet fundamenteel op de helling te zetten, en dat men de deur zou openzetten voor allerhande vormen van chantage, zo aan een derde het recht zou worden gegeven tijdens het huwelijk het vaderschap op te eisen. Ten slotte werd vooropgesteld dat een vordering uitgaande van een derde, ook al wordt ze vervolgens door een DNA-onderzoek ontkracht, een blijvende verdenking door de echtgenoot op de moeder legt aangaande de relatie die zij met deze derde gehad kan hebben.[73]

Voorts werd verdedigd dat ingeval het kind in het gezin van zijn moeder en haar echtgenoot opgroeit, hetzij doordat de echtgenoot niet weet dat hij er niet de genetische vader van is, hetzij omdat hij, hoewel hij daarvan goed op de hoogte is, toch is blijven samenwonen met zijn echtgenote en het kind als het zijne aanvaard heeft, men zich moeilijk kan voorstellen dat de genetische vader het recht zou hebben om onverwacht op te duiken, enkele maanden of zelfs enkele jaren later, en om het inmiddels effectief geworden vaderschap van de echtgenoot teniet te doen. Daarom werd voorgesteld, teneinde de kwalijke gevolgen van het openstellen van het betwistingsrecht enigszins te temperen, dat het teniet doen van het vaderschap van de echtgenoot uitgesloten zou zijn indien dit strijdig bevonden wordt met het belang van het kind[74]; dit voorstel werd niet aangenomen.

74. Andere parlementsleden waren van oordeel dat een keuze gemaakt moest worden tussen het behoud van de rust der gezinnen – dat volgens hen een al maar minder actueel concept is – en de opheffing van een –

---

72 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/014, Amendement nr. 59 (Marghem) – ingetrokken t.v.v. Amendement nr. 82, ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/015, Amendement nr. 66 (Van der Auwera) – ingetrokken t.v.v. Amendement nr. 76, dat verworpen werd; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/028, Amendement nr. 120 (Monfils) – niet aanvaard; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 31-33; vgl. J. SOSSON, *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, 84, en J. GERLO, *ibid.*, 90.

73 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/028, Amendement nr. 120 (Monfils), Verantwoording, 3.

74 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 62-63; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/020, Amendement nr. 79 (Wathelet), nadien ingetrokken (*Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 31).

voorgehouden – discriminatie, en dat de genetische vader absoluut de mogelijkheid moest krijgen om zijn rechten te doen gelden.[75]

75. Uiteindelijk werd door de meerderheidspartijen een verdedigbaar compromis bereikt dat de uiteindelijke nieuwe regel geworden is, waarbij enerzijds het betwistingsrecht enkel wordt uitgebreid naar "de persoon die het vaderschap van het kind opeist" en niet naar andere "belanghebbenden", maar anderzijds het betwistingsrecht voor alle titularissen – met inbegrip van de genetische vader – wordt uitgesloten als het kind intussen bezit van staat heeft t.a.v. de echtgenoot (art. 318, § 1 B.W.).[76]

Deze compromisoplossing beoogde de titularissen van het vorderingsrecht te beperken tot de daadwerkelijk belanghebbenden, dit zijn de echtgenoot zelf, de moeder, het kind en de man die het vaderschap opeist, en bovendien de gezinscel waarin het kind opgroeit zoveel mogelijk te beschermen door het bezit van staat van het kind – dit is de situatie waarin het kind van de gehuwde vrouw door iedereen werkelijk als kind van beide echtgenoten wordt beschouwd én behandeld – als belemmering voor dit vorderingsrecht voorop te stellen en door in strikte termijnen voor het vorderingsrecht te voorzien.[77]

76. *Conclusie.* De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot blijft in het nieuwe afstammingsrecht een voorbehouden rechtsvordering, maar het trio dat door de afstammingsband verbonden is (echtgenoot-kind-moeder), werd als titularis van die vordering uitgebreid naar een vierde persoon, de man die voorhoudt de genetische vader van het kind te zijn.

Andere belanghebbenden kunnen nog steeds geen vordering tot betwisting instellen. Zo ook kunnen de grootouders geen vordering instellen tot betwisting van het vaderschap dat t.a.v. hun zoon vaststaat.[78]

---

75 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 61-62.

76 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, Amendement nr. 112 (Déom c.s.) en *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/029, Subamendement nr. 134 (Déom c.s.), beide aangenomen.

77 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, Amendement nr. 112, Verantwoording, 6; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 31.

78 *Toepassing*: Luik 23 juni 2003, *J.T.* 2003, 810.

77. In het nieuwe afstammingsrecht blijft – zoals in het oude artikel 332, 2de lid B.W. – ingeval de *echtgenoot* overleden is vóór de geboorte van het kind of vóór het verstrijken van de voor hem nuttige termijn, een vorderingsrecht toegekend aan zijn bloedverwanten in de opgaande en in de nederdalende lijn, dus in het bijzonder enerzijds aan zijn ouders en grootouders, en anderzijds aan zijn (andere) kinderen en zijn kleinkinderen (art. 318, § 2, 2de lid B.W.).

Ingeval de *genetische vader* van het kind overleden is vóór de geboorte of vóór het verstrijken van de voor hem nuttige termijn, gaat diens vorderingsrecht evenwel niet over op andere personen. Net zoals t.a.v. de moeder en t.a.v. het kind de overdracht van het vorderingsrecht na hun dood op andere personen uitgesloten werd[79], werd er geen overdracht van vorderingsrecht georganiseerd na de dood van de genetische vader.

b. Bijkomende vereiste voor en consequentie van het vorderingsrecht van de genetische vader

78. Het zou bijzonder inconsequent en zelfs schokkend geweest zijn indien de wetgever toegelaten zou hebben dat de man die voorhoudt de genetische vader van het kind te zijn, zomaar door het instellen van een succesvolle betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, de vaderlijke afstamming van een kind zou kunnen laten teniet doen zonder zelf zijn verantwoordelijkheid t.a.v. dit kind op te nemen (zie boven, nr. 69).

De wetgever heeft dit in de loop van de parlementaire bespreking ingezien en heeft bij amendement[80] de regel ingevoerd dat het vonnis dat de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot inwilligt, van rechtswege de vaststelling meebrengt van de vaderlijke afstamming van het kind t.a.v. de eiser (art. 318, § 5 B.W.).[81] Dit werd verantwoord vanuit een bezorgdheid om een 'leemte' te voorkomen tussen het inwilligen

---

79 Zie P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nrs. 122 en 128.

80 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, Amendement nr. 112 (Déom c.s.) dat aanvaard werd.

81 De Nederlandse tekst van art. 318, § 5 B.W. spreekt ten onrechte van 'verzoeker', in tegenstelling tot de Franse tekst die – correct – spreekt van '*demandeur*'.

van de vordering tot betwisting van het vaderschap en de – hypothetische – erkenning van het kind door die man.[82]

79. Het gaat hier derhalve om een nieuwe, vierde wijze van vaststelling van een vaderlijke afstamming, naast de vaderschapsregel binnen het huwelijk, de vaderlijke erkenning en het gerechtelijke onderzoek naar het vaderschap.

80. De wetgever heeft evenwel bepaald, op basis van een regeringsamendement[83] ingediend in de Senaat op advies van de Raad van State[84], dat de rechtbank bij het beoordelen van een vordering tot betwisting ingesteld door de man die voorhoudt de genetische vader van het kind te zijn, bovendien dient na te gaan of de vereisten voor het gegrond verklaren van een onderzoek naar het vaderschap zoals bepaald in artikel 332*quinquies* B.W. tegen die man *in casu* vervuld zijn (art. 318, § 5 *in fine* B.W.). Het gaat hier weliswaar niet om een gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap, maar op dat vlak zijn de vereisten wel dezelfde.

81. Dit impliceert niet alleen dat deze eiser in betwisting van het vaderschap van de echtgenoot dient te bewijzen dat hij de genetische vader van het kind is (zie art. 332*quinquies,* § 3 B.W.), maar ook dat de vordering dient te worden afgewezen indien het meerderjarige of ontvoogde kind zich verzet tegen het vaststellen van het vaderschap van de genetische vader (zie art. 332*quinquies,* § 1 B.W.), alsook indien het niet-ontvoogde minderjarige kind van minstens 12 jaar en/of de moeder van het minderjarige kind zich tegen het vaststellen van diens vaderschap verzetten en de rechtbank oordeelt dat de vaststelling van die afstammingsband kennelijk in strijd is met de belangen van het kind (zie art. 332*quinquies,* § 2 B.W.).

Het verzet van de moeder heeft evenwel geen uitwerking indien het kind niet minstens één jaar oud is op het ogenblik van het inleiden van de vordering (zie art. 332*quinquies,* § 2 B.W.); hoewel hiermee in artikel 332*quinquies,* § 2 B.W. het inleiden van de vordering tot onderzoek naar het vaderschap door de moeder en/of het kind bedoeld wordt,

82 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, Amendement nr. 112, Verantwoording, 6
83 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, Amendement nr. 25 van de Regering.
84 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 3, punt 3.

moet logischerwijze in deze context het inleiden van de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot als vertrekpunt genomen worden.

82. Bovendien, als de betrokken man schuldig werd verklaard aan verkrachting van de moeder, moet zijn vordering op verzoek van een van de partijen eveneens worden afgewezen (zie art. 332*quinquies,* § 4 B.W.).

83. De wetgever is evenwel vergeten een andere belangrijke vereiste voor het welslagen van een gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap van overeenkomstige toepassing te verklaren op de betwistingsvordering ingeleid door de genetische vader, namelijk het verbod van vaststellen van de dubbele afstammingsband bij bloedschennige afstamming, d.w.z. ingeval tussen de moeder en de vader een huwelijksbeletsel op grond van verwantschap bestaat waarvan geen ontheffing verleend kan worden (= alle bloedverwanten in de rechte lijn en broer/zus) (zie voor details verder, nrs. 419-423). Artikel 325 B.W. dat deze grond van onontvankelijkheid van een gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap bepaalt, werd immers – in tegenstelling tot artikel 332*quinquies* B.W. – niet van overeenkomstige toepassing verklaard op de betwistingsvordering ingeleid door de genetische vader.

84. *Samenvatting*:
De vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot ingesteld door degene die het vaderschap opeist, dient – samengevat – afgewezen te worden:

1°) als bewezen wordt dat het kind intussen bezit van staat t.a.v. de echtgenoten heeft;
2°) als bewezen wordt dat de eiser niet de genetische vader van het kind is;
3°) als het kind minstens één jaar oud is en nog minderjarig bij het instellen van de vordering, de moeder zich verzet tegen het vaststellen van het vaderschap t.a.v. die man, en het vaststellen van deze afstammingsband kennelijk in strijd is met het belang van het kind;
4°) als het kind 12 jaar is of ouder maar nog minderjarig, het zich zelf verzet tegen het vaststellen van het vaderschap t.a.v. die man, en het vaststellen van deze afstammingsband kennelijk in strijd is met het belang van het kind;

5°) als het kind meerderjarig (of ontvoogd) is en het zich verzet tegen het vaststellen van het vaderschap t.a.v. die man (= vetorecht);
6°) als de eiser schuldig verklaard werd aan verkrachting van de moeder;
7°) als de vordering van de eisende man vervallen is wegens het verstrijken van de termijn (zie verder, nrs. 116-119).

B. De termijn

1. Wetsgeschiedenis

85. Ook inzake de termijn waarbinnen de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot moet worden ingesteld, bracht de wet van 1 juli 2006 belangrijke wijzigingen aan.

86. In het wetsvoorstel 597 werd voorgesteld om het inleiden van de vordering tot betwisting van het vaderschap te onderwerpen aan de gemeenrechtelijke termijn in afstammingszaken, die in het wetsvoorstel van dertig jaar teruggebracht werd naar tien jaar.[85] De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot zou in dit voorstel niet langer onderworpen worden aan een strikte vervaltermijn, maar zou beheerst worden door de algemene verjaringstermijn die voor alle afstammingsvorderingen zou gelden. Op die manier wilden de initiatiefnemers van dit wetsvoorstel het door hen voorgestane parallellisme tussen de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en de betwisting van een vaderlijke erkenning tot het uiterste doordrijven; zij waren van oordeel dat het in de 21ste eeuw enigszins archaïsch overkomt dat voor de vaderlijke afstamming binnen het huwelijk en de vaderlijke afstamming buiten het huwelijk uiteenlopende regels van toepassing zouden zijn.[86]

87. In een ander wetsvoorstel dat specifiek handelde over deze termijn werd dan weer voorgesteld om de vervaltermijn voor het inleiden van de rechtsvordering tot betwisting van het vaderschap door de echtgenoot te verlengen van één jaar tot twee jaar.[87] Deze verlenging werd verantwoord enerzijds vanuit de bezorgdheid dat de echtgenoot-juridische

85 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, art. 15 (voorgesteld art. 331*ter* B.W.).
86 *Ibid.*, Toelichting, 5-6.
87 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0495/001 d.d. 26 november 2003 (Swennen).

vader veel minder dan de moeder de concrete omstandigheden van de verwekking kent en anderzijds vanuit de idee dat door de maatschappelijke evoluties naar een toenemend aantal echtscheidingen een gelijkvormige termijn voor de moeder en voor de echtgenoot-juridische vader niet langer realistisch is. Om toch in zekere mate rekening te houden met het belang van het kind werd voorgesteld de verlenging van de termijn te beperken tot twee jaar.[88]

88. Beide voorstellen waren voor kritiek vatbaar omdat daardoor in 100 % van de gevallen van vaderlijke afstamming binnen het huwelijk de rechtsonzekerheid en de onrust in het gezin door de dreiging van een vaderschapsbetwisting, nodeloos zou worden verlengd, in het ene voorstel van één jaar naar tien jaar, in het andere voorstel van één jaar naar twee jaar. Er moet aan herinnerd worden dat door de Afstammingswet van 31 maart 1987 deze termijn reeds werd verlengd van drie maanden naar één jaar (dit is een verviervoudiging). Iedere termijn heeft natuurlijk iets arbitrairs, maar één jaar om na te denken over een – weliswaar fundamentele – kwestie als het betwisten van zijn vaderschap, moet in de regel ruimschoots voldoende zijn.[89] Bovendien kan in geval van werkelijke overmacht de rechter steeds ontheffing van het opgelopen verval verlenen.[90]

89. In de loop van de besprekingen in de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd ingezien dat een verlenging van de duur van de termijn voor betwisting van het vaderschap van de echtgenoot absoluut niet aangewezen was; aangezien evenwel werd vastgehouden aan de wens om voortaan een volstrekt parallellisme in te voeren tussen de procedure van betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en de procedure van betwisting van de vaderlijke erkenning, werd deze laatste onttrokken aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van dertig jaar (oud art. 331*ter* B.W.) en onderworpen aan dezelfde korte vervaltermijnen die gelden voor de vordering tot betwisting van het vaderschap van

88 *Ibid.*, Toelichting, 3.

89 P. SENAEVE, in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 106.

90 Zie daarover P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nrs. 129-130.

de echtgenoot, namelijk één jaar voor de moeder, de echtgenoot en de genetische vader.[91]

Dit leidde oorspronkelijk in de Kamer van Volksvertegenwoordigers tot één enkele bepaling waarin zowel de termijn voor betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en voor betwisting van de vaderlijke erkenning werd geregeld[92], hetgeen bijzonder ongelukkig was, nu voor elk van beide rechtsvorderingen toch nog bijzondere regels behouden dienden te worden.

90. Door het aannemen van een amendement in de Senaat[93] werd er vervolgens terug een afzonderlijke bepaling ingelast aangaande de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (nieuw art. 318, § 1, 2de lid en § 2 B.W.), zonder dat daardoor inhoudelijke wijzigingen werden aangebracht aan het door de Kamer ingevoerde parallellisme met de betwisting van de (vaderlijke) erkenning.

91. Ten slotte werd door de wet van 27 december 2006 (art. 368) nog een deels redactionele en deels inhoudelijke reparatie doorgevoerd in het nieuwe artikel 318 B.W. (zie nrs. 132-133).

2. De aard van de termijn

92. Het is belangrijk te onderstrepen dat, wat de juridische techniek betreft, de termijn voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot zoals in het oude afstammingsrecht een *verval*termijn gebleven is, en geen *verjaring*stermijn geworden is zoals de algemene termijn in het afstammingsrecht van dertig jaar, bepaald in artikel 331*ter* B.W.[94]

---

91 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, Amendement nr. 112 (Déom c.s.); *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 31.

92 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/033, Tekst aangenomen door de commissie voor de justitie, art. 12 (voorgesteld art. 330, § 1, 4de lid B.W.).

93 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, Amendement nr. 33 (de T'Serclaes) – ingetrokken; nr. 3-1402/6, Amendement nr. 50 (de T'Serclaes c.s.) – aangenomen; nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 31-32.

94 Voor de consequenties hiervan, zie P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nrs. 395-404.

3. Het vorderingsrecht van de moeder

93. In het oude afstammingsrecht diende de rechtsvordering van de moeder te worden ingesteld binnen een jaar na de geboorte van haar kind (oud art. 332, 4de lid B.W.).

In de tekst van artikel 318, § 1, 2de lid B.W. in de versie van de wet van 1 juli 2006 luidde het dat die vordering diende te worden ingesteld "*binnen een jaar na de ontdekking van de geboorte*".[95]

Nu was het ten aanzien van de moeder niet zeer zinvol de termijn te laten lopen vanaf "de ontdekking" van de geboorte en niet "vanaf de geboorte", vermits de moeder steeds[96] op de hoogte is van de geboortedatum van haar kind.[97]

Door de wet van 27 december 2006 werd deze bepaling dan vervangen door de bepaling dat de vordering van de moeder moet worden ingesteld binnen een jaar na de geboorte (art. 318, § 2, 1ste lid B.W.), zodat na een lang wetgevend parcours op dit punt alles bij het oude bleef. De termijn van één jaar begint te lopen vanaf de geboorte en niet vanaf de opstelling van de geboorteakte.[98] De eerste verjaardag van het kind vormt aldus de laatste nuttige dag om de vordering in te leiden.

4. Het vorderingsrecht van de (ex-)echtgenoot

a. De nieuwe regeling

94. Op het vlak van de vordering van de echtgenoot die zijn op basis van het huwelijk gevestigd vaderschap wil betwisten, heeft de wet van 1 juli 2006 een belangrijke verbetering en humanisering van het afstammingsrecht doorgevoerd.

---

95 Wet van 1 juli 2006, art. 7.

96 Tenzij in het wel zeer uitzonderlijke geval dat de moeder bij de bevalling in coma gegaan zou zijn en pas enige tijd nadien uit de coma ontwaakt zou zijn.

97 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/018, Amendement nr. 4 (Van der Auwera en Vandeurzen), Verantwoording, 3; zie ook *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/002, Advies van de Raad van State, 566.

98 Rb. Brussel 27 september 1995, *T.B.B.R.* 1996, 60.

95. In het oude afstammingsrecht diende de echtgenoot zijn vordering in te stellen binnen een jaar vanaf de geboorte of, ingeval de geboorte voor hem verborgen werd gehouden of hij niet aanwezig was, vanaf de ontdekking van de geboorte (oud art. 332, 4de lid B.W.). Hierbij werd dus geen rekening gehouden met de kennisname door de echtgenoot van de feiten die wijzen op zijn niet-vaderschap.

96. Deze kwestie werd reeds tweemaal bij wijze van prejudiciële vraag voorgelegd aan het Arbitragehof.

Hierbij was de vraag aan de orde naar het bestaan van een discriminatoire behandeling van de vader-echtgenoot in vergelijking tot de moeder – die voor het instellen van een vordering tot vaderschapsbetwisting beiden weliswaar beschikten over een formeel gelijke termijn van één jaar vanaf de geboorte (of vanaf de ontdekking ervan wat de echtgenoot betreft) – in zoverre de moeder steeds kennis heeft – of kan hebben – van de omstandigheden van de verwekking en de vordering aldus tijdig kan inleiden, terwijl de echtgenoot die wél kennis heeft van de geboorte doch niet van de concrete omstandigheden van de verwekking, en pas nadat de termijn van één jaar verstreken is te weten komt dat zijn vaderschap betwistbaar is, de vordering aldus niet tijdig kan inleiden.

De vraag kwam er aldus op neer te weten of het gelijk regelen van wezenlijk verschillende situaties *in casu* beschouwd kon worden als een discriminatoire behandeling.

97. Het Arbitragehof oordeelde in zijn arrest van 21 december 2000[99] dat, rekening houdend met de objectieven van de wetgever van 31 maart 1987 die de termijn voor de vaderschapsbetwisting, in het belang van het kind, heeft willen beperken tot de periode waarbinnen het kind zich nog niet bewust is van het vaderschap, en heeft willen vermijden dat de staat van het huwelijkse kind al te lange tijd onzeker zou blijven, het in beginsel niet onredelijk voorkomt dat hij met name aan de echtgenoot slechts een korte termijn heeft toegekend om de betwisting van zijn vaderschap te vorderen.

---

99 Arbitragehof nr. 138/2000, 21 december 2000, *B.S.* 8 maart 2001 (2de uitg.) en *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 319.

Het Arbitragehof erkende uitdrukkelijk dat de situatie van de echtgenoot in dit opzicht *verschillend* is van die van de moeder, daar er zich gevallen kunnen voordoen waarbij de echtgenoot pas na het verstrijken van de vervaltermijn van één jaar kennis krijgt van feiten die wijzen op het ontbreken van een genetische band, terwijl de moeder steeds kennis heeft of kan hebben van de omstandigheden van de verwekking. De vraag bleef dan nog over of voor die gelijke behandeling van twee verschillende categorieën personen wel een redelijke verantwoording bestaat.

Het Arbitragehof stelde dat het de wetgever toekomt om te oordelen of, en in welke mate, er reden is om de vordering tot vaderschapsbetwisting aan strikte vervaltermijnen te onderwerpen, en dit met name *vanuit het belang van het kind*; in het licht van die doelstelling komt het voor het grondwettelijk hof niet onredelijk voor om het wettelijke vaderschap te laten primeren op het biologische vaderschap en, in het belang van het kind, een vordering tot betwisting van vaderschap onmogelijk te maken zodra het kind zich bewust kan worden van het vaderschap en redelijkerwijze mag worden aangenomen dat er, met instemming door de moeder (die per definitie haar eigen vorderingsrecht niet heeft uitgeoefend) bezit van staat ten aanzien van het kind is tot stand gekomen, aldus het Arbitragehof.

98. In een arrest van onmiddellijk antwoord d.d. 12 juli 2001 aangaande een soortgelijke prejudiciële vraag, oordeelde het Arbitragehof dat het geen ander antwoord diende te geven dan in het arrest van 21 december 2000.[100]

99. Hoewel het Arbitragehof in de vroegere regeling geen discriminatoire behandeling van de echtgenoot in vergelijking tot de moeder ontwaarde, bracht het feit dat in hoofde van de echtgenoot geen rekening werd gehouden met het ogenblik waarop hij kennis krijgt van gegevens die wijzen op het ontbreken van een genetische band met het uit zijn vrouw geboren kind (overspel van zijn vrouw, kunstmatige inseminatie

[100] Arbitragehof nr. 95/2001, 12 juli 2001, *A.A.* 2001, afl. 3, 1257, *B.S.* 13 november 2001 (eerste uitgave) (uittreksel), 38684, *Rev. trim. dr. fam.* 2001 (verkort), 725, noot. Voor kritische bedenkingen bij beide arresten, zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming,* in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 940.

van zijn vrouw zonder zijn instemming, onverenigbaarheid van de bloedgroepen, enz.) voor hem een hoogst onbevredigende regeling mee.

Deze regeling was bovendien zeer onrechtvaardig omdat ze toeliet het bedrog van de gehuwde vrouw ten aanzien van haar echtgenoot aangaande de verwekking van haar kind in te dekken van zodra de vrouw er in slaagde dit bedrog één jaar vanaf de geboorte vol te houden. Er zijn in de rechtspraak menselijke drama's gekend waarin kort na het verloop van die termijn de vrouw aan haar echtgenoot bekend maakte dat hij niet de vader van haar kind was en dan ook niet hoefde aan te dringen op een verblijfsrecht of een omgangsrecht, en deze echtgenoot op grond van het oude artikel 332, 4de lid B.W. afgewezen werd van zijn vordering tot betwisting van zijn vaderschap.[101]

100. Minstens twee rechtbanken van eerste aanleg oordeelden onder het oude afstammingsrecht dat de regeling van de termijn voor vaderschapsbetwisting door de echtgenoot in strijd was met artikel 8 E.V.R.M. in zoverre bij het vertrekpunt van die termijn geen rekening werd gehouden met de kennis van de man over de omstandigheid van zijn niet-vaderschap, en kenden op die grond aan de echtgenoot een bijkomende termijn van één jaar toe te rekenen vanaf de kennisneming van zijn niet-vaderschap.[102]

101. In andere rechtsstelsels zoals het Duitse (§ 1594, II B.G.B.), het Zwitserse (art. 256c, 1ste lid Zwitsers B.W.) en het Portugese recht (art. 1842, 1ste lid Portugees B.W.) wordt sinds lang wél rekening gehouden met de ontdekking van het niet-vaderschap en begint de termijn in hoofde van de echtgenoot slechts te lopen *a tempore scientiae.*[103] Ook in het hervormde Nederlandse afstammingsrecht[104] werd de regel ingevoerd dat voor de echtgenoot de vordering moet worden ingesteld bin-

---

101 Zie daarover P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, nrs. 64-68.

102 Rb. Leuven 12 december 2005, *R.W.* 2006-07, 524, noot T. WUYTS en *R.A.B.G.* 2007, 169, noot M. GOVAERTS; Rb. Antwerpen 7 maart 2006, *E.J.* 2006, 59, noot G. VERSCHELDEN, *R.A.B.G.* 2006, 1189 en *R.W.* 2006-07, 532.

103 Zie P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde,* Antwerpen, Kluwer, 1982, nr. 383.

104 Wet van 24 december 1997, in werking getreden op 1 april 1998. Zie P. VLAARDINGERBROEK, in *Personen- en familierecht*, Kluwer, Artikel 200, punt 7, losbl., (1999).

nen een jaar "*nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind*" (art. 200, 5 Ned. BW).

102. Reeds in het wetsvoorstel 597 werd met deze voor de echtgenoot onbevredigende toestand rekening gehouden. In het wetsvoorstel werd bepaald dat de termijn voor de betwisting van het vaderschap door de echtgenoot zelf – in het wetsvoorstel ging het nog om een verjaringstermijn van tien jaar – zou beginnen te lopen op het tijdstip van de geboorte, van de ontdekking van de geboorte dan wel op het tijdstip waarop bij hem gerechtvaardigde twijfels omtrent zijn vaderschap zijn gerezen.[105] In de toelichting bij deze voorgestelde bepaling werd enkel gesteld dat aldus rekening wordt gehouden met de toestand van de man die te laat verneemt dat de vaderschapsregel in strijd is met de biologische waarheid.[106]

103. Tijdens de parlementaire bespreking van de wet werd wel gediscussieerd over de *lengte* van de termijn voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, maar wat betreft het *vertrekpunt* bestond er kennelijk unanimiteit over dat dit aangepast moest worden teneinde rekening te houden met de laattijdige kennisname door de echtgenoot van de afwezigheid van biologische band met zijn kind.[107] Toen uiteindelijk geopteerd werd voor het behoud van de termijn van één jaar, werd in hoofde van de vader het vertrekpunt van die termijn bepaald op "*de ontdekking van het feit dat hij niet de vader van het kind is*".[108]

Toen op basis van een amendement in de Senaat de afzonderlijke behandeling van de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en van de betwisting van de [vaderlijke] erkenning werd doorgevoerd, werd het vertrekpunt van de termijn voor de juridische vader-echtgenoot behouden.

---

105 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, art. 15, voorgesteld art. 331*ter*, § 2 B.W.

106 *Ibid.*, Toelichting, 11.

107 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 65-66; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 34; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/015, Amendement nr. 64 (Van der Auwera) – verworpen.

108 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, Amendement nr. 112 (Déom c.s.) – aangenomen.

104. De termijn voor de echtgenoot bedraagt dus één jaar vanaf "de ontdekking van het feit dat hij niet de vader van het kind is" (art. 318, § 2, 1ste lid B.W.).

Dit houdt dus in dat ook de echtgenoot als uitgangspunt zijn vordering dient in te stellen binnen het jaar van de geboorte van het kind. Doet hij dat uiterlijk op de eerste verjaardag van zijn kind, dan is er op het vlak van de termijn geen probleem.

105. De minimale termijn waarover de echtgenoot beschikt om zijn vordering in te stellen blijft dus één jaar vanaf de geboorte van het kind. De kennis die de man draagt van het feit dat zijn echtgenote zwanger is van een ander, wordt dus niet in rekening gebracht zolang het kind niet geboren is. Er anders over oordelen zou overigens een onaanvaardbare discriminatie meebrengen ten opzichte van de moeder, die steeds over één jaar vanaf de geboorte beschikt, ook al wist ze tijdens haar zwangerschap reeds dat een andere man dan haar echtgenoot het kind verwekt had.

106. Stelt de echtgenoot daarentegen zijn vordering in op een ogenblik waarop het kind reeds meer dan één jaar oud is, dan is zijn vordering slechts toelaatbaar voor zover hij niet meer dan één jaar voordien voor het eerst kennis kreeg van feiten die wijzen op het ontbreken van een biologische band met zijn kind.

107. Aldus rijst een probleem van *bewijslast* telkens de echtgenoot de vordering instelt meer dan één jaar na de geboorte van het kind. Hierbij kan de vergelijking gemaakt worden met de regeling van de bewijslast in het oude afstammingsrecht telkens de echtgenoot zijn vordering inleidde meer dan een jaar na de geboorte en de vraag rees of de echtgenoot de geboorte pas later ontdekt had.[109]

Technisch-juridisch is het voor de echtgenoot *onmogelijk* om te bewijzen dat hij op geen enkel ogenblik van de periode die het jaar van het inleiden van zijn vordering voorafgaat, kennis heeft gehad van feiten die

[109] Zie daarover P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, nrs. 49-53; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 916.

erop wijzen dat hij niet de genetische vader van het kind is, daar het hier om een oneindig negatief feit gaat dat geen antithese inhoudt.[110] Bovendien rust overeenkomstig het gemeen recht de bewijslast van de laattijdigheid van de vordering op de partij die daartoe een exceptie inroept (art. 870 Ger.W. – *Reus in excipiendo fit actor*). Concreet komt dit erop neer dat de rechter niet vermag om de eiser in vaderschapsbetwisting het bewijs op te leggen van het feit dat hij pas ten vroegste één jaar vóór hij zijn vordering heeft ingeleid, kennis heeft gekregen van feiten die wijzen op zijn niet-vaderschap.

108. Enkel de redelijke zekerheid dat hij niet de genetische vader van het door zijn echtgenote ter wereld gebracht kind kan zijn, kan de termijn van één jaar doen lopen; loutere twijfels aangaande zijn genetisch vaderschap (bv. op basis van geruchten, roddels, enz.) volstaan hier niet. Aan het verspreiden resp. kennis krijgen van roddels en geruchten kunnen geen juridische gevolgen worden verbonden.

Er is evenwel niet vereist dat dit niet-vaderschap is komen vast te staan op basis van een DNA-onderzoek; het bewijs dat de moeder gedurende de conceptieperiode openlijk samenleefde met een andere man – en haar echtgenoot daar dus van op de hoogte was – kan bv. volstaan als bewijs van kennis van afwezigheid van genetisch vaderschap, evenals het bewijs dat de echtgenoot onvruchtbaar was en daar kennis van droeg.[111]

109. In tegenstelling tot het oude afstammingsrecht voorziet de nieuwe wet niet meer in een afzonderlijk vertrekpunt van de termijn van één jaar vanaf de *ontdekking van de geboorte* (oud art. 332, 4de lid B.W.), maar het spreekt vanzelf dat indien vaststaat dat de echtgenoot de geboorte zelf maar ontdekt heeft hoogstens één jaar vóór het instellen van zijn vordering, meteen ook vaststaat dat de vordering werd ingeleid binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij niet de vader van het kind is, aangezien men moeilijk kan voorhouden dat een man kan weten niet

110 Zie daarover o.m. M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, nrs. 111 e.v., inz. nr. 113.

111 Vgl. N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (ed.), *Droit des Familles*, Commission Université-Palais – Université de Liège, Luik, Anthemis, 2007, nr. 22, p. 70-71.

de genetische vader van een kind te zijn van wiens bestaan hij geen kennis heeft!

110. Ingeval derhalve de verwerende partijen in het betwistingsgeding – bewust of onbewust – nalaten om het feit in te roepen dat de echtgenoot sinds meer dan één jaar vóór het inleiden der procedure kennis had van dergelijke feiten, en voorzover zulks niet formeel blijkt uit de stukken van de procedure zelf noch uit de verklaringen van de partijen (bv. doordat de echtgenoot in de echtscheidingsprocedure had ingeroepen dat zijn echtgenote een in overspel verwekt kind had), heeft de rechter eigenlijk geen mogelijkheid om de vordering af te wijzen omwille van laattijdigheid.

Als nuancering van deze stelling moet worden gesteld dat het O.M., dat verplicht advies moet geven (art. 764, 1ste lid, 1° Ger.W.), in een uitzonderlijk geval bepaalde informaties in het debat zou kunnen betrekken (bv. uit een strafinformatie of een politieonderzoek), waarmee de rechter, gelet op het openbare-orde-karakter van de afstammingswetgeving, dan wél rekening kan en moet houden.

b. Overgangsrecht

111. Op basis van een regeringsamendement ingediend in de Senaat werd er in de wet van 1 juli 2006 m.b.t. de specifieke situatie van de echtgenoot een bijzondere bepaling van overgangsrecht aangenomen (art. 25, § 4 wet van 1 juli 2006). Onder het oude afstammingsrecht kon de echtgenoot op basis van de wet geen vordering tot betwisting van het vaderschap meer indienen méér dan een jaar na de (ontdekking van de) geboorte van het kind, ook al ontdekte hij pas na het verstrijken van deze termijn dat hij niet de genetische vader van dit kind was. De nieuwe wet doet de vervaltermijn van één jaar pas ingaan op het ogenblik van deze ontdekking dat hij de vader niet is.

Uiteraard beschikt de echtgenoot op basis van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet over deze mogelijkheid niet alleen m.b.t. een kind dat geboren wordt na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, maar ook m.b.t. een kind dat weliswaar geboren werd vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet maar t.a.v. wie de oude termijn voor betwisting van het vaderschap door de echtgenoot nog niet verstreken is

op het ogenblik van de inwerkingtreding van de nieuwe wet (voor de hand liggend voorbeeld: het kind is nog geen jaar oud bij de inwerkingtreding).

112. De overgangsbepaling gaat evenwel nog een stap verder en verleent aan de echtgenoot een vorderingsrecht ook al was het kind reeds geboren vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet en al was zijn vorderingsrecht onder het oude recht reeds (lang) verstreken.[112] De wetgever verleent hiermee een beperkte retroactieve werking aan de nieuwe regel inzake het vertrekpunt van de vervaltermijn voor het vorderingsrecht van de echtgenoot, want op basis van de gewone regels van het overgangsrecht blijft een vordering die onder het oude recht reeds vervallen was, vervallen onder het nieuwe recht ook al is de nieuwe termijnregeling soepeler (zie daarover uitvoerig verder, nrs. 138-139).

Dit vorderingsrecht wordt evenwel enkel geopend voor zover er bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet (op 1 juli 2007) nog geen jaar verlopen was sinds de ontdekking van het feit dat hij niet de genetische vader is.[113] De tekst van de overgangsbepaling stelt immers zeer expliciet dat, in situaties waarin op 1 juli 2007 (de ontdekking van) de geboorte meer dan een jaar voordien plaatsgevonden had, de echtgenoot toch nog over een termijn beschikt van één jaar *maar* lopend vanaf de ontdekking van zijn niet-vaderschap, zodat het strijdig zou zijn met de tekst van de wet voor te houden dat de echtgenoot sowieso over één jaar beschikt vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe wet ongeacht het tijdstip waarop hij in het verleden kennis heeft gekregen van dit niet-vaderschap.

Bovendien moet de echtgenoot in dit bijzondere geval dan zijn vordering ook nog instellen binnen het jaar na de ontdekking dat hij niet de vader is. In bepaalde hypotheses zal hij aldus slechts over een zeer korte duur beschikken om zijn vordering m.b.t. zo'n kind in te stellen. Dit is dus een zeer eigenaardig geformuleerde regel.

113. Indien evenwel bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet (op 1 juli 2007) niet alleen de termijn van één jaar sinds de (ontdekking van

112 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 58.

113 *In dezelfde zin*: M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev.not.b.* 2007, (114), nr. 61, p. 153.

de) geboorte reeds verstreken was, maar er ook reeds meer dan één jaar voorbijgegaan was sinds de echtgenoot zijn niet-vaderschap ontdekt heeft, dan kan hij geen gebruik maken van de gewijzigde termijn die het nieuwe afstammingsrecht hem biedt. De wetgever heeft nagelaten om voor deze speciale hypothese gedurende een beperkte termijn na de inwerkingtreding van de nieuwe wet toch nog de kans te geven aan de echtgenoot om zijn vaderschap te betwisten.

114. In elk geval kan een eventuele in kracht van gewijsde getreden gerechtelijke uitspraak die onder gelding van de oude wet de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot heeft afgewezen, niet meer aangevochten worden. Het zal voor de echtgenoot in zo'n geval niet mogelijk zijn om een nieuwe vordering tot betwisting van het vaderschap in te stellen, ook al zou die nieuwe vordering op grond van de nieuwe termijnregeling wél kans op slagen hebben.[114]

115. Voorbeelden

1°) Het kind wordt geboren vanaf 1 juli 2007: uiteraard kan de echtgenoot onmiddellijk gebruik maken van de nieuwe mogelijkheid; overigens, zolang het kind geen jaar oud is, volstaat de "oude" termijn om zijn betwistingsvordering in te stellen.

2°) Het kind werd geboren op 5 juli 2006 en de echtgenoot was bij de geboorte aanwezig: op de datum van de inwerkingtreding van de wet was het "oude" vorderingsrecht van de echtgenoot nog niet verstreken (zou verstrijken op 5 juli 2007); hij ontdekt op 1 juni 2007 dat hij niet de genetische vader is. Sinds 1 juli 2007 kan hij een beroep doen op de nieuwe termijn en kan hij zijn betwistingsvordering nog instellen tot één jaar na de ontdekking van zijn niet-vaderschap, dus uiterlijk op 1 juni 2008.

3°) Het kind werd geboren op 5 juli 2000, en de echtgenoot was bij de geboorte aanwezig: op de datum van de inwerkingtreding van de wet was het "oude" vorderingsrecht van de echtgenoot al lang verstreken (namelijk op 5 juli 2001). Hij ontdekte op 25 juli 2006 dat hij niet de genetische vader is van zijn kind. Sinds 1 juli 2007 kon hij op basis van de overgangsbepaling een beroep doen op de nieuwe termijn en kon hij zijn betwistingsvordering nog instellen tot één jaar na de ontdekking van zijn niet-vaderschap, dus uiterlijk op 25 juli 2007 (hij beschikte dus welgeteld over 25 dagen om zijn vordering in te stellen).

---

114 Vgl. wat het overgangsrecht van de wet van 31 maart 1987 betreft: J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 476.

4°) Het kind werd weerom geboren op 5 juli 2000, en de echtgenoot was bij de geboorte aanwezig: op de datum van de inwerkingtreding van de wet was het "oude" vorderingsrecht van de echtgenoot al lang verstreken (namelijk op 5 juli 2001). Hij ontdekte op 25 juni 2006 [*één maand vroeger dan in hypothese 3°, dus één jaar en enkele dagen vóór de inwerkingtreding van de wet*] dat hij niet de genetische vader is van zijn kind. De overgangsbepaling van de nieuwe wet brengt hier geen soelaas, want de "nieuwe" termijn van één jaar sinds de datum van de ontdekking van het bedrog is hier ook reeds verlopen [namelijk op 25 juni 2007] op het ogenblik dat de nieuwe wet in werking is getreden.

5. Het vorderingsrecht van de man die het vaderschap opeist

a. De nieuwe regeling

116. Oorspronkelijk werd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers voorgesteld dat het nieuw ingevoerde vorderingsrecht van de man die het vaderschap van het kind opeist, door deze zou moeten worden uitgeoefend "*binnen een jaar na de ontdekking van de geboorte*".[115]

117. In de Senaat werd, zoals eerder aangehaald, de eengemaakte bepaling aangaande de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en aangaande de vordering tot betwisting van de erkenning opgesplitst in twee afzonderlijke bepalingen. In een eerste amendement waren in het aldus opgesplitste artikel inhoudelijk letterlijk de regels zoals gesteld in de Kamer van Volksvertegenwoordigers overgenomen.[116] In een later amendement dat de uiteindelijke wettekst geworden is, werd beoogd de termijn te preciseren waarbinnen de persoon die het vaderschap opeist zijn vordering moet instellen; daartoe werd voorgesteld om de bepaling in te lassen dat de vordering van deze man moet worden ingesteld "*binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is*".[117]

118. De genetische vader van een kind dat onder de vaderschapsregel valt, kan derhalve de vordering tot betwisting van het vaderschap van de

---

115 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, Amendement nr. 112 (Déom c.s.) – aanvaard; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/029, Amendement nr. 134 (subamendement op nr. 112) (Déom c.s.) – aanvaard. Zie de tekst goedgekeurd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/033, 8 (art. 12 van het wetsontwerp, voorgesteld art. 330, § 1, 4de lid B.W.).

116 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, Amendement nr. 33 (de T'Serclaes).

117 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/6, Amendement nr. 50 (de T'Serclaes c.s.), voorgesteld art. 318, § 1, 3de lid B.W.

echtgenoot instellen, i.p.v. binnen het jaar na de ontdekking van de geboorte zoals de Kamer had voorgesteld, binnen een jaar nadat hij ontdekt heeft dat hij de genetische vader is van dat kind (art. 318, § 2, 1ste lid B.W.). In plaats van die termijn te "preciseren" heeft de Senaat die termijn aldus ingrijpend gewijzigd zonder nadere motivering!

Ook voor de genetische vader geldt dat hij steeds over een minimale termijn van één jaar vanaf de geboorte van het kind beschikt (vgl. boven, nr. 105).

119. Voorbeeld

Een man heeft een kortstondige relatie met een gehuwde vrouw en pas vele jaren later (5 jaar, 10 jaar, 15 jaar, …) verneemt hij dat die vrouw destijds een kind ter wereld heeft gebracht waarvan hij redenen heeft aan te nemen dat hij er de genetische vader van is of kan zijn: deze man kan dan nog steeds – binnen het jaar vanaf die ontdekking– het vaderschap van de echtgenoot betwisten, ook al hebben noch de moeder noch de echtgenoot al die jaren iets ondernomen …

Weliswaar geldt ook hier als beperkende vereiste dat er zich intussen geen deugdelijk bezit van staat ontwikkeld heeft t.a.v. de echtgenoot (art. 318, § 1, *in initio* B.W. – zie verder, nrs. 147-149). Door deze toegangsbeperking voor de vaderschapsbeperking worden ook hier excessen vermeden.

b. Overgangsrecht

120. Op basis van een regeringsamendement ingediend in de Senaat werd er in de wet van 1 juli 2006 ook m.b.t. de specifieke situatie van de genetische vader van een kind dat onder de vaderschapsregel valt een bijzondere bepaling van overgangsrecht aangenomen (art. 25, § 1 van de wet van 1 juli 2006).[118]

121. Uiteraard beschikt de genetische vader op basis van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet over de nieuwe mogelijkheid om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten m.b.t. een kind dat geboren wordt na de inwerkingtreding van de nieuwe wet.

122. De vraag is dan of de genetische vader sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet (op 1 juli 2007) ook gebruik kan maken van het hem

[118] Art. 25, § 1 van de wet van 1 juli 2006 verwijst nog § 1, tweede lid van art. 318 B.W. maar ingevolge de in de Kamer doorgevoerde vernummering van dat artikel moet er gelezen worden: art. 318, § 2, eerste lid B.W. – zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, Tweede verslag namens de commissie voor de justitie, 8.

thans voor het eerst toegekende vorderingsrecht t.a.v. kinderen die reeds geboren werden vóór de inwerkingtreding van de wet.

De overgangsbepaling van artikel 25, § 1 van de wet van 1 juli 2006 bevat dienaangaande een uitdrukkelijke afwijking van het bepaalde in artikel 318 B.W. en laat de genetische vader toe om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten t.a.v. een kind dat reeds geboren werd vóór de inwerkingtreding, "*zelfs indien er meer dan een jaar verstreken zou zijn sedert de geboorte of het ontdekken van de geboorte van het kind*". T.a.v. deze kinderen dient de genetische vader zijn vordering in te stellen binnen het jaar van de inwerkingtreding van de nieuwe wet, ongeacht het tijdstip waarop hij ontdekt heeft de genetische vader van het kind te zijn.

Vreemd genoeg spreekt de wet nog van het verstrijken van een jaar "*sedert de geboorte of het ontdekken van de geboorte van het kind*", hoewel in hoofde van de genetische vader niet de ontdekking van de geboorte, zoals oorspronkelijk in de Kamer gestemd, maar wél de ontdekking van het feit dat hij de vader van dit kind is, de termijn doet lopen (zie boven, nrs. 116-118). Dit is te verklaren doordat het regeringsamendement dat deze overgangsbepaling bevatte nog uitging van het vertrekpunt van de termijn zoals oorspronkelijk aangenomen in de Kamer, en naderhand niet meer werd aangepast toen in de Senaat het vertrekpunt van de termijn werd aangepast. Er had dus eigenlijk moeten staan: "*zelfs indien er meer dan een jaar verstreken zou zijn sedert het ontdekken van het feit dat hij de vader van het kind is*".

Deze vergetelheid heeft evenwel geen concrete gevolgen.

123. Indien het kind weliswaar geboren werd vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, maar de termijn van één jaar sinds het ontdekken van het feit dat hij de vader van het kind is op dat ogenblik nog niet verstreken was (of misschien nog niet eens was beginnen lopen), dan zou op basis van de algemene regels van het overgangsrecht gelden dat de genetische vader hoe dan ook over een termijn van één jaar beschikt om zijn betwistingsvordering in te stellen van zodra hij er weet van heeft dat hij de genetische vader van het kind is. Evenwel dient hij in alle hypotheses minstens over een termijn van één jaar te beschikken vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe wet.

Er anders over oordelen zou overigens tot het absurde resultaat leiden dat m.b.t. een kind geboren niet meer dan één jaar vóór de inwerkingtreding van de wet waarvan hij onmiddellijk wist dat hij er de genetische vader van was, de genetische vader over een korter betwistingsrecht zou beschikken dan m.b.t. een kind geboren meer dan één jaar vóór de inwerkingtreding, hetgeen zeker niet de bedoeling van de wetgever geweest kan zijn.

124. Voorbeelden

1°) Het kind wordt geboren vanaf 1 juli 2007: uiteraard kan de genetische vader het vaderschap van de echtgenoot betwisten, dit binnen een jaar na de ontdekking van zijn vaderschap, en steeds minimaal één jaar vanaf de geboorte.

2°) Het kind werd geboren op 5 juli 2000, en de genetische vader was *onmiddellijk* op de hoogte én van de geboorte én van zijn genetisch vaderschap. Dank zij de overgangsbepaling van artikel 25, § 1 van de wet van 1 juli 2006 beschikt de genetische vader over een vorderingsrecht tot 1 juli 2008, ook al is het vorderingsrecht van de moeder [en mogelijks ook dat van de echtgenoot zelf] reeds lang verstreken, en ook al wist hij reeds zeven jaar dat hij de genetische vader van dit kind was.

3°) Het kind wordt geboren op 5 juli 2006, en de genetische vader was *onmiddellijk* op de hoogte én van de geboorte én van zijn genetisch vaderschap. De genetische vader beschikt op basis van de nieuwe wet over een vorderingsrecht van één jaar te rekenen vanaf de ontdekking van zijn genetisch vaderschap, hier zou dat dus tot uiterlijk 5 juli 2007 zijn. Evenwel vereist de logica en de billijkheid dat ook hier de overgangsbepaling van artikel 25, § 1 van de wet van 1 juli 2006 van toepassing is en dat de genetische vader zijn vordering kan inleiden uiterlijk op 1 juli 2008;

4°) Het kind werd geboren op 5 juli 2000, en de genetische vader komt slechts op de hoogte van zijn genetisch vaderschap over dat kind op 1 september 2007. Gelet op de onmiddellijke werking van de nieuwe wet die ook de rechtsgevolgen bestrijkt van onder de oude wet ontstane rechtstoestanden, beschikt de genetische vader overeenkomstig artikel 318, § 2, 1ste lid B.W. over een termijn van één jaar, dus tot 1 september 2008 [en niet slechts tot 1 juli 2008!], om zijn vordering in te stellen. De overgangsbepaling van artikel 25, § 1 van de wet van 1 juli 2006 bevat enkel een afwijking op artikel 318, § 2, 1ste lid B.W. *ten gunste van* de genetische vader die nu voor het eerst een vorderingsrecht krijgt, maar zeker geen beperking van zijn thans verworven recht.

6. Het vorderingsrecht van het kind zelf

a. De wijziging door de wet van 1 juli 2006

125. In het oude afstammingsrecht diende het kind zijn vordering tot betwisting van het vaderschap in te stellen "*uiterlijk 4 jaar, nadat het de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt*" (art. 332, 5de lid B.W.).

In de rechtspraak en de rechtsleer bestond er onenigheid over de vraag of de vordering van het kind tot het betwisten van het vaderschap van de echtgenoot ook eerder, dit is tijdens zijn minderjarigheid, kon worden ingesteld namens het kind door diens wettelijk vertegenwoordiger.

De meerderheidsstelling in rechtspraak en rechtsleer oordeelde, in het bijzonder op basis van de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 31 maart 1987, dat de vordering van het kind slechts kon worden ingesteld nadat het de leeftijd van 18 jaar had bereikt, en dus niet kon worden ingesteld vóór zijn 18de verjaardag door zijn wettelijke vertegenwoordiger.[119] Er werd door deze strekking geoordeeld dat er anders over beslissen, zou meebrengen dat de moeder het verval van haar eigen vorderingsrecht zou kunnen omzeilen door de vordering namens haar minderjarig kind in te stellen, hetgeen onaanvaardbaar werd geacht.

Een minderheid in de rechtspraak en de rechtsleer[120] oordeelde daarentegen op grond van een – al te – letterlijke lezing van de wettekst[121] dat de vordering ook vóór de meerderjarigheid namens het kind kon worden ingesteld.

---

119 P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 124; J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, nr. 142, p. 118; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. Dr. Louv.* 1987, p. 252, nr. 74; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 890; Brussel 14 september 2000, *A.J.T.* 2000-01, 601 en *T.B.B.R.* 2001, 529, afkeurende noot E. VIEUJEAN; Luik 31 januari 2006, *J.T.* 2007, 192.

120 Rb. Nijvel 1 december 1998, *T.B.B.R.* 2000, 104, hervormd door Brussel 14 september 2000; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann.dr.Liège* 1987, 129, nr. 39.

121 "*Quand on dit 'au plus tard', c'est clair : cela signifie que l'on peut aussi le faire plus tôt*" (E. VIEUJEAN, *l.c.*).

126. In de tekst zoals oorspronkelijk goedgekeurd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd er bepaald dat het kind voortaan zijn vordering zou kunnen instellen "*ten laatste op de dag waarop het [kind] de leeftijd van tweeëntwintig jaar heeft bereikt*".[122]

Deze tekst was er gekomen ingevolge een amendement dat beoogde de vervaltermijn in hoofde van het kind uit het oude afstammingsrecht te "verduidelijken" ('*clarifier*').[123] In de toelichting bij het amendement wordt er verwezen naar de bestaande controverse in de rechtsleer en de rechtspraak aangaande de mogelijkheid voor een der ouders om de betwistingsvordering namens het kind in te stellen vóór zijn 18de verjaardag. Er wordt beweerd dat ter wille van de duidelijkheid voorgesteld wordt de bewoordingen in de tekst zo te wijzigen dat gepreciseerd zou worden dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van het kind kan worden ingesteld door een van zijn ouders vóór zijn 18de verjaardag, en door het kind zelf tussen zijn 18de en 22ste verjaardag.[124] Dat stond evenwel geenszins zo in de door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurde wettekst.

Bovendien was dergelijke innovatie *onaanvaardbaar* omdat ze aldus de vader of de moeder zou hebben toegelaten om het verval dat hij/zij heeft opgelopen met betrekking tot zijn eigen rechtsvordering, gewoon te omzeilen door de rechtsvordering in te leiden namens het kind. Het kon toch niet de bedoeling zijn dergelijke omzeiling een wettelijke grondslag te geven, anders wordt het opleggen van een strikte vervaltermijn in hoofde van de moeder (en van de vader) zinloos.[125]

127. Daardoor werden in de Senaat meerdere amendementen ingediend om dit euvel te verhelpen, en werd over deze problematiek uitvoerig van gedachten gewisseld. De verdeeldheid was ook in de senaatscommissie voor de justitie groot.[126]

---

122 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/033, tekst aan genomen door de commissie voor de justitie, artikel 330, § 1, 4de lid B.W.

123 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/029, Amendement nr. 134 (Déom c.s.) – aangenomen.

124 *Ibid.*, Verantwoording, 7.

125 Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, Amendement nr. 37 (H. Vandenberghe), Verantwoording, 9.

126 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 44-46 en 52-53.

In een eerste amendement werd voorgesteld te bepalen dat de vordering van het kind zou moeten worden ingesteld door het kind zelf "ten vroegste op het tijdstip waarop het de leeftijd van 18 jaar bereikt (…) en ten laatste op de dag waarop het de leeftijd van 22 jaar bereikt".[127] De bedoeling van dit amendement was te voorkomen dat de ouders de vordering namens het kind instellen tegen zijn wil in.[128] Aldus wilde het amendement het meerderheidsstandpunt in rechtspraak en rechtsleer in een uitdrukkelijke wettekst verankeren. Dit amendement werd – met een kleine meerderheid – verworpen.[129]

In een tweede amendement werd voorgesteld te bepalen dat het kind zijn vordering kan inleiden "*ten vroegste als hij de volle leeftijd van 15 jaar heeft bereikt en uiterlijk vóór hij de volle leeftijd van 22 jaar heeft bereikt*".[130] Dit amendement beoogde enerzijds het optreden van de vader of de moeder namens het kind uitdrukkelijk uit te sluiten, maar anderzijds het kind zelf procesbekwaamheid te verlenen om reeds tijdens zijn minderjarigheid de vordering in te stellen van zodra het de leeftijd van 15 jaar heeft bereikt.[131] Dit amendement verviel ingevolge het aannemen van een ander amendement.[132]

In een derde (sub)amendement werd voorgesteld te bepalen dat de vordering van het kind moet worden ingesteld "*ten vroegste als hij de volle leeftijd van 12 jaar heeft bereikt en uiterlijk vóór hij de volle leeftijd van 22 jaar heeft bereikt*".[133] De initiatiefnemers stelden dat aangezien het kind vanaf 12 jaar gehoord kan worden en andere vorderingen kan instellen, het raadzaam leek de leeftijd van 12 jaar i.p.v. 15 jaar in aanmerking te nemen. Hoewel dit voorstel werd geformuleerd als een subamendement op het vorige amendement, was de strekking ervan helemaal anders, aangezien in de verantwoording gesteld wordt dat het duidelijk is dat het minderjarige kind niet zelf kan optreden maar wél een voogd *ad*

127 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, Amendement nr. 5 (Nyssens).
128 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 44.
129 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 60: met 6 tegen 4 stemmen en 1 onthouding.
130 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, Amendement nr. 37 (H. Vandenberghe).
131 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 45-46 en 52.
132 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 60.
133 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, Amendement nr. 46 (subamendement op nr. 37) (de T'Serclaes, Willems en Laloy).

hoc.[134] Via een globaal amendement aangaande de betwisting van het vaderschap dat uiteindelijk werd aangenomen[135], is dit voorstel ook de definitieve wettekst geworden.[136]

128. Het kind beschikt thans dus over een termijn van *tien jaar* die ingaat op zijn twaalfde verjaardag en afloopt op zijn tweeëntwintigste verjaardag.

129. Uit de voorbereidende werkzaamheden in de Senaat volgt dus ontegensprekelijk dat tijdens de minderjarigheid van het kind, noch de vader noch de moeder de vordering namens het kind kunnen instellen.[137] De wetgever heeft dus uiteindelijk gekozen voor de oplossing van het gezond verstand dat zegt dat een ouder die zijn eigen vorderingsrecht heeft laten voorbijgaan niet vermag de wet te omzeilen door na het opgelopen verval de vordering toch nog in te stellen namens zijn minderjarig kind.

Van de andere kant volgt uit de verantwoording van het amendement waarbij voorgesteld werd het vorderingsrecht van het kind te laten ingaan op zijn twaalfde verjaardag, duidelijk dat beoogd werd aan het minderjarige kind op dit vlak *geen procesbekwaamheid* te verlenen, maar dat ervan uitgegaan werd dat tijdens zijn minderjarigheid de vordering moet worden ingesteld door "de voogd *ad hoc*". De wetgever heeft hierbij kennelijk niet stilgestaan bij de vraag wie dan wel de aanstelling van een voogd *ad hoc* voor het kind tussen 12 en 18 jaar moet uitlokken.

130. Deze situatie is vanzelfsprekend totaal verschillend van die waarin een vader of een moeder een afstammingsvordering wenst in te stellen *tegen* zijn minderjarig kind en voorafgaandelijk, in geval van belangentegenstelling tussen de andere ouder en het kind, daartoe de aanstelling van een voogd *ad hoc* uitlokt. Hier is het minderjarige kind daarentegen *eiser* in de procedure tot vaderschapsbetwisting, hetgeen betekent

134 *Ibid.*, Verantwoording, 5.

135 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 59.

136 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/6, Amendement nr. 50 (de T'Serclaes), voorgesteld art. 318, § 1, 3de lid B.W.; ingevolge de nadien in de Kamer doorgevoerde vernummering van dat artikel staat de tekst thans in art. 318, § 2, eerste lid B.W. – zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, Tweede verslag namens de commissie voor de justitie, 8.

137 Zie o.m. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 45 (minister van justitie).

dat het zelf het initiatief daartoe neemt. Aangezien de vader en de moeder niet het recht hebben om de vordering in te stellen, kunnen zij evenmin het recht hebben om de aanstelling van een voogd *ad hoc* uit te lokken. Men mag bovendien niet uit het oog verliezen dat de vordering tot betwisting van het vaderschap namens het kind moet worden ingesteld *tegen* de wettelijke vader en tegen de moeder (art. 332*bis* B.W.), zodat niet valt in te zien hoe laatstgenoemden het initiatief zouden kunnen nemen voor de aanstelling van een voogd *ad hoc* teneinde een vordering tegen zichzelf te doen inleiden.

De uitweg voor deze problematiek is de volgende. Nu de wetgever aan het kind vanaf 12 jaar een vorderingsrecht heeft toegekend, moet er worden van uitgegaan dat het kind zelf kan en moet optreden om de aanstelling van een voogd *ad hoc* uit te lokken bij de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zoniet zou deze wetgevende innovatie dode letter zijn, hetgeen evenmin aanvaard kan worden. Het richten van een verzoek om erin te voorzien dat een voogd *ad hoc* de vordering kan instellen, kan beschouwd worden als een louter bewarende maatregel die de minderjarige ondanks zijn procesonbekwaamheid moet kunnen stellen, ook zonder uitdrukkelijke wettekst. In voorkomend geval kan ook het Openbaar Ministerie (daartoe aangezocht door het kind zelf) het verzoek tot aanstelling van de voogd *ad hoc* indienen (art. 331*sexies in fine* B.W.).

131. Ingeval het kind onder voogdij staat doordat zijn moeder en juridische vader overleden zijn of in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om hun ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 389 B.W.), kan de voogd wél als wettelijk vertegenwoordiger van het kind de betwistingsvordering inleiden en hoeft er dus geen voogd *ad hoc* te worden aangesteld. Artikel 331*sexies* B.W. bepaalt immers uitdrukkelijk dat de niet-ontvoogde minderjarigen in gedingen betreffende hun afstamming ook als eiser vertegenwoordigd worden door hun wettelijk vertegenwoordiger, en daar valt de voogd eveneens onder[138]; tussen de voogd en zijn pupil bestaat er in deze materie geen principiële tegenstrijdigheid van belangen.

[138] Vgl. voor de voogd van een gerechtelijk onbekwaamverklaarde: G. VERSCHELDEN, *o.c.*, nr. 560.

b. De bijkomende wijziging door de programmawet van 27 december 2006

132. Door de programmawet van 27 december 2006 werd bovendien een bijkomende wijziging aangebracht aan de termijn waarbinnen het kind zijn vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot dient in te leiden.

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat door de wet van 1 juli 2006 het vertrekpunt van de termijn tot vaderschapsbetwisting telkens kan worden uitgesteld, aangezien de in aanmerking te nemen datum die is van de kennisneming van het onjuiste karakter van de bestaande afstammingsband. Alleen de termijn voor het vorderingsrecht van het kind zou deze mogelijkheid niet genieten, reden waarom een aanpassing ervan werd voorgesteld, nu deze beperking als discriminerend zou kunnen worden bestempeld.[139]

133. Op basis van de door de wet van 27 december 2006 (art. 368, 3°) gewijzigde tekst van artikel 318, § 2, 1ste lid B.W. moet de vordering van het kind worden ingesteld "*op zijn vroegst op de dag waarop het de leeftijd van 12 jaar heeft bereikt en uiterlijk op de dag waarop het de leeftijd van 22 jaar heeft bereikt of binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de echtgenoot zijn vader niet is*"

134. *Toepassingen.*

1°) Ingeval het kind ontdekt heeft dat zijn juridische vader niet zijn genetische vader is vóór hij de leeftijd van 21 jaar heeft bereikt (bv. tijdens zijn minderjarigheid), dan heeft dit geen weerslag op het verval van de termijn in zijn hoofde: hij kan immers sowieso optreden tot zijn 22ste verjaardag.

2°) Ingeval het kind dit ontdekt tussen zijn 21ste en uiterlijk op zijn 22ste verjaardag, wordt de lopende termijn verlengd tot één jaar na deze ontdekking. Bv. hij ontdekt dit op een ogenblik dat hij 21 jaar,

139 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/001, Wetsontwerp, voorgesteld art. 474; Memorie van toelichting, 239; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 3-4 (minister van Justitie).

11 maanden en 3 dagen is: hij kan de vordering instellen totdat hij 22 jaar, 11 maanden en 3 dagen is.

3°) Ingeval het kind dit ontdekt (lang) nadat het de leeftijd van 22 jaar heeft bereikt, dan was zijn vorderingsrecht oorspronkelijk al vervallen, maar dan begint er voor hem op het ogenblik van die ontdekking een nieuwe vervaltermijn te lopen van één jaar. Bv. hij ontdekt dit op het ogenblik dat hij reeds 45 jaar is (en er is geen bezit van staat): hij kan de vordering instellen binnen het jaar (tot hij 46 jaar is).

135. Vanzelfsprekend speelt ook voor het kind de algemene grond van uitsluiting van de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot ingeval er overeenstemmend bezit van staat voorhanden is (art. 318, § 1 *in initio* B.W.) (zie nrs. 135-137).

c. Overgangsrecht

136. In tegenstelling tot wat het geval is voor de wijzigingen aangaande het vorderingsrecht voor de echtgenoot en aangaande het vorderingsrecht voor de werkelijke vader, werd er voor de wijzigingen aangaande het vorderingsrecht voor het kind niet in een bijzondere overgangsbepaling voorzien.

137. Het optreden door de voogd of door een voogd *ad hoc* voor het minderjarige kind tussen 12 en 18 jaar kan op basis van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet vanaf de inwerkingtreding worden toegepast voor degenen die onder de oude wet geboren werden en in die leeftijdscategorie verkeren.

138. De vraag rijst of een kind wiens vorderingsrecht reeds vervallen was onder het oude recht doordat het reeds 22 jaar was bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet (oud art. 332, 5de lid B.W.), sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet over een nieuw vorderingsrecht beschikt op basis van het gewijzigde en voor hem gunstiger vertrekpunt van de termijn, namelijk indien het slechts later ontdekt heeft dat zijn juridische vader niet zijn genetische vader is.

139. Afstammingsrelaties die definitief gevestigd waren onder gelding van het oude afstammingsrecht, blijven onaanvechtbaar onder de

nieuwe wet, ook al stelt de nieuwe wet bijkomende mogelijkheden tot betwisting ervan ter beschikking, tenzij een overgangsrechtelijke bepaling uitdrukkelijk anders bepaalt. Er anders over oordelen zou neerkomen op het toekennen van een – verboden (art. 2 B.W.) – retroactieve werking aan de nieuwe wet.

Deze basisregel werd bevestigd in de overgangsbepalingen van de Afstammingswet van 31 maart 1987, waarvan artikel 119, § 6 bepaalde: "*Indien de termijn die vroeger gold voor een rechtsvordering, bij de inwerkingtreding van deze wet verstreken is, blijft het vorderingsrecht vervallen, zelfs ingeval artikel 331ter of artikel 332, vierde lid B.W. een langere termijn stelt*".[140] Ook al bevat het overgangsrecht van de Afstammingswet van 1 juli 2006 geen gelijkaardige bepaling, het principe geldt ook hier, en dit ook al voorziet de wet van 27 december 2006 strikt genomen niet in een 'langere' termijn maar in een bijkomend(e) (vertrekpunt voor een) termijn.

140. De overgangsbepalingen van de Afstammingswet van 31 maart 1987 bevatten een artikel dat stelde: "*Deze wet is van toepassing op de kinderen geboren vóór haar inwerkingtreding en die nog in leven zijn op dat ogenblik, zonder dat daaruit evenwel enig recht in de voordien opengevallen erfenissen kan volgen.*" (art. 107, 1ste lid, wet van 31 maart 1987). Op basis van deze algemene overgangsbepaling werd voorgehouden dat een kind dat geboren werd vóór de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987 toch een – voor hem door die wet gecreëerde – rechtsvordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kon instellen, uiteraard slechts voor zover het bij die inwerkingtreding nog niet de leeftijd van 22 jaar bereikt had. [141] De Afstammingswet van 1 juli 2006 bevat evenwel geen gelijkaardige algemene bepaling van overgangsrecht, die een afwijking op het genoemde algemeen principe van overgangsrecht inhoudt.

141. In tegenstelling tot hetgeen het geval is m.b.t. de termijn die geldt voor de genetische vader van het kind, die op basis van de retroactieve

---

140 Voor de toepassing daarvan op het vorderingsrecht van de echtgenoot, zie J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 477, p. 335.

141 J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 480; G. VERSCHELDEN, *Afstamming,* in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 906 en 946.

bepaling van artikel 25, § 1 van de wet van 1 juli 2006 nog in rechte kan optreden, ook al ontdekte hij meer dan een jaar vóór de inwerkingtreding van de wet de geboorte (zie boven, nr. 122), bevat de wet van 1 juli 2006 evenmin een specifieke overgangsbepaling voor het vorderingsrecht van het kind.

142. De conclusie van al hetgeen voorafgaat is dan ook dat een kind dat op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet van 1 juli 2006 – dit is op 1 juli 2007 – de leeftijd van 22 jaar reeds bereikt had, *geen* vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot meer kan instellen:

- niet alleen in het geval het kind bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet reeds meer dan één jaar kennis droeg van het niet-vaderschap van zijn juridische vader,
- maar ook in het geval het kind bij de inwerkingtreding minder dan een jaar daarvan kennis droeg,
- en ten slotte ook in het geval het bij de inwerkingtreding daar nog geen kennis van droeg, maar dit pas later zal vernemen.

Indien daarentegen het kind op het ogenblik van de inwerkingtreding (op 1 juli 2007) nog geen 22 jaar was (dus geboren is na 30 juni 1985), en zijn vorderingsrecht derhalve nog niet vervallen was, dan kan de nieuwe gunstiger regeling wat het vertrekpunt van de termijn betreft voor dit kind een mogelijkheid bieden, indien het hetzij bij de inwerkingtreding nog geen jaar kennis droeg van het niet-vaderschap van zijn juridische vader, hetzij daar maar na de inwerkingtreding kennis van krijgt. Het bijkomende vertrekpunt van de vervaltermijn kan dus geen soelaas bieden voor de kinderen die geboren werden vóór 1 juli 1985.

143. Voorbeelden

1°) Het kind (° 1 juli 1990) is bij de inwerkingtreding van de wet van 1 juli 2006 17 jaar. Op een ogenblik dat het kind 16 jaar was, vernam het dat zijn juridische vader niet zijn genetische vader was. Zijn vorderingsrecht was nog niet vervallen bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Het kind kan thans de aanstelling van een voogd *ad hoc* uitlokken teneinde de vordering in te stellen nog tijdens zijn minderjarigheid, of wachten tot het 18 jaar wordt en dan de vordering zelf instellen.

2°) Het kind is bij de inwerkingtreding 21 jaar, 11 maanden en 3 dagen. Op een ogenblik dat het 21 jaar en 6 maanden was, vernam het dat zijn juridische vader niet zijn genetische vader was. Zijn vorderingsrecht was nog niet verval-

len bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet (nog geen 22 jaar), maar het beschikte op basis van de oude wet nog maar over een termijn van minder dan één maand. Het beschikt thans over een bijkomende termijn van één jaar vanaf deze ontdekking, en moet zijn vordering dus uiterlijk instellen als het 22 jaar en 6 maanden zal zijn.

3°) Het kind is bij de inwerkingtreding 23 jaar of ouder. Op een ogenblik dat het kind 16 jaar was, vernam het dat zijn juridische vader niet zijn genetische vader was. Zijn vorderingsrecht was vervallen bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet (reeds 22 jaar) en blijft vervallen.

4°) Het kind is bij de inwerkingtreding 23 jaar. Op een ogenblik dat het 24 jaar is (dus na de inwerkingtreding), verneemt het dat zijn juridische vader niet zijn genetische vader is. Zijn vorderingsrecht was vervallen bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet (reeds 22 jaar), en blijft vervallen.

7. Het vorderingsrecht van de verwanten in de rechte lijn van de echtgenoot

144. Het subsidiaire vorderingsrecht, na overlijden van de echtgenoot, van zijn bloedverwanten in opgaande en nederdalende lijn (oud art. 332, 2de lid B.W.) werd ongewijzigd behouden (thans art. 318, § 2, 2de lid B.W.):

– binnen het jaar na zijn overlijden indien de echtgenoot overleden is *na* de geboorte;
– binnen het jaar na de geboorte indien de echtgenoot overleden is *tijdens* de zwangerschap (art. 318, § 2, 2de lid B.W.).[142]

Hierbij valt op dat noch de kennisname door de bloedverwanten van de geboorte, noch de kennisname van het feit dat wijst op het niet-vaderschap van de echtgenoot voor hen relevant is voor het doen starten van hun termijn. De wetgever heeft nagelaten om voor deze subsidiaire titularissen een gelijkaardige wijziging door te voeren als voor de eigenlijke titularis.

145. Doordat het vertrekpunt van de termijn voor de echtgenoot zelf thans in sommige situaties uitgesteld is (zie boven, nrs. 103-106), zullen onrechtstreeks de bloedverwanten in de rechte lijn thans wel een subsidiair vorderingsrecht kunnen uitoefenen in situaties waar ze dat onder het oude recht niet konden.

---

142 Zie daarover P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nrs. 118-120.

8. Het vorderingsrecht van de vorige echtgenoot

146. Het vorderingsrecht van de eerste echtgenoot van de moeder in het specifieke geval dat het kind geboren wordt niet meer dan 300 dagen na de ontbinding (of nietigverklaring) van het vorige huwelijk van zijn moeder en na de sluiting van een volgend huwelijk door zijn moeder (zie het ongewijzigde art. 317 B.W.), werd door de wet van 1 juli 2006 behouden.[143] Het nieuwe artikel 318, § 2, 3de lid B.W. neemt gewoon de bepaling van het oude artikel 332, 3de lid B.W. over.

De wetgever van 1 juli 2006 heeft evenwel nagelaten te bepalen binnen welke termijn de vorige echtgenoot zijn vordering moet instellen. Het oude artikel 332, 4de lid B.W. bepaalde dat de vorige echtgenoot, net zoals de echtgenoot zelf, zijn vordering diende in te stellen "*binnen een jaar na de geboorte of na de ontdekking daarvan*". In het nieuwe artikel 318, § 2 B.W. wordt wel de termijn geregeld voor het vorderingsrecht van de moeder, de echtgenoot, de man die het vaderschap opeist, en het kind, maar de wetgever is vergeten de termijn te bepalen waarin de vorige echtgenoot moet optreden.

§ 2. GRONDEN VAN NIET-ONTVANKELIJKHEID VAN DE VORDERING

A. Het bezit van staat

147. Onder het oude afstammingsrecht vormde het bezit van staat t.a.v. de echtgenoot bij de vaderschapsbetwisting op tegenbewijs *geen* algemene grond van ontoelaatbaarheid van de vordering.[144] Enkel bij de vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering was dit het geval (oud art. 318, § 3, 1ste lid *in initio* B.W.).

148. In het nieuwe afstammingsrecht heeft de wetgever van het deugdelijke bezit van staat van kind ten aanzien van de echtgenoot een alge-

143 Zie daarover P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nrs. 63-67.

144 P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 112; vgl. impliciet: G. VERSCHELDEN, *o.c.*, nr. 869.

mene grond van ontoelaatbaarheid gemaakt die geldt zowel in het gewone geval van de vaderschapsbetwisting op tegenbewijs als in het uitzonderlijke geval van de vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering (art. 318, § 1 *in initio* B.W.). Dit zal in veel gevallen verhinderen dat een vordering tot betwisting van het vaderschap ingesteld op basis van de verruimde mogelijkheden die de nieuwe wet biedt, succesvol zal zijn eens het kind een zekere leeftijd heeft bereikt zonder dat iemand in rechte is opgetreden. Dit tempert ook in aanzienlijke mate het radicale karakter van de hervorming, die in de praktijk in veel gevallen dode letter zal blijven.

149. Aldus wint de notie '*bezit van staat*' nog aan belang in het nieuwe afstammingsrecht. Aangaande de invulling van deze notie heeft de wet van 1 juli 2006 geen wijzigingen aangebracht.[145] Sommigen betreuren dat de wetgever deze notie, die in de praktijk aanleiding geeft tot een aantal betwistingen, verder aanwendt in het afstammingsrecht.[146]

B. Geen instemming tot een daad die de voortplanting tot doel had

150. Zoals in het oude recht (oud art. 318, § 4 B.W.) is ook onder het nieuwe recht de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet ontvankelijk als de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn (nieuw art. 318, § 4 B.W.).[147] Zie hierover nrs. 543-549.

---

145 Zie hierover o.m. P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht,* Leuven, Acco, 1993, nrs. 125-155.

146 N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (ed.), *Droit des Familles*, Commission Université-Palais – Université de Liège, Luik, Anthemis, 2007, nrs. 10-11, p. 55-58.

147 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/009, amendement nr. 29 (Van der Auwera), ingetrokken en overgenomen in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/018, amendement nr. 76 (Van der Auwera) en in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 112 (Déom c.s.), geamendeerd aangenomen.

151. Hoewel de formulering van deze grond van ontoelaatbaarheid exact dezelfde is gebleven, is de weerslag ervan natuurlijk uitgebreider onder de nieuwe regeling van de vaderschapsbetwisting.

152. Het gaat, zoals onder het oude recht, om een *algemene* grond van ontoelaatbaarheid, die kan worden ingeroepen tegen *elke* titularis van de vordering tot vaderschapsbetwisting.[148] Dus:
- niet alleen tegen de echtgenoot die heeft ingestemd;
- eveneens tegen de moeder en tegen het aldus verwekte kind;
- maar thans ook tegen de persoon die het vaderschap van het kind opeist.

153. Voorbeeld.

De echtgenoot is onvruchtbaar, hij gaat ermee akkoord dat zijn echtgenote geslachtsbetrekkingen onderhoudt met een gemeenschappelijk vriend of met een familielid (broer, neef,..) waarbij beoogd wordt de verwekking van een kind bij zijn vrouw te verwezenlijken; het kind spruit inderdaad voort uit deze overspelige geslachtsbetrekkingen. Het resultaat zal zijn dat *niemand* het vaderschap van de echtgenoot zal kunnen betwisten, ook niet de genetische vader, ongeacht of hij al dan niet ervan op de hoogte was dat de vrouw aldus beoogde van hem zwanger te worden.

Men kan zich hierbij de vraag stellen of dit wel het resultaat is van wat de wetgever beoogd heeft.

§ 3. ORGANISATIE VAN DE BETWISTING

154. Zoals onder het oude afstammingsrecht bestaan er twee vormen van betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

A. Vaderschapsbetwisting op tegenbewijs

155. De algemene regel is dat om succesvol te zijn, de eiser in vaderschapsbetwisting m.b.t. het vaderschap van de echtgenoot het tegenbewijs dient te leveren. Er is wel een verschil in formulering van de regel. In het oude artikel 318, § 1 B.W. werd er bepaald dat de vordering gegrond was "indien wordt aangetoond dat hij niet de vader *kan zijn* van

[148] Zie hierover P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht,* Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nrs. 78-81.

het kind". In de nieuwe wet heet het dat het vaderschap van de echtgenoot tenietgedaan wordt "indien is bewezen dat de betrokkene niet de vader *is*" (nieuw art. 318, § 3, 1ste lid B.W.).

Nochtans heeft dit verschil in formulering geen praktische gevolgen, nu dit op hetzelfde neerkomt.

B. Vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering

156. Hoewel de meeste categorieën kinderen t.a.v. wie in het oude afstammingsrecht een vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering mogelijk was (oud art. 318, § 3, 1ste lid B.W.), thans niet eens meer onder de vaderschapsregel vallen (zie boven, nrs. 29-40), heeft de wetgever toch de bijzondere vorm van vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering behouden.

157. Voor twee categorieën kinderen t.a.v. wie reeds onder het oude afstammingsrecht de vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering mogelijk was en die niet uitgesloten werden van het toepassingsgebied van de vaderschapsregel, werd deze bijzondere vorm van vaderschapsbetwisting behouden (nieuw art. 318, § 3, 2de lid, 2° en 3° B.W.):

1° wanneer de afstamming van moederszijde door erkenning of bij rechterlijke beslissing is vastgesteld (= oud art. 318, § 3, 1ste lid, 4° B.W.) (zie nr. 196);

2° wanneer de vordering werd ingesteld vooraleer de afstamming van moederszijde is komen vast te staan (= oud art. 318, § 3, 1ste lid, 5° B.W.).

158. Vreemd genoeg heeft de wetgever de vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering ook mogelijk gemaakt "*in de gevallen bedoeld in artikel 316bis* " B.W. (nieuw art. 318, § 3, 2de lid, 1° B.W.). Dit is natuurlijk een absurditeit. Indien het vaderschap van de echtgenoot t.a.v. deze categorieën kinderen *ab initio* uitgesloten is op basis van de wet, kan er hoegenaamd geen sprake zijn van vaderschapsbetwisting, met of zonder bewijsvoering.

Ter verantwoording van het regeringsamendement waarin deze hypothese vooropgesteld werd, verklaarde de minister van justitie dat deze

hypothese behouden diende te worden omdat, ingeval de vaderschapsregel overeenkomstig het nieuwe artikel 316*bis* B.W. niet van toepassing is, de ambtenaar van de burgerlijke stand zich nochtans kan vergissen hetzij in de berekening van de termijn van 300 dagen hetzij doordat hij slecht geïnformeerd werd aangaande de juiste situatie van de moeder en haar echtgenoot. Voor zo'n geval zou de vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering dan de rechtbank moeten toelaten de mogelijke vergissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand recht te zetten.[149]

Deze verklaring van de minister van justitie kan evenwel onmogelijk het voorhanden zijn van een vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering in deze gevallen verantwoorden.[150] Ingeval er bij het opstellen van de geboorteakte een vergissing gebeurd is, kan deze enkel rechtgezet worden door het instellen van een vordering tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand overeenkomstig artikelen 1383-1385 Ger.W., eventueel op initiatief van het O.M. (zie boven, nr. 46), en geenszins door het instellen van een vordering tot betwisting van het vaderschap. Overigens wordt het vaderschap van de echtgenoot – anders dan het moederschap (art. 312, § 1 B.W.) – niet vastgesteld op grond van de vermelding van de naam van de (ex-)echtgenoot van de moeder in de geboorteakte, maar enkel uit kracht van de wet (art. 315, 316, 316*bis* en 317 B.W.). Als de ambtenaar van de burgerlijke stand in strijd met de wet in een geval bepaald in artikel 316*bis* B.W. toch de naam van de echtgenoot in de geboorteakte vermeldt als vader van het kind, dan neemt dit niet weg dat het vaderschap van de echtgenoot wettelijk geenszins vaststaat, nu de rechtsgrond daartoe alsdan niet voorhanden is. Alleen moet de akte van de burgerlijke stand (als *instrumentum*) nadien aangepast worden aan de juridische werkelijkheid.

De situatie is overigens exact dezelfde als ingeval de ambtenaar van de burgerlijke stand per vergissing in de geboorteakte de naam van de ex-echtgenoot van de moeder als vader vermeldt, maar het kind geboren werd meer dan 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk, in welk

149 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 48 (verklaring van de minister van Justitie).

150 *Contra*: N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (ed.), *Droit des Familles*, Commission Université-Palais – Université de Liège, Luik, Anthemis, 2007, nr. 25, p. 73; M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev.not.b.* 2007, (114), nr. 26, p. 132.

geval er vanzelfsprekend evenmin sprake kan zijn van een vordering tot vaderschapsbetwisting.

159. Ingeval in een situatie beoogd in artikel 316*bis* B.W. de echtgenoten bij een *gemeenschappelijke verklaring* voor de ambtenaar van de burgerlijke stand ervoor geopteerd hebben terug onder de vaderschapsregel te vallen (art. 316*bis in initio* B.W.), dan kunnen zij uiteraard geen gebruik maken van de vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering om alsnog het vaderschap van de echtgenoot uit te schakelen. Zij kunnen in dat uitzonderlijke geval het vaderschap van de echtgenoot slechts betwisten op tegenbewijs.

§ 4. MOGELIJKHEID VAN IN RECHTE OPTREDEN DOOR DE GENETISCHE VADER VÓÓR DE GEBOORTE

A. Situering

160. Als algemene regel geldt, overeenkomstig het ongewijzigd gebleven artikel 331*bis* B.W., dat een rechtsvordering m.b.t. de afstamming niet ontvankelijk is indien het kind niet levensvatbaar geboren is. Door de programmawet van 27 december 2006 (art. 369) werd evenwel een principieel zeer belangrijke wijziging aangebracht aangaande de mogelijkheid om een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot reeds in te leiden vóór de geboorte van het kind.

B. Het instellen van een vordering tot betwisting vóór de geboorte

161. Voor een overzichtelijkheid van de problematiek wordt eerst een overzicht gegeven van de situatie onder de wet van 31 maart 1987 en van die welke ontstaan zou zijn onder de wet van 1 juli 2006 indien ze niet gerepareerd geweest zou zijn door de programmawet van 27 december 2006.

1. De situatie vóór de wet van 1 juli 2006 (oud afstammingsrecht)

162. Artikel 331*bis* B.W. bepaalt: "*Rechtsvorderingen met betrekking tot de afstamming zijn niet ontvankelijk indien het kind niet levensvatbaar geboren is*".

Deze bepaling wordt algemeen zo uitgelegd dat ze enkel slaat op vorderingen tot *vaststelling* (= vestigen) van de afstamming en vorderingen tot *betwisting* (= tenietdoen) van de afstamming.[151]

Deze bepaling sloeg dus meer bepaald op:
- de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot;
- de vordering tot betwisting van de vaderlijke (en de moederlijke) erkenning (de erkenning zelf kan al vóór de geboorte);
- de vordering tot onderzoek naar het moederschap;
- de vordering tot onderzoek naar het vaderschap.

Deze bepaling sloeg niet op:
- het verzoek van de man die een kind wenst te erkennen maar daartoe niet de toestemming krijgt van de moeder en/of het kind (oud art. 319, § 3 B.W.);
- het verzoek tot homologatie van een erkenning verricht door een gehuwd man (oud art. 319*bis* B.W.).[152]

Deze verzoeken betreffen immers geen "rechtsvordering" m.b.t. de afstamming omdat het *voorwerp* van het verzoek niet de vaststelling als zodanig van een afstammingsband betreft, en konden dus reeds tijdens de zwangerschap worden ingediend.

163. Een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kon dus nooit worden ingesteld vooraleer het kind geboren was; het kind moest levend en levensvatbaar geboren zijn.[153]

2. De situatie ingevolge de wet van 1 juli 2006

164. Artikel 331*bis* B.W. blijft door de wet van 1 juli 2006 ongewijzigd. Er wordt dus ook onder het nieuwe afstammingsrecht bepaald dat

---

151 Zie J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139), nrs. 112-114 en 141-143.

152 Art. 319*bis* B.W. werd hervormd door art. 9 van de wet van 1 juli 2006.

153 Zie P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nr. 73, en wat het recht vóór de wet van 31 maart 1987 betreft: P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nrs. 246-251.

rechtsvorderingen met betrekking tot de afstamming niet ontvankelijk zijn indien het kind niet levensvatbaar geboren is.

Er werd evenwel door artikel 14 van de wet van 1 juli 2006 in het B.W. een artikel 328*bis* B.W. ingevoegd, luidende: *"De vordering bedoeld in artikel 329bis, § 2, derde lid [B.W.], kan worden ingesteld voor de geboorte. Indien de moeder gehuwd is, wordt het onderzoek van de zaak uitgesteld tot de geboorte»*.

Artikel 329*bis,* § 2, 3de lid B.W. slaat op de vordering van de man (of uitzonderlijk van de vrouw) die een kind wenst te erkennen maar daartoe niet de vereiste toestemmingen ontvangt van de moeder (resp. van de vader) en/of het kind (zie nrs. 267-307).

Aangezien er thans sprake is van het *dagvaarden* van de weigerende partij, zou er onduidelijkheid hebben kunnen ontstaan of dit dan al dan niet een "*rechtsvordering met betrekking tot de afstamming*" is in de zin van artikel 331*bis* B.W. Het is dus een goede zaak dat de wet van 1 juli 2006 in artikel 328*bis* B.W. bepaalde dat deze vordering wél vóór de geboorte van het kind kan worden ingesteld. Daarmee is deze bepaling dus in overeenstemming met wat in het oude afstammingsrecht algemeen aanvaard werd zonder uitdrukkelijke wettekst (zie boven, nr. 162).

165. De bepaling van artikel 331*bis* B.W. slaat onder het nieuwe afstammingsrecht dus nog steeds meer bepaald op:
- de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot;
- de vordering tot betwisting van de vaderlijke (en moederlijke) erkenning;
- de vordering tot onderzoek naar het moederschap;
- de vordering tot onderzoek naar het vaderschap.

3. De situatie ingevolge de programmawet van 27 december 2006

166. Artikel 331*bis* B.W. blijft nog steeds ongewijzigd bepalen dat rechtsvorderingen met betrekking tot de afstamming niet ontvankelijk zijn indien het kind niet levensvatbaar geboren is.

Het door de wet van 1 juli 2006 nieuw ingevoerde artikel 328*bis* B.W. werd evenwel vervangen door volgende bepaling:

"De vorderingen bedoeld in de artikelen 318 [B.W.] en artikel 329bis [B.W.] kunnen vóór de geboorte ingesteld worden door de man die het vaderschap van het kind opeist." (art. 369 van de programmawet van 27 december 2006).

De situatie ingevolge deze nieuwe wijziging is thans de volgende:
- de vordering van de man (niet langer van de vrouw) die een kind wenst te erkennen maar daartoe niet de vereiste toestemmingen ontvangt van de moeder en/of het kind: wél mogelijk in te stellen vóór de geboorte;
- de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot: wél mogelijk in te stellen vóór de geboorte als die vordering wordt ingesteld door de beweerde genetische vader.

De – nog steeds ongewijzigde – bepaling van artikel 331*bis* B.W. slaat dan nog enkel op:
- de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot indien ingesteld door de moeder en indien ingesteld door de echtgenoot (door het kind kan het slechts vanaf 12 jaar – zie boven, nr. 128);
- de vordering tot betwisting van de vaderlijke (en moederlijke) erkenning, zelfs als de vordering wordt ingesteld door de genetische vader; op dit vlak wordt het parallellisme tussen de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en de betwisting van het vaderschap van de erkenner *niet* doorgetrokken, nu artikel 328*bis* B.W. enkel naar artikel 318 B.W. maar niet naar artikel 330 B.W. aangaande de betwisting van de (vaderlijke) erkenning verwijst;
- de vordering tot onderzoek naar het moederschap;
- de vordering tot onderzoek naar het vaderschap.

Ook de vordering ingesteld door de genetische vader nadat het kind niet levensvatbaar geboren werd, is onontvankelijk.

167. Er wordt aldus door de programmawet van 27 december 2006 op dit vlak een verschillende behandeling ingevoerd tussen van de ene kant de beweerde genetische vader van een kind en van de andere kant de moeder en de echtgenoot.[154] De verantwoording die in de memorie

[154] Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 14 (Nyssens).

van toelichting hiervoor werd gegeven[155], is dat indien de beweerde vader het vaderschap van de echtgenoot betwist, en zijn betwisting succesvol is, zijn vaderschap in de plaats zal komen van het vaderschap van de echtgenoot (nieuw art. 318, § 5 B.W.), hetgeen niet het geval is ingeval de moeder of de echtgenoot dit vaderschap betwisten.

Het is evenwel zeer de vraag of dit verschil in rechtsgevolg wel een zo verregaand verschil kan rechtvaardigen inzake de mogelijkheid om reeds vóór de geboorte de vordering in te stellen.

168. Het argument in de Memorie van toelichting[156] dat de wet van 1 juli 2006 de bestaande mogelijkheid van artikel 320 B.W. om het kind reeds vóór de geboorte te erkennen, heeft afgeschaft, is niet correct. Er moet immers voor ogen gehouden worden dat in de meeste hypotheses waarin het oude artikel 320 B.W. aan de biologische vader toeliet om zijn kind te erkennen met machtiging van de rechtbank (die hij reeds vóór de geboorte kon aanvragen), krachtens de wet van 1 juli 2006 de vaderschapsregel niet eens meer speelt (nieuw art. 316*bis* B.W.), zodat de biologische vader alsdan zijn kind zonder meer kan erkennen (en dus uiteraard reeds vóór de geboorte – art. 328, 2de lid B.W.).

De in de programmawet ingevoerde bepaling is daarentegen *algemeen* (er is een eenvoudige verwijzing naar art. 318 B.W.) en niet beperkt tot een aantal verdachte categorieën kinderen zoals in het door de wet van 1 juli 2006 afgeschafte artikel 320 B.W.

169. Deze innovatie zou tot volgende situatie aanleiding kunnen geven: een gehuwde man en vrouw leven samen, de vrouw heeft een kortstondige buitenhuwelijkse relatie maar breekt die af of haar minnaar breekt die af, ze wordt zwanger [eventueel van haar echtgenoot], haar gewezen minnaar [die veronderstelt dat hij het kind verwekt heeft] zou dan reeds vóór de geboorte, van zodra hij de zwangerschap verneemt, de vordering tot betwisting van het vaderschap kunnen inleiden, terwijl de moeder en de echtgenoot overeenkomstig artikel 331*bis* B.W.

155 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/001, Memorie van toelichting, 239-240; idem *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 14 (minister van justitie).

156 *Ibid.*, 239; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 4 (minister van justitie).

voor het instellen van de vordering moeten wachten tot na de geboorte van het kind.

170. Er moet aangenomen worden dat indien er nog geen uitspraak is en het kind niet levend en levensvatbaar geboren wordt, de door de man die voorhoudt de genetische vader te zijn ingestelde vordering *zonder voorwerp* verklaard moet worden.

171. Bij een vordering tot betwisting van het vaderschap die reeds tijdens de zwangerschap wordt ingesteld rijst bovendien de vraag hoe door de eiser het bewijs kan worden geleverd dat niet de echtgenoot maar hij zelf de genetische vader is van het kind dat nog geboren moet worden.[157]

Volgens de minister van Justitie kan de rechtbank in zo'n geval de behandeling en berechting van de zaak opschorten totdat het kind geboren is en een DNA-onderzoek bevolen kan worden, tenminste indien er tussen partijen betwisting is aangaande het vaderschap.[158] Volgens de minister van justitie zou er zelden een betwisting aangaande de genetische band rijzen ingeval de moeder reeds gescheiden leeft van haar echtgenoot. [159] De beweerde genetische vader kan evenwel ook als de moeder nog samenleeft met haar echtgenoot de vordering tot betwisting van het vaderschap reeds tijdens haar zwangerschap inleiden.

172. Ten slotte is er bij het instellen van een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot vóór de geboorte in bepaalde randgevallen nog een belangrijk *praktisch probleem*: al naargelang de exacte geboortedatum van het kind kan het kind hetzij wél (geboren nog net binnen de 300 dagen na …) hetzij net niet meer (geboren juist meer dan 300 dagen na …) onder de vaderschapsregel vallen (art. 316*bis* B.W.). In zo'n situaties zal het *de facto* moeilijk zijn voor de rechtbank om reeds vóór de geboorte uitspraak te doen over een vordering tot betwisting van een vaderschap dat misschien nooit gevestigd zal worden!

---

157 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 14 (Nyssens).

158 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 14 (minister van justitie).

159 *Ibid.*, 14.

C. Consequenties voor de naam van het kind

173. De mogelijkheid om het vaderschap van de echtgenoot reeds te betwisten vóór de geboorte van het kind kan een belangrijke consequentie hebben voor de familienaam van het kind.[160]

174. Indien de betwistingsvordering gegrond verklaard wordt en het vonnis ook in kracht van gewijsde treedt *vóór* de geboorte, komt de afstamming van vaderszijde nooit vast te staan t.a.v. de echtgenoot, maar staat die onmiddellijk vast t.a.v. de eiser-genetische vader van het kind. In deze hypothese draagt het kind onmiddellijk de naam van deze man overeenkomstig artikel 335, § 1 B.W. (afstamming van vaderszijde en afstamming van moederszijde staan tegelijkertijd vast). De moeder heeft hier dan geen enkele inspraak in de toekenning van vadersnaam aan haar kind.

175. Indien daarentegen het vonnis van betwisting pas in kracht van gewijsde treedt *na* de geboorte (zoals per definitie het geval is als de echtgenoot of de moeder als eiser zijn opgetreden), staat het vaderschap oorspronkelijk nog vast t.a.v. de echtgenoot en draagt het kind bij zijn geboorte eerst nog de naam van de echtgenoot. Na de succesvolle betwisting van het vaderschap van de echtgenoot komt diens vaderschap – en derhalve ook diens familienaam voor het kind – te vervallen en wordt de vaderlijke afstamming automatisch vastgesteld t.a.v. de genetische vader. In dat geval kan het kind de naam van de nieuwe juridische vader evenwel slechts dragen voor zover deze man en de moeder daartoe een gezamenlijk verzoek richten tot de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 335, § 3, 1ste lid B.W.), zoniet blijft het kind de naam van zijn moeder dragen. In dat geval heeft de moeder dus wel inspraak en zelfs een vetorecht tegen de toekenning van vadersnaam aan haar kind.

160 Vgl. *ibid.*, 4.

§ 5. PERSONEN TEGEN WIE DE VORDERING MOET WORDEN INGESTELD

176. Voorheen werd deze kwestie geregeld door artikel 332, 6de lid B.W.[161], maar deze bepaling werd afgeschaft door de wet van 1 juli 2006 (art. 24). In het nieuwe afstammingsrecht wordt deze problematiek geregeld door de algemene bepaling inzake de betwisting van een afstammingsband vervat in artikel 332*bis* B.W. De wetgever is evenwel vergeten de specifieke situatie te regelen van de procespositie van de vorige echtgenoot van de moeder (zie de verwijzing naar de vorige echtgenoot in het oude art. 332, 6de lid B.W.). Artikel 332*quater,* 1ste lid B.W. aangaande de hypothese dat een van de personen die gedagvaard zou moeten worden, intussen overleden is, werd daarentegen ongewijzigd behouden.

177. Hierna volgt een overzicht van de onderscheiden hypotheses die zich kunnen voordoen:

a) de vordering wordt ingeleid *door de echtgenoot-wettelijke vader*: ze moet worden ingesteld tegen de moeder en tegen het kind; is de moeder overleden, enkel tegen het kind; is het kind overleden, tegen de moeder en tegen de eventuele afstammelingen van het kind;

b) de vordering wordt ingeleid *door de moeder*: ze moet worden ingesteld tegen de wettelijke vader en tegen het kind; is de vader overleden, enkel tegen het kind; is het kind overleden, alleen tegen de wettelijke vader (in deze hypothese is het kind noodzakelijk overleden zonder afstammelingen);

c) de vordering wordt ingeleid *door het kind*, tijdens zijn minderjarigheid via een voogd *ad hoc*: ze moet worden ingesteld tegen de vader en tegen de moeder; is de vader overleden, enkel tegen de moeder; is de moeder overleden, enkel tegen de vader;

d) de vordering wordt ingeleid *door de beweerde genetische vader*:

   I°/ hij leidt de vordering in na de geboorte: ze moet worden ingesteld tegen de wettelijke vader, tegen de moeder en tegen het kind; is de vader overleden, enkel tegen de moeder en tegen het kind; is de moeder overleden, enkel tegen de vader en

[161] Zie daarover P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, nrs. 131-133.

tegen het kind; is het kind overleden, tegen de wettelijke vader, tegen de moeder en tegen de eventuele afstammelingen van het kind;

II°/ hij leidt de vordering in tijdens de zwangerschap: ze moet worden ingesteld tegen de moeder en tegen haar echtgenoot (de potentiële wettelijke vader).

DEEL III.
DE MOEDERLIJKE EN DE VADERLIJKE ERKENNING

Gerd Verschelden

Docent Vakgroep Burgerlijk Recht
Universiteit Gent

HOOFDSTUK I.
ERKENNING DOOR EEN VROUW

178. Een erkenning door een vrouw kan worden omschreven als een rechtshandeling waarbij een vrouw op vrijwillige basis verklaart dat zij met een bepaald kind een juridisch vastgestelde afstammingsband langs moederszijde wil creëren.

179. Aangezien de afstamming van moederszijde in de regel vaststaat door de verplichte vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte[1] en de wetgever bij de hervorming van het afstammingsrecht het adagium *Mater semper certa est* ongemoeid heeft gelaten[2], komt een moederlijke erkenning, als subsidiaire wijze van vaststelling van de afstamming van moederszijde, zelden voor.

Een aantal wijzigingen die de Wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006 aan het recht inzake erkenning hebben aangebracht, gelden zowel voor de moederlijke als voor de vaderlijke erkenning. Zij zullen diepgaand worden geanalyseerd bij de behandeling van de vaderlijke erkenning (*infra*, Hoofdstuk III), omdat de erkenning door een man in de praktijk veel frequenter voorkomt. Omwille van het uitzonderlijke karakter van de moederlijke erkenning, blijft dit hoofdstuk beperkt tot een overzicht van de (nieuwe) regels ter zake, waarin enkel dieper wordt ingegaan op de innovaties die specifiek zijn voor de erkenning door een vrouw.

§ 1. GRONDVOORWAARDEN

A. De naam van de moeder is niet vermeld in de geboorteakte van het kind

180. Pas indien de naam van de moeder niet in de akte van geboorte is vermeld of bij ontstentenis van zulk een akte, kan een vrouw het kind

1 Art. 312, § 1 *j°* art. 57, 2° B.W.
2 Zie Deel I "De wettelijke moederlijke afstamming".

erkennen onder de bij artikel 329*bis* B.W. bepaalde voorwaarden (art. 313, § 1 B.W.).

Een vrouw kan een kind erkennen in de volgende gevallen:
- wanneer de vrouw die het kind gebaard heeft, anoniem is bevallen in het buitenland[3] en aldaar een geboorteakte werd opgemaakt zonder vermelding van de naam van de moeder;
- wanneer de geboorte van het kind niet werd aangegeven of het kind te vondeling werd gelegd[4];
- wanneer om een andere reden geen geboorteakte bestaat of de geboorteakte verloren is gegaan[5];
- wanneer het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte, succesvol is betwist.[6]

B. Toestemming van de vader en/of het te erkennen kind

181. Onder het regime van de Afstammingswet van 31 maart 1987 was voor een moederlijke erkenning niet vereist dat iemand anders dan de erkennende vrouw tot deze erkenning toestemde. De erkenning door een vrouw was een eenzijdige rechtshandeling. De Wet van 1 juli 2006 heeft de moederlijke erkenning een meerzijdig karakter gegeven, in die zin dat er voortaan rekening moet worden gehouden met de wettelijk vereiste toestemmingen.

---

3 Gedurende de 51ste zittingsperiode van de Kamer van Volksvertegenwoordigers zijn meerdere wetsvoorstellen ingediend die ertoe strekten aan de moeder de mogelijkheid te bieden de bevalling en haar identiteit geheim te houden (zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2900/001, wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek om het bevallen in discretie mogelijk te maken (Swennen en De Meyer); *Parl. St.* Kamer nr. 51-1984/001, wetsvoorstel tot wijziging van de regelgeving om het naamloos bevallen mogelijk te maken (Colen, Govaerts, Van Themsche en Laeremans) en *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0155/001, wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de op 14 juli 1994 gecoördineerde wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, alsook de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, teneinde de mogelijkheid in te voeren om naamloos te bevallen (Monfils)), maar geen van deze initiatieven is wet geworden.

4 *Cf.* art. 58 B.W., i.v.m. de verplichting tot afgifte van een pasgeboren kind aan de ambtenaar van de burgerlijke stand; het omstandig proces-verbaal dat krachtens art. 58, 2de lid B.W. door de ambtenaar van de burgerlijke stand moet worden opgemaakt en in de registers wordt ingeschreven wanneer hem een pasgeboren kind is afgegeven, is geen geboorteakte.

5 *Cf.* art. 46 B.W. i.v.m. onbestaande of verloren gegane registers.

6 Zie Deel I.

1. Ratio van de toestemmingsvereiste

182. Het Arbitragehof heeft zich tweemaal impliciet[7] maar duidelijk uitgesproken over de *onverenigbaarheid van het oude artikel 313 B.W. met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en non-discriminatie*, in zoverre het te erkennen kind zich niet kan verzetten tegen zijn erkenning door een vrouw.

– In een arrest van 6 juni 1996 oordeelde het Hof dat het ontbreken van de mogelijkheid voor het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, om zijn instemming met de erkenning door een vrouw te weigeren, terwijl die mogelijkheid wel bestond t.a.v. de erkenning door een man, in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het Hof voegde er expliciet aan toe dat de oorsprong van de discriminatie evenwel niet gelegen is in artikel 319, § 3, 2de lid (oud) B.W..[8]

– In een arrest van 26 juni 2002 oordeelde het Arbitragehof dat het ontbreken van de mogelijkheid voor de meerderjarige of de ontvoogde minderjarige om zijn toestemming met zijn erkenning door een vrouw te weigeren, terwijl die mogelijkheid wel bestaat ten aanzien van de erkenning door een man, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt. Het Hof voegde er uitdrukkelijk aan toe dat de oorsprong van de discriminatie niet gelegen is in artikel 319, § 2 (oud) B.W.[9]

Door de prejudiciële vraag i.v.m. artikel 319, § 3 (oud) B.W. in het eerste arrest negatief te beantwoorden, gaf het Hof te kennen dat de oorsprong van de discriminatie gelegen is in artikel 313 (oud) B.W.[10] De overweging van het Hof dat de met de Grondwet strijdige situatie het gevolg is

---

7 In beide gevallen betrof het een geding i.v.m. een erkenning door een man.

8 Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 10 juli 1996, 18902, *J.L.M.B.* 1996, 1684, noot D. PIRE, *T.B.P.* 1996, 642, *J. dr. jeun.* 1996, 380, *R.W.* 1996-97, 977, noot F. APS en *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 542, noot.

9 Arbitragehof nr. 112/2002, 26 juni 2002, *B.S.* 21 augustus 2002, 35942.

10 In dezelfde zin: J. GERLO, "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht", (noot onder Arbitragehof 6 juni 1996), in X (ed.), *Jaarboek 1996-97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1997, 337, nr. 5; J. SOSSON, "L'établissement de la filiation : principes généraux et conditions de fond", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (9) 18, nr. 6.

van "de ontstentenis van een vergelijkbare regel in de bepalingen betreffende de vaststelling van de afstamming van moederszijde" was niet mis te verstaan. In het tweede arrest was het Hof nog specifieker toen het overwoog "dat de oorsprong van de discriminatie gelegen is in de ontstentenis van een met [het oude] artikel 319, § 2, vergelijkbare bepaling in de bepalingen betreffende de vaststelling van de afstamming van moederszijde".[11]

2. Wettelijk vereiste toestemmingen

183. De duidelijke hints van het Arbitragehof zijn bij de wetgever niet in dovemansoren gevallen. Reeds in het wetsvoorstel-597 was de idee terug te vinden om de erkenning door een vrouw aan dezelfde voorwaarden te onderwerpen als de erkenning door een man en deze voorwaarden op te nemen in een nieuw artikel 329*bis* B.W.[12]

Artikel 313, § 1 B.W. werd dan ook aangevuld door de Wet van 1 juli 2006 in die zin dat de erkenning door een vrouw slechts toegelaten is "onder de bij artikel 329*bis* B.W. bepaalde voorwaarden".

184. De erkenning van het *meerderjarige of ontvoogde minderjarige kind* is alleen ontvankelijk zo het kind daarin vooraf toestemt (art. 329*bis*, § 1 B.W.). De meerderjarige en de ontvoogde minderjarige beschikken dus over een absoluut vetorecht tegen een moederlijke erkenning.

185. Een vrouw die een *minderjarig niet ontvoogd kind dat jonger is dan twaalf jaar* wil erkennen, zal daarvoor de toestemming moeten bekomen van de "ouder ten aanzien van wie de afstamming vaststaat" in de zin van artikel 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W.

Concreet gaat het dan om de man die het kind voordien – bv. vóór de geboorte[13] of op een ander tijdstip vóór de moederlijke erkenning – heeft erkend of de man wiens vaderschap gerechtelijk werd vastgesteld.

De man die met de erkennende vrouw gehuwd is, dient niet – *a priori* – toe te stemmen tot de erkenning die zijn echtgenote wenst door te voe-

11 In beide zaken overweging B.7.

12 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 8.

13 Mits toestemming van de zwangere vrouw (zie *infra*, nr. 237), die naderhand b.v. anoniem in het buitenland is bevallen.

ren, maar de erkenning wordt hem – *a posteriori* – medegedeeld.[14] De afstammingsband tussen de echtgenoot en het door zijn echtgenote erkende kind komt immers niet vast te staan vooraleer de voorgenomen erkenning geakteerd wordt en dit gebeurt nadat de wettelijk vereiste toestemmingen zijn verkregen. Het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot ex artikel 315 B.W. is gebaseerd op het huwelijk van de moeder; de erkennende vrouw wordt pas moeder op het ogenblik van de erkenning.[15]

186. Wil een vrouw een *minderjarig niet ontvoogd kind* erkennen *dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt*, dan zullen gebeurlijk twee personen moeten toestemmen tot de moederlijke erkenning, met name de vader (met vaststaande afstammingsband, zie vorig randnr.) en de minderjarige zelf. De toestemming van deze laatste is evenwel niet vereist indien het kind onbekwaam is verklaard of zich in een staat van verlengde minderjarigheid bevindt, dan wel indien de rechtbank[16], op grond van feiten die zijn vastgesteld in een met redenen omkleed proces-verbaal, oordeelt dat het kind geen onderscheidingsvermogen heeft (art. 329*bis*, § 2, 2de lid B.W.).

187. Wanneer het te erkennen *kind minderjarig en niet ontvoogd* is en *geen bekende vader*, heeft of de *vader* ten aanzien van wie de afstamming vaststaat *overleden* is, *dan wel in de onmogelijkheid* is *zijn wil te kennen te geven*, zal een erkenning door een vrouw van een minderjarig niet ontvoogd kind zonder enige toestemming kunnen gebeuren. In deze gevallen moet een letterlijk afschrift van de erkenningsakte ter kennis worden gebracht van (of betekend aan) de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en het kind zelf, indien dit de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, tenzij dezen vooraf in de erkenning hebben toegestemd (art. 329*bis*, § 3, 1ste en 2de lid B.W.), teneinde de personen aan wie deze mededeling werd gedaan, toe te laten de vernietiging van de erkenning te vorderen (art. 329*bis*, § 3, 3de lid B.W.). De bijzondere procedure tot nietigverklaring van een moederlijke erkenning die zonder

14 Zie *infra*, nrs. 195 e.v.

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

16 Zie *infra*, nr. 237.

toestemming van vader of kind is tot stand gekomen, wordt verder besproken.[17]

3. Procedure na toestemmingsweigering[18]

188. Weigeren de vader en/of het minderjarige niet ontvoogde kind hun toestemming, dan zal de vrouw die het kind wil erkennen de weigerende partij(en) moeten dagvaarden voor de rechtbank van eerste aanleg, waarna alle partijen in raadkamer worden gehoord en de rechtbank een verzoeningspoging onderneemt, die erop gericht is de nodige toestemmingen te bekomen. Bij gebreke van verzoening, wordt het verzoek tot erkenning verworpen indien vaststaat dat de vrouw die het kind wil erkennen niet de biologische moeder is. Als het te erkennen kind op het ogenblik van de indiening van het verzoek tot erkenning één jaar of ouder is, kan de rechtbank bovendien de erkenning weigeren als ze kennelijk strijdig is met de belangen van het kind (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.).

189. Het bewijs van biologisch niet-moederschap van de verzoek(st)er is dus 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 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. moet worden verstaan: gaat het om de vrouw die van het kind is bevallen of om de vrouw met wiens eicel het kind werd verwekt? Het gehanteerde criterium van het bewijs van biologisch niet-moederschap is dubbelzinnig in het geval van eicel- of embryodonatie. Wanneer een vrouw (bv. de draagmoeder) bevallen is van een kind na eicel- 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 eicel waarmee het kind is verwekt per definitie niet de hare is. De wetgever is niet ingegaan op de suggestie om het begrip biologische moeder in deze context te expliciteren door te bepalen dat het gaat om de vrouw die het kind heeft gebaard.[19] Dat de biologische moeder in de zin van artikel 329*bis*,

---

17 Zie *infra*, nrs. 228 e.v.

18 Het geding dat kan worden ingeleid nadat een wettelijk vereiste toestemming tot erkenning is geweigerd, wordt in al zijn facetten besproken bij de vaderlijke erkenning (*infra*, nrs. 267 e.v.). In dit hoofdstuk over de moederlijke erkenning worden de wettelijke regels geconcretiseerd in het licht van een voorgenomen moederlijke erkenning.

19 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, schriftelijk technisch advies van F. SWENNEN, opgenomen als bijlage bij het verslag namens de kamercommissie voor de justitie, 82. Hij

§ 2, 3de lid B.W. de vrouw moet zijn die het kind ter wereld heeft gebracht, volgt uit de logica van het afstammingsrecht.[20]

Concreet betekent dit enerzijds 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. Anderzijds zal het bewijs dat een vrouw niet genetisch verwant is met het kind waarvan zij (anoniem) bevallen is – omdat het werd verwekt na eicel- of embryodonatie – de moederlijke erkenning door de bevallen vrouw niet *a priori* verhinderen.

190. In de praktijk moeten drie hypotheses worden onderscheiden:
- Wordt tijdens het geding voor de rechtbank van eerste aanleg bewezen dat de vrouw die het kind wenst te erkennen niet van het kind bevallen is, dan moet de rechtbank steeds haar verzoek tot erkenning afwijzen.
- Wordt dit bewijs niet geleverd, dan moet de rechtbank de erkenning toestaan indien de dagvaarding waarmee het geding werd ingeleid, werd betekend op een ogenblik dat het kind jonger was dan één jaar (ook al zou het kind tijdens het geding de leeftijd van één jaar hebben bereikt).
- Wordt het bewijs van niet-bevalling niet geleverd en is het kind ouder dan één jaar op het ogenblik dat de moeder de weigerende partij (en) dagvaardt, dan heeft de rechtbank de keuze: zij zal de erkenning toestaan of weigeren. De erkenning zal enkel worden geweigerd indien ze manifest strijdig wordt bevonden met het belang van het kind.

De wetgever heeft het oordeel van de rechtbank dus primair afhankelijk gemaakt van het bewijs van de biologische werkelijkheid, waarmee de bevalling wordt bedoeld. Pas indien niet wordt bewezen dat de vrouw die het kind wil erkennen niet van het kind bevallen is én het kind de

heeft de genoemde verduidelijking als voor de hand liggend (evident) voorgesteld, wat in het parlement niet is tegengesproken.

20 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, 3de lid B.W.).

leeftijd van één jaar heeft bereikt, beschikt de rechtbank over een opportuniteitsoordeel en kan zij de erkenning weigeren.

191. Met artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. wordt verhinderd dat een kind door de verkrachter van de moeder zou worden erkend. Hoewel verkrachting tussen vrouwen onderling niet onmogelijk is, gelet op de ruime definitie in artikel 375 Sw., kan artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. bij de moederlijke erkenning niet spelen, aangezien deze bepaling de erkenning enkel onmogelijk maakt 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, zodat de bedoelde strafvervolging, omwille van het enkelvoudige karakter van de afstamming, noodzakelijkerwijze dient gericht te zijn tegen een man die een kind wil erkennen.

C. Uit de erkenning blijkt geen op bloed- of aanverwantschap gesteund absoluut huwelijksbeletsel tussen de erkennende vrouw en de vader

192. De erkenning door een vrouw is principieel niet ontvankelijk indien daaruit blijkt dat tussen haar en de vader een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen. Nadat het huwelijk waardoor dat absoluut huwelijksbeletsel is ontstaan, nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding, kan de erkenning sinds de inwerkingtreding van de Wet van 1 juli 2006 wél plaatsvinden (art. 313, § 2 B.W.).

Nu het huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn sinds de inwerkingtreding van de Wet van 15 mei 2007[21] niet langer absoluut is, want vatbaar voor ontheffing door de Koning[22], zijn de mogelijkheden tot een moederlijke erkenning van een aanverwant kind nog vergroot, in die zin dat het huwelijk van ouder of kind zelfs niet ontbonden of nietigverklaard moet zijn vooraleer de afstammingsband kan worden

[21] Wet 15 mei 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het huwelijk tussen aanverwanten, *B.S.* 29 juni 2007, 35863, in werking getreden op 9 juli 2007.

[22] Zie de wijziging van art. 164 B.W., waardoor het huwelijksverbod tussen aanverwanten in rechte opgaande en nederdalende lijn om gewichtige redenen kan worden opgeheven.

vastgesteld, telkens wanneer uit de vaststelling van de afstamming slechts een relatief huwelijksbeletsel blijkt.

Een overzicht van mogelijke en onmogelijke erkenningen, gelet op de bestaande huwelijksbeletselen, gebaseerd op bloed- en aanverwantschap, werd uitgewerkt bij de behandeling van de vaderlijke erkenning (zie *infra*, nrs. 250 e.v.).

§ 2. VORMVEREISTEN

193. Oudere modellen van akten waarin een vrouw een kind kan erkennen[23] zullen moeten worden aangepast, nu de wet vereist dat ook de gegeven toestemmingen tot de erkenning door een vrouw in de akte van erkenning moeten worden vermeld (art. 62, § 1, 1ste lid, 3° B.W.).

194. Wanneer de wettelijke vertegenwoordiger of het kind dat de volle leeftijd van 12 jaar heeft bereikt, niet zijn opgekomen tegen een moederlijke erkenning die zonder enige toestemming heeft plaatsgevonden in de uitzonderlijke gevallen, beschreven in de aanhef van artikel 329*bis*, § 3 B.W., of hun vordering tot nietigverklaring werd afgewezen bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing, wordt daarvan melding gemaakt op de kant van de akte van erkenning (art. 62, § 1, 2de lid B.W.).

§ 3. BIJZONDERE PUBLICITEIT BIJ ERKENNING DOOR EEN GEHUWDE VROUW: MEDEDELING

195. Wanneer een gehuwde vrouw een kind erkent dat tijdens haar huwelijk geboren is, moet deze erkenning worden medegedeeld aan haar echtgeno(o)t(e), op straffe van een relatieve niet-tegenwerpelijkheid van deze erkenning (art. 313, § 3, 1ste en 3de lid B.W.). Ondanks haar problematische karakter[24], is deze door de Afstammingswet van

---

23 Zie C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 228-230, nrs. 261-263 en G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, Brussel, Larcier, 1999, 18-19, model 11.

24 Art. 313, § 3 B.W. is omschreven als een "wangedrocht" door A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Commentaar bij art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 19.

31 maart 1987 ingevoerde bepaling ongewijzigd gebleven. Bij de voorbereiding van het nieuwe recht[25] heeft ze zelfs model gestaan voor de invoering van een mededelingsverplichting ex artikel 319*bis* B.W. bij de vaderlijke erkenning door een gehuwde man.[26] Hoewel de tekst van artikel 313, § 3 B.W. ongewijzigd is gebleven sinds 1987, is het zinvol de inhoud ervan te becommentariëren in het licht van de openstelling van het huwelijk en het hervormde adoptie- en afstammingsrecht, met vermelding van de wijzigingen die de wetgever bij deze laatste hervorming voor ogen heeft gehad (maar niet werden doorgevoerd) en de verduidelijkingen die de Circulaire van 7 mei 2007 heeft gebracht.

196. De *ratio* van artikel 313, § 3 B.W. is duidelijk: de wetgever staat wantrouwig tegenover gehuwde vrouwen die anoniem bevallen zijn zodat hun moederschap door erkenning moet worden bewezen; daarom werd een regeling uitgewerkt die moet voorkomen dat de man-echtgenoot buiten zijn weten krachtens artikel 315 B.W. het vaderschap over een door zijn echtgenote erkend kind zou verkrijgen. Door hem kennis te geven van zijn vaderschap wordt de echtgenoot van de moeder in de mogelijkheid gesteld zijn vaderschap te betwisten. Deze betwistingvordering kan ook na de Wet van 1 juli 2006 nog op eenvoudige verklaring gegrond worden verklaard, in toepassing van artikel 318, § 3, 2de lid, 2° B.W. (zie nr. 157).

A. Toepassingsgebied van de beschermingsregeling

197. Luidens artikel 313, § 3, 1ste lid B.W. moet, indien de moeder gehuwd is en een kind erkent dat tijdens het huwelijk geboren is, de erkenning worden medegedeeld *aan de echtgenoot of de echtgenote.*[27]

De uitbreiding van de mededelingsverplichting tot de echtgenote van de overspelige vrouw komt op het eerste gezicht vreemd over in het licht van voormelde *ratio,* nu zij geenszins ouder van het kind wordt na

25 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 8.

26 Zie *infra,* nrs. 313 e.v.

27 Deze bepaling werd geslachtsneutraal gemaakt door art. 10, 1° van de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (*B.S.* 28 februari 2003, in werking getreden op 1 juni 2003). Voordien was enkel sprake van een verplichting tot mededeling aan de (mannelijke) echtgenoot.

een erkenning door haar echtgenote[28] en er geen kinderen kunnen worden geboren uit een huwelijk tussen twee vrouwen. Toch is deze uitbreiding nuttig (geworden). Beide echtgenoten kunnen immers, sinds de wet van 18 mei 2006[29], samen kinderen adopteren. Deze gezamenlijk geadopteerde kinderen worden door de gedane erkenning benadeeld, nu zij samen met het erkende kind tot de nalatenschap van hun adoptieve moeder worden geroepen, waardoor hun erfdeel vermindert. Ook de echtgenote zelf wordt materieel benadeeld indien de erkennende vrouw vóór haar erkenning nog geen kinderen had, omdat zij in die hypothese door de erkenning die uitging van haar echtgenote haar erfdeel in volle eigendom beperkt ziet worden tot vruchtgebruik.

198. In welke gevallen de mededeling al dan niet moet plaatsvinden kan best worden verduidelijkt aan de hand van vier mogelijke hypotheses:

– 1° *het kind is geboren tijdens het huwelijk en de gehuwde moeder heeft het tijdens haar huwelijk erkend*

199. De erkenning tijdens het huwelijk van een tijdens het huwelijk van de erkennende vrouw geboren kind kan niet worden tegengeworpen aan haar echtgenoot en de gemeenschappelijke kinderen zolang dit huwelijk duurt, indien ze niet aan deze echtgeno(o)t(e) werd meegedeeld. Dit kan met zekerheid worden afgeleid uit de tekst van artikel 313, § 3 B.W.

– 2° *het kind is geboren tijdens het huwelijk, maar de moeder heeft het pas nadien erkend*

200. Uit de wettekst blijkt evenwel niet duidelijk of de mededelingsverplichting al dan niet geldt ingeval het kind tijdens het huwelijk werd

---

28 Art. 315 B.W. is immers niet van toepassing indien het huwelijk werd aangegaan door personen van hetzelfde geslacht (art. 143, 2de lid B.W.).

29 Wet 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *B.S.* 20 juni 2006, in werking getreden op 30 juni 2006. Voor een bespreking, zie A. HUYGENS, "Voorwaarden en gevolgen van de adoptie voor paren van hetzelfde geslacht", in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *Verblijfsco-ouderschap. Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen. Adoptie door personen van hetzelfde geslacht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 215-225, nrs. 382-398.

geboren, maar pas na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk werd erkend.

In deze hypothese rijst immers de vraag of de man die echtgenoot was van de erkennende vrouw op het ogenblik dat het kind werd geboren, maar – slechts – haar "gewezen" echtgenoot is op het ogenblik dat het moederschap komt vast te staan, als vader van het kind kan worden aangewezen o.g.v. artikel 315 B.W., hetgeen bepaalt dat het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk "de echtgenoot" tot vader heeft.

Enerzijds kan worden verdedigd dat de vaderschapsregel alleen speelt m.b.t. tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk geboren kinderen wier afstamming van moederszijde vaststaat ofwel o.g.v. de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte, ofwel door een erkenning gedaan of een rechterlijke beslissing in kracht van gewijsde getreden tijdens het huwelijk. In deze visie is artikel 313, § 3 B.W. verzoenbaar met artikel 318, § 3, 2de lid, 2° B.W., dat de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring toelaat "wanneer de afstamming van moederszijde door erkenning of bij rechterlijke beslissing [tijdens het huwelijk van de moeder en haar echtgenoot] is vastgesteld". Deze zienswijze leidt tot de – algemenere – conclusie dat als gevolg van een erkenning door een vrouw of een gedwongen vaststelling van het moederschap van een tijdens het huwelijk geboren kind, enkel haar echtgenoot, maar niet haar gewezen echtgenoot vader van dit kind wordt. De erkenning zou dan ook niet moeten worden medegedeeld aan de gewezen echtgenoot om tegenwerpelijk te zijn aan hem en de uit zijn huwelijk met de erkennende vrouw geboren en samen geadopteerde kinderen.

Anderzijds kan evenzeer worden verdedigd dat de gewezen (mannelijke) echtgenoot de vader van dit kind kan zijn o.g.v. artikel 315 B.W., nu de vaderschapsregel niet alleen geldt t.a.v. kinderen geboren tijdens het huwelijk, maar ook t.a.v. kinderen die geboren zijn binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk; t.a.v. die laatste categorie kinderen gaat het duidelijk om de man die op het ogenblik van de geboorte al de "gewezen" echtgenoot van de moeder is. Indien een kind wordt geboren uit een man en een vrouw die met elkaar gehuwd zijn, maar de afstamming van moederszijde niet vaststaat, dan

staat ook het vaderschap van de echtgenoot van de bevallen vrouw niet vast. Pas op het ogenblik dat zij het kind erkent (in de besproken hypothese pas na de ontbinding van het huwelijk), komt haar moederschap vast te staan. In deze visie zal de gewezen echtgenoot als vader worden aangewezen in toepassing van de vaderschapsregel telkens wanneer de moeder het kind minder dan 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van haar huwelijk heeft erkend of het vonnis dat haar moederschap vaststelt binnen deze termijn in kracht van gewijsde is getreden. In deze interpretatie blijkt de regel van artikel 313, § 3 B.W. onvolmaakt, nu in een letterlijke lezing van deze bepaling geen mededeling aan de gewezen echtgenoot vereist is; de moeder is immers op het ogenblik van de erkenning niet meer gehuwd.

Uit omzendbrieven blijkt dat de ministers van justitie uitgaan van deze laatste zienswijze. Ingeval de moeder is hertrouwd, vereisten minister Gol en staatssecretaris Mundeleer al bij de inwerkingtreding van de Wet van 31 maart 1987 dat de ambtenaar van de burgerlijke stand kennis moest geven van de erkenningsakte aan de persoon met wie de moeder getrouwd was op het ogenblik van de geboorte, met de verduidelijking dat die laatste formaliteit zich opdringt omwille van de gevolgen die de moederlijke erkenning heeft op het in de artikelen 315 en 317 B.W. uitgedrukte vermoeden van vaderschap op de vaststelling van de afstamming van vaderszijde.[30] Kort vóór de inwerkingtreding van de Wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006 heeft minister Onkelinx in de meest recente circulaire de onduidelijkheid volledig weggenomen door te stellen dat de formaliteit van de mededeling verricht moet worden ingeval de moeder gehuwd was op het tijdstip van de geboorte, zelfs indien het huwelijk ondertussen werd ontbonden.[31] Met andere woorden: de erkenning die gebeurt door een vrouw die gehuwd was op het ogenblik van de geboorte van het erkende kind, moet aan haar toenmalige echtgeno(o)t(e) worden medegedeeld, ook al bestond dit huwelijk niet meer op het ogenblik van de erkenning.

---

30 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, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8325, nr. 3, *a)*, 2°, herbevestigd in Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29209.

31 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29209.

– 3° *het kind is geboren vóór het huwelijk, maar de moeder heeft het pas tijdens haar huwelijk erkend*

201. Uit artikel 313, § 3, 1ste lid B.W. volgt *a contrario* dat de erkenning niet dient te worden meegedeeld als een gehuwde vrouw een kind erkent dat vóór haar huwelijk geboren is. Ook al is de echtgenoot niet de vader van dit kind, toch moet de ambtenaar van de burgerlijke stand kennis geven van de opmaak van de erkenningsakte aan de echtgeno(o)t(e) van de erkennende vrouw, echter niet o.g.v. artikel 313, § 3 B.W. – en dus ook zonder de sanctieregeling aldaar voorzien –, maar o.g.v. artikel 62, § 3 B.W.[32]

– 4° *het huwelijk is ontbonden of werd nietig verklaard vooraleer de mededeling is geschied*

202. Eens het huwelijk ontbonden is (door overlijden van de erkennende vrouw of haar echtgenoot, dan wel door echtscheiding) of werd nietig verklaard, kunnen twee stellingen worden verdedigd. Ofwel neemt men aan dat de mededelingsplicht en de sanctie van de niet-tegenwerpelijkheid vervalt, m.a.w. dat de erkenning tegenwerpelijk wordt vanaf de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk[33], ofwel aanvaardt men dat de erkenning niet-tegenwerpelijk blijft zolang ze niet is medegedeeld aan de gewezen echtgeno(o)t(e). Enkel in deze laatste visie kunnen complicaties ontstaan op het vlak van erfrecht.[34]

B. Wijze waarop de mededeling geschiedt

203. Artikel 313, § 3 B.W. moet worden samengelezen met artikel 62, § 3 B.W. inzake burgerlijke stand.

De mededeling aan de echtgeno(o)t(e) van de erkennende vrouw gebeurt door middel van kennisgeving of bij betekening, naargelang het geval.

---

32 Zie ook P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 38, nr. 22.

33 In deze zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Commentaar bij art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 8-9, nr. 16; P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 38, nr. 21, die opmerkt dat, aangezien de formaliteit slechts voorgeschreven is tijdens het huwelijk, de bij niet-naleving voorgeschreven sanctie ook de duur van het huwelijk niet kan overschrijden.

34 Zie *infra*, nr. 209.

1. Kennisgeving

204. Indien de akte van erkenning is opgemaakt door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of een Belgische notaris, dan moet deze zorgen voor de kennisgeving (art. 313, § 3, 2de lid B.W.).

De ambtenaar van de burgerlijke stand die een akte opmaakt waarin een vrouw een kind erkent, is gehouden daarvan *binnen drie dagen* kennis geven aan de echtgeno(o)t(e)[35] van de erkennende vrouw (art. 62, § 3 B.W.). In toepassing van artikel 50, § 3 B.W. is de vervaldag in de termijn begrepen. Is die dag een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag, dan wordt de vervaldag uitgesteld tot de eerstvolgende werkdag.

Het is raadzaam dat de notaris dezelfde termijn zou nakomen, hoewel dit voorschrift nergens in de wet ook op hem toepasselijk wordt verklaard.[36]

205. Tegemoetkomend aan een verzoek van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat[37] was er eensgezindheid in de subcommissie Familierecht om in artikel 313, § 3, 2de lid B.W. te preciseren binnen welke tijdspanne en op welke wijze een in België geakteerde erkenning door een gehuwde vrouw ter kennis moet worden gebracht van haar echtgeno(o)t(e).[38] Over een amendement dat ertoe strekte te vereisen dat de kennisgeving van een behoorlijke verzending van de erkenningsakte zou gebeuren binnen de maand na de erkenning, via een ter post aangetekende brief, verzonden naar de in het Rijksregister vermelde woonplaats van de echtgeno(o)t(e) of, indien deze woonplaats onbekend is of de mede-echtgeno(o)t(e) in het buitenland verblijft, aan het

---

35 Art. 62, § 3 B.W. spreekt enkel over de "echtgenoot" als geadresseerde van de kennisgeving. Een wijziging van deze bepaling ter gelegenheid van de openstelling van het huwelijk – in die zin dat expliciet zou worden bepaald dat de kennisgeving ook dient te geschieden aan de "echtgenote" van de erkenner (hier: erkennende vrouw) – was niet noodzakelijk, aangezien de term "echtgenoot" ook voordien reeds in vrouwelijke betekenis werd begrepen, net zoals de term "erkenner" ook al kon slaan op een vrouw.

36 H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 198, nr. 552; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2221, nr. 315.

37 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 142 (bijlage 4).

38 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/014, amendement nr. 55 (Marghem) – ingetrokken; het laatste zinsdeel van dit amendement vermeldt verkeerdelijk de opmaak van de kennisgeving i.p.v. de opmaak van de erkenningsakte.

openbaar ministerie[39] bestond consensus in de subcommissie Familierecht.[40] Dit amendement werd na een eerste artikelsgewijze bespreking en indicatieve stemming aangenomen in de kamercommissie voor de justitie[41], maar na een tweede artikelsgewijze bespreking werd besloten om toch niet in de afstammingswetgeving aan te geven hoe de kennisgeving dient te gebeuren[42], teneinde incoherenties met het gemeen recht te vermijden.[43] Het werd verkieselijker geacht toepassing te geven aan de artikelen 32 e.v. Ger.W.[44]

Nochtans werd reeds in een circulaire ter verduidelijking van de Afstammingswet van 31 maart 1987 bepaald dat de ambtenaren van de burgerlijke stand de kennisgeving dienen te laten geschieden *bij aangetekende brief, waarin een afschrift van de akte wordt opgestuurd*.[45] De inhoud van de ministeriële circulaire van 22 mei 1987 is bij de invoering van het nieuwe afstammingsrecht in herinnering gebracht voor de bepalingen die door de Wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006 niet gewijzigd zijn[46], zoals de artikelen 62, § 3 en 313, § 3 B.W. Onder het oude recht is aanbevolen dat de notaris zich eveneens zou schikken naar deze omzendbrief.[47] Aangenomen moet worden dat deze omzendbrief zijn geldingskracht behoudt, zeker nu hij exact hetzelfde voorschrift bevat als blijkt opgenomen in het nieuwe artikel 319*bis*, 2de lid B.W., dat de mededeling regelt van een erkenning door een gehuwde vader. Het zou bijzonder inconsequent zijn om de erkenning door een gehuwde vrouw op een andere wijze mee te delen dan de erkenning door een gehuwd man, zeker nu het de bedoeling van de wetgever was om de regels inzake moederschap en vaderschap zoveel mogelijk te assimileren en een einde te

39 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/023, consensusamendement nr. 84 (Swennen *c.s.*) – aangenomen.

40 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie Familierecht, 13-15.

41 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de kamercommissie voor de justitie, 8.

42 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/029, amendement nr. 124 (Déom *c.s.*) (subamendement op amendement nr. 84) – aangenomen.

43 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de kamercommissie voor de justitie, 40-41.

44 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de kamercommissie voor de justitie, 8.

45 Ministeriële circulaire betreffende de toepassing van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming van 22 mei 1987, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8326.

46 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29204.

47 H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 198, nr. 551.

maken aan de ongelijkheid tussen de moederlijke en de vaderlijke erkenning.[48]

206. Een afschrift van de akte kan uiteraard ook *persoonlijk* worden overhandigd, *tegen ontvangstbewijs*.[49]

207. In de praktijk wordt aan de erkennende vrouw gevraagd om een recent bewijs van woonst van haar (ex-) echtgenoot voor te leggen opdat de kennisgeving aan het juiste adres zou kunnen gebeuren. Indien geen bewijs van woonst kan worden voorgelegd (bv. in geval van ambtshalve schrapping), dient de procureur des Konings te worden verwittigd.[50]

Een model van brief waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris kennis geeft van de erkenning van een kind aan de echtgenoot, indien de naam van de moeder niet in de geboorteakte werd vermeld, is voorhanden.[51]

2. Betekening

208. Indien de akte niet is opgemaakt door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of door een Belgische notaris, wordt ze betekend op verzoek van de moeder, het kind of diens wettelijke vertegenwoordiger (art. 313, § 3, 2de lid B.W.).

Wordt de opdracht tot betekening in België gegeven, dan zal een gerechtsdeurwaarder moeten optreden; is de opdracht in het buitenland gegeven, dan zal de betekening moeten gebeuren volgens de in dat land geldende regels (*locus regit actum*).

Er is geen termijn bepaald waarbinnen de betekening moet plaatsvinden.

Een model van brief waarin een gerechtsdeurwaarder de erkenningsakte betekent, indien de naam van de moeder niet in de geboorteakte werd vermeld, is eveneens voorhanden.[52]

---

48 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie Familierecht, 36.

49 P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 36, nr. 21.

50 R.VAN ACKER, "Erkenning", *De Burg. St.* 1991, (292) 294.

51 Zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 3.

52 Zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 4-5.

C. Sanctie bij niet-naleving van de mededelingsverplichting

209. Totdat de kennisgeving of betekening heeft plaatsgehad, kan de moederlijke erkenning niet worden tegengeworpen aan de echtgenoot of echtgenote, aan de kinderen geboren uit diens huwelijk met degene die het kind erkent en aan de kinderen die door de beide echtgenoten zijn geadopteerd (art. 313, § 3, 3de lid B.W.).

De praktische betekenis van deze *relatieve niet-tegenwerpelijkheid* van de erkenning bij gebrek aan mededeling wordt verder uitgewerkt, bij de erkenning door een gehuwd man, nu deze in de praktijk veel frequenter voorkomt.[53]

[53] Zie, *mutatis mutandis*, nrs. 317-319.

HOOFDSTUK II.
BETWISTING VAN DE MOEDERLIJKE ERKENNING

210. Nu de erkenning door een vrouw al uiterst zelden voorkomt, zijn de gevallen waarin een aldus vastgestelde afstamming wordt betwist, evident nog zeldzamer. Er bestaat geen gepubliceerde rechtspraak omtrent de betwisting van een moederlijke erkenning ex artikel 330 B.W. (§ 1) en in de doctrine is slechts één geval beschreven waarin een procedure tot betwisting van een moederlijke erkenning werd gevoerd, wegens strijdigheid van de erkenning met de openbare orde.[54] Sinds de Wet van 1 juli 2006 bestaat er een bijzondere procedure tot nietigverklaring van een moederlijke erkenning die zonder toestemming(en) heeft plaatsgevonden (§ 2).

211. De artikelen 330 en 329*bis*, § 3 B.W. regelen de betwisting van zowel moederlijke als vaderlijke erkenningen. Omdat procedures tot betwisting van een vaderlijke erkenning in de praktijk veel meer toepassing vinden, is dit hoofdstuk beperkt tot een verduidelijking van de principes, toegepast op de betwisting van het moederschap dat volgt uit erkenning en kan voor details verwezen worden naar Hoofdstuk IV.

---

54 Antwerpen (1ste kamer) A.R. 297-90, 27 februari 1991, *onuitg.*, besproken door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 87, nr. 148. Een Belgische vrouw die een in India geboren kind van Indische nationaliteit had laten overkomen naar België met het oog op een volle adoptie, was in 1988 voor een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand overgegaan tot erkenning van dit éénjarig kind, nadat procedureproblemen waren gerezen m.b.t. de adoptie. Het openbaar ministerie vorderde de nietigverklaring van haar erkenning o.g.v. zijn bevoegdheid om in burgerlijke zaken ambtshalve op te treden als de openbare orde zijn tussenkomst vergt (art. 138 Ger.W.). Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd geoordeeld dat de openbare orde zich verzette tegen dergelijke leugenachtige erkenning en werd de eis tot nietigverklaring gegrond verklaard.

§ 1. GEMEENRECHTELIJKE BETWISTING VAN EEN MOEDERLIJKE ERKENNING (ART. 330 B.W.)

A. Ontvankelijkheidsvoorwaarden

1. Algemeen: afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw

212. Artikel 330, § 1 B.W. bepaalt met zoveel woorden: "Tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van degene die het heeft erkend, kan de erkenning van het moederschap worden betwist (…)".

Bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw vormt dus een exceptie tegen de betwistingvordering. De bewijslast rust dus op de verwerende partij die de exceptie opwerpt: het is niet de eiser die moet bewijzen dat er geen bezit van staat is om zijn vordering gegrond te laten verklaren; het is de verweerder in het geding die moet aantonen dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkennende vrouw, wat de betwistingvordering onontvankelijk maakt.

De rechtbank oordeelt soeverein of er al dan niet bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw is, aan de hand van de criteria vermeld in artikel 331*nonies* B.W.

2. Bijzondere voorwaarde voor de erkennende vrouw en degenen die tot deze erkenning hebben toegestemd: een wilsgebrek

213. De erkennende vrouw en zij die de voorafgaande, in artikel 329*bis* B.W. vereiste of bedoelde toestemmingen hebben gegeven, zijn alleen gerechtigd de erkenning te betwisten, indien zij bewijzen dat aan hun toestemming een gebrek kleefde (art. 330, § 1, 2de lid B.W.).

214. Het bestaan van een wilsgebrek – dwaling, bedrog of geweld, of een volledig gemis aan toestemming – is een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van een erkenning; alleen dan kunnen de erkennende vrouw en degenen die tot deze erkenning

hebben toegestemd het bewijs leveren dat deze moeder niet van het kind bevallen is; een vrouw die een kind heeft erkend, kan een leugenachtige erkenning die door haar bewust en vrij is gedaan, niet betwisten.[55]

Een bewezen wilsgebrek in hoofde van de erkennende vrouw leidt echter niet automatisch tot de nietigverklaring van de erkenning. Voor de gegrondheid van de eis moet daarenboven nog worden bewezen dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is.[56]

215. Met een *"gebrek"* in de zin van artikel 330, § 1, 2de lid B.W. worden zowel de wilsongeschiktheid (totale afwezigheid van toestemming) als de klassieke wilsgebreken – dwaling, bedrog en geweld – bedoeld.

– In zeer uitzonderlijke gevallen zou een kind erkend kunnen zijn door een *vrouw die elk bewustzijn miste op het ogenblik van de erkenning*, bv. ten gevolge van een toevallige geestesstoornis, dronkenschap, hypnose of druggebruik.

– Krachtens het algemeen verbintenissenrecht dient *dwaling*, om in aanmerking te komen als grond tot nietigverklaring van een rechtshandeling, betrekking te hebben op de zelfstandigheid van de zaak.[57] In de context van een erkenning kan dit niets anders betekenen dan dat de erkennende vrouw gedwaald moet hebben omtrent het feit dat ze van het kind bevallen is; ze zou m.a.w. gedacht moeten hebben dat ze het kind dat ze erkend heeft ook effectief heeft gebaard, terwijl dit niet het geval was. Deze dwaling dreigt *a priori* onverschoonbaar te zijn: er valt moeilijk in te zien hoe een redelijk mens, geplaatst in dezelfde omstandigheden, omtrent de bevalling gedwaald zou kunnen hebben. Toch valt verschoonbare dwaling niet volledig uit te sluiten. Gedacht kan worden aan de hypothese waarin een vrouw anoniem bevallen is, haar kind vervolgens heeft afgestaan voor adoptie en jaren later haar kind en zijn adoptieouders opspoort met het oog op een erkenning. In dat geval is het mogelijk dat zij, geconfronteerd met onjuiste informatie over de bestemming van het kind,

55 J. GERLO, *Handboek voor Familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 58, nr. 133.
56 Zie *infra*, nrs. 380-381.
57 Art. 1110, 1ste lid B.W.

overgaat tot de erkenning van een geadopteerd kind waarvan zij – ten onrechte – meent dat zij het ter wereld heeft gebracht.

– *Bedrog* – als opzettelijk verwekte dwaling – lijkt in hoofde van de erkennende vrouw nog minder evident, doch kan eveneens niet volledig worden uitgesloten.

– Ernstig, ongeoorloofd en onmiddellijk inwerkend *geweld* dat doorslaggevend was voor de erkenning vormt tenslotte ook een wilsgebrek waardoor de vordering tot betwisting van een erkenning door de erkennende vrouw zelf ontvankelijk kan worden. Hier kan vooral worden gedacht aan moreel geweld (familiale druk) t.a.v. een jonge vrouw die anoniem is bevallen en haar kind nadien onder druk heeft erkend.

216. Het *bewijs van een wilsgebrek* dient te worden geleverd door degene wiens wil werd aangetast; artikel 330, § 1, 2de lid B.W. is daarin zeer duidelijk.

3. Titularissen van de vordering

217. Onder gelding van het oude afstammingsrecht, kon een moederlijke erkenning door "iedere belanghebbende" worden betwist (oud art. 330, § 1, 1ste lid B.W.).

Thans zijn de titularissen van de vordering tot betwisting van een moederlijke erkenning gelimiteerd tot de *vader*, de *erkennende vrouw* zelf, de *persoon die het moederschap opeist* en het erkende *kind* (art. 330, § 1, 4de lid B.W.). Toch mag worden aangenomen dat het openbaar ministerie, o.g.v. artikel 138, 6de lid Ger.W., gerechtigd blijft om een moederlijke erkenning te betwisten, wanneer deze erkenning strijdig is met de openbare orde.[58] Tot 1 juli 2008 behoudt elke belanghebbende derde in de zin van het oude artikel 330, § 1, 1ste lid B.W., de mogelijkheid een moederlijke erkenning te betwisten, volgens de voorwaarden voorgeschreven door het oude recht (art. 25, § 2 W. 1 juli 2006).

218. Indien de rechtbank reeds uitspraak zou hebben gedaan over de erkenning, hetzij door ze toe te laten ondanks het feit dat een wettelijk

[58] Voor een voorbeeld van dergelijke – onder het oude recht succesvol ingestelde – vordering, zie *supra*, voetnoot 54.

vereiste toestemming werd geweigerd, hetzij door ze niet te vernietigen ondanks het feit dat een vordering daartoe was ingesteld in de bijzondere hypothese dat de vader onbekend, overleden, dan wel in de onmogelijkheid was zijn wil te kennen te geven, dan kan *geen vordering* tot betwisting van een moederlijke erkenning meer worden ingeleid door degenen die partij waren in deze procedures.

Artikel 330, § 1, 3de lid B.W. bepaalt immers dat de erkenning niet kan worden betwist *door hen die partij zijn geweest bij de beslissing waarbij de erkenning is toegestaan overeenkomstig artikel 329bis (§ 3) B.W., of bij de beslissing waarbij de krachtens dat artikel gevorderde vernietiging is afgewezen.*

4. Termijnen

219. Onder gelding van het oude afstammingsrecht was de termijn waarbinnen de erkenning door een vrouw moest worden betwist de gemeenrechtelijke termijn voor het instellen van afstammingsvorderingen. Aangezien vorderingen betreffende de afstamming verjaren door verloop van 30 jaar te rekenen vanaf de dag waarop het kind in het bezit van de betwiste staat is gekomen (art. 331*ter* B.W., ongewijzigd op dit punt), werd aangenomen dat de aanvangsdatum van de dertigjarige termijn de dag was waarop de erkenningsakte werd opgemaakt.

220. In het nieuwe afstammingsrecht gelden beduidend kortere termijnen, bepaald in artikel 330, § 1, 4de lid B.W., die bovendien geen verjarings- maar vervaltermijnen zijn.

Deze nieuwe termijnen beginnen te lopen op 1 juli 2007, tenzij de vordering reeds was verjaard, zonder dat de totale duur van de termijn 30 jaar kan overschrijden (art. 25, § 3 Wet 1 juli 2006).

– De *vader* van het erkende kind moet de vordering instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de erkennende vrouw niet de moeder van het kind is.

– Ook de *erkennende vrouw* zelf moet de vordering tot betwisting van haar eigen erkenning instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat zij niet de moeder is.
  De overgangsbepaling voor de betwisting van de erkenning van kinderen geboren vóór 1 juli 2007, die toelaat dat de erkenner zijn vordering inleidt binnen het jaar na de ontdekking van zijn biologisch

niet-ouderschap, zelfs al is er meer dan een jaar na de (ontdekking van de) geboorte verstreken, is dusdanig geformuleerd dat zij enkel geldt voor de betwisting van het vaderschap (art. 25, § 4 Wet 1 juli 2006). Gelet op artikel 25, § 3 moet worden aangenomen dat de erkennende vrouw die vóór 1 juli 2007 ontdekte dat zij het door haar erkende kind niet gebaard heeft, maar onder het oude recht nog geen betwistingvordering had ingesteld, deze vordering nog tot 1 juli 2008 kan inleiden.

– De *beweerde moeder*, zijnde de persoon die het moederschap opeist, moet de vordering instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat zij zelf de moeder van het kind is.
  Omdat haar vorderingsrecht nieuw is, kan zij de moederlijke erkenning sowieso betwisten tot 1 juli 2008, zelfs indien er meer dan een jaar verstreken zou zijn sedert de (ontdekking van de) geboorte (art. 25, § 1 Wet 1 juli 2006).

– De vordering van het *kind* moet op zijn vroegst worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van 12 jaar heeft bereikt en moet uiterlijk worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van 22 jaar heeft bereikt of binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de erkennende vrouw niet zijn moeder is.

5. Partijen in het geding

221. De vordering tot betwisting van een moederlijke erkenning moet – als vordering tot betwisting van staat – op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen en de vader wiens vaderschap niet wordt betwist, in het geding worden geroepen, alsook de persoon wiens moederschap wordt betwist (zie art. 332*bis* B.W.).

Concreet moeten de volgende personen in het geding zijn:
– indien de erkennende vrouw de vordering inleidt: het kind (of zo dit overleden is, zijn afstammelingen) en, indien het vaderschap vaststaat, de vader;
– indien het kind de vordering inleidt: de erkennende vrouw en, indien het vaderschap vaststaat, de vader;
– indien de vader de vordering inleidt: de erkennende vrouw en het kind;

– indien de beweerde moeder de vordering inleidt: de erkennende vrouw, het kind en de vader, indien het vaderschap vaststaat.

Indien één van de personen die moet worden gedagvaard overleden is, moet de vordering alleen worden ingesteld tegen de anderen (art. 332*quater*, 1ste lid B.W.).

B. Gegrondheid van de vordering

222. Enkel indien de betwistingvordering ontvankelijk is – wanneer het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. de erkennende vrouw en ook aan de andere voorwaarden van artikel 330, § 1 B.W. is voldaan – zal de gegrondheid van de vordering worden beoordeeld: de erkenning wordt tenietgedaan, indien door alle wettelijke middelen is bewezen dat de vrouw die het kind erkend heeft niet de moeder[59] is (art. 330, § 2 B.W.).

223. Nu zonder enige twijfel de naam van de vrouw die van het kind bevalt in de geboorteakte moet worden vermeld in toepassing van het onaangetaste principe van de vaststaande afstamming van moederszijde[60] en de ongewijzigd gebleven bewijsregeling inzake het onderzoek naar het moederschap duidelijk maakt dat moet bewezen worden dat het kind hetzelfde is als datgene van wie de vermeende moeder is bevallen[61], is het niet meer dan logisch dat voor een succesvolle betwisting van het moederschap dat blijkt uit een erkenning *bewezen moet worden dat de erkennende vrouw niet bevallen is van het door haar erkende kind*. Wie een andere visie verdedigt, maakt het afstammingsrecht totaal incoherent.

224. De *bewijslast* i.v.m. het niet-moederschap van de erkennende vrouw rust op de eiser die de betwistingvordering instelt.

225. Het bewijs dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is, kan *door alle wettelijke middelen* worden geleverd, dus ook via een deskundigenonderzoek, bevolen o.g.v. artikel 331*octies* B.W.

---

59 Anders dan in de tekst van art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. (inzake het geding na toestemmingsweigering tot de erkenning) en art. 329*bis*, § 3, 5de lid B.W. (inzake de procedure tot nietigverklaring van de erkenning die zonder toestemming is kunnen plaatsvinden) is er in de tekst van art. 330, § 2 B.W. geen sprake van de "biologische" moeder.

60 Art. 312, § 1 *j°* art. 57, 2° B.W.

61 Art. 314, 3de lid B.W.

Aangezien – net zoals bij de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte – moet bewezen worden dat de moeder niet van het kind is bevallen, zal het bewijs dat de erkennende vrouw niet genetisch verwant is met het door haar erkende kind, niet in alle gevallen doorslaggevend zijn voor een succesvolle betwisting. Het bewijs van genetisch niet-moederschap heeft wel tot gevolg dat de bewijslast wordt omgekeerd: om de betwistingvordering af te weren zal een verwerende partij moeten bewijzen dat een medisch begeleide procreatietechniek werd aangewend, meer bepaald dat bij de erkennende vrouw een embryo, gecreëerd met een eicel van een andere vrouw werd ingeplant.

226. Ook de nieuwe tekst van artikel 330 B.W. zwijgt over rechterlijke toetsing van het belang van het kind in deze context. Aangenomen moet dan ook worden dat de cassatierechtspraak, gewezen onder het oude recht inzake vaderlijke erkenning[62] betekenisvol blijft, waardoor het *belang van het kind irrelevant* is bij de beoordeling van de gegrondheid van de vordering tot betwisting van een moederlijke erkenning.

227. De *vordering* tot betwisting van de moederlijke erkenning die wordt *ingesteld door de vrouw die beweert de biologische moeder te zijn* (coherent zou zijn: die beweert van het kind bevallen te zijn), *is maar gegrond indien haar moederschap is komen vast te staan*. De beslissing welke die vordering tot betwisting inwilligt, brengt van rechtswege de vaststelling van het moederschap van de vrouw die de moederlijke erkenning betwist met zich. De rechtbank gaat na of aan de voorwaarden van artikel 332*quinquies* B.W. is voldaan.[63] In ontkennend geval wordt de vordering afgewezen (art. 330, § 3 B.W.) en blijft het moederschap van de erkennende vrouw vaststaan.

Voor de gegrondheid van de vordering tot betwisting van een moederlijke erkenning door de vrouw die het moederschap opeist, zal de rechtbank, naast het bewijs dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is, ook nog het bewijs vereisen dat de vrouw die het moederschap opeist zelf bevallen is van het kind (en m.a.w. toezien op de toepassing van art. 314, 3de lid B.W.).

---

62 Zie *infra*, nr. 384.

63 Zie *infra*, Deel IV, Hoofdstuk II.

§ 2. BIJZONDERE PROCEDURE TOT NIETIGVERKLARING VAN EEN MOEDERLIJKE ERKENNING (ART. 329BIS, § 3 B.W.)

228. Onder het oude recht werd de betwisting van een moederlijke erkenning volkomen beheerst door de regels opgenomen in artikel 330 B.W. Een *bijzondere procedure* tot nietigverklaring ingeval de andere ouder onbekend of overleden is, dan wel om een andere reden in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven, bestond enkel inzake de vaderlijke erkenning[64], aangezien een moederlijke erkenning vóór de Wet van 1 juli 2006 niet afhankelijk was van enige toestemming. Het nieuwe recht heeft de draagwijdte van de bijzondere procedure ex artikel 329*bis*, § 3 B.W. evenwel uitgebreid tot de erkenning van het moederschap.[65] In uitzonderlijke omstandigheden kan een vrouw een kind zonder enige wettelijk vereiste toestemming erkennen, meer bepaald wanneer het te erkennen *kind minderjarig en niet ontvoogd* is en *geen bekende vader* heeft, of de *vader* ten aanzien van wie de afstamming vaststaat *overleden* is, *dan wel in de onmogelijkheid* verkeert *zijn wil te kennen* te geven.

229. In dergelijke gevallen is voorzien in een mechanisme van *mededeling van de erkenning* aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf, indien dit de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, *waardoor een termijn van zes maanden begint te lopen* waarbinnen deze personen bij dagvaarding de vernietiging van de erkenning kunnen vorderen (art. 329*bis*, § 3, 1ste-3de lid B.W.).

De griffier stelt de ambtenaar van de burgerlijke stand of de ministeriële ambtenaar die de erkenningsakte heeft opgemaakt onmiddellijk in kennis van deze vordering (art. 329*bis*, § 3, 4de lid B.W.).

Bij omzendbrief is gepreciseerd dat indien de wettelijke vertegenwoordiger en het kind van twaalf jaar of ouder zich niet tegen de erkenning hebben verzet binnen de termijn van zes maanden na de kennisgeving, de ambtenaar van de burgerlijke stand daarvan melding moet maken op de kant van de erkenningsakte.[66]

---

64 Oud art. 319, § 4 B.W.

65 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29208 *j°* 29210.

66 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29210.

230. De *rechtbank* van eerste aanleg vernietigt de moederlijke erkenning indien het bewijs wordt geleverd dat de verweerster "niet de biologische moeder is", wat in een coherente interpretatie moet worden gelezen als "niet van het kind bevallen is".[67] Bovendien vernietigt zij 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. 329*bis*, § 3, 5de lid B.W.).

Indien de vordering tot nietigverklaring werd afgewezen bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest, wordt daarvan melding gemaakt op de kant van de erkenningsakte.[68]

231. De bepaling dat het vierde lid van artikel 329*bis*, § 2 B.W. van overeenkomstige toepassing is (art. 329*bis*, § 3, 6de lid B.W.), blijft in deze context van de gevorderde vernietiging van een moederlijke erkenning volkomen inhoudsloos, aangezien het de bedoeling van de wetgever was de bescherming tegen de verkrachter ook te behouden wanneer de moeder overleden was, onbekend of in de onmogelijkheid haar wil te kennen te geven.[69]

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 (art. 329*bis*, § 3, 6de lid *in fine* B.W.).

---

67 Zie *supra*, nr. 223.

68 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29210.

69 *Parl. St.* Senaat nr. 3-1402/3, amendement nr. 23 (regering), verantwoording – aangenomen.

HOOFDSTUK III.
ERKENNING DOOR EEN MAN

232. Een vaderlijke erkenning kan worden omschreven als een rechtshandeling waarbij een man op vrijwillige basis verklaart dat hij met een bepaald kind een juridisch vastgestelde afstammingsband langs vaderszijde wil creëren.

In het stelsel van het Burgerlijk Wetboek inzake erkenning van een buitenhuwelijks kind bewijst de vrije wilsuiting van de erkenner de afstamming, van zodra ze in de wettelijke vormen wordt verklaard.[70] De erkenning als rechtshandeling (*negotium*) is het materiële bewijs van de afstamming langs vaderszijde; de erkenningsakte die tegelijk wordt opgemaakt (*instrumentum*) is het formele bewijs.

233. Onder het oude afstammingsrecht was het zo dat telkens wanneer een man een huwelijks kind (verwekt door een andere man dan de echtgenoot van de moeder) wou erkennen en/of een gehuwd man een kind erkend had dat verwekt was bij een vrouw waarvan hij niet de echtgenoot was, de rechtbank sowieso moest tussenkomen, resp. *a priori* door het verlenen van machtiging tot erkenning (opgeheven art. 320 B.W.) en *a posteriori* door de erkenningsakte te homologeren (oud art. 319*bis* B.W.). Onder het nieuwe recht is dit niet langer zo. Zowel de homologatieprocedure als de machtigingsprocedure werden afgeschaft. Indien alle wettelijk vereiste toestemmingen tot de erkenning[71] ook daadwerkelijk worden bekomen, kan de erkenning voortaan plaatsvinden zonder enige rechterlijke tussenkomst.

Op dit vlak is het afstammingsrecht dus vereenvoudigd.

---

70 Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 829, noot, *Pas.* 1974, I, 773, noot en *R.W.* 1974-75, 343, noot.

71 Zie *infra*, nrs. 236 e.v.

§ 1. GRONDVOORWAARDEN

A. Het vaderschap staat niet vast krachtens artikel 315 of 317 B.W.

234. Artikel 319 B.W. bepaalt dat wanneer het vaderschap niet vaststaat krachtens de artikelen 315 of 317 B.W., de vader het kind kan erkennen onder de bij artikel 329*bis* B.W. bepaalde voorwaarden.

Concreet zal het vaderschap niet vaststaan krachtens de artikelen 315 of 317 B.W.:
- indien het kind geboren is uit een ongehuwde vrouw;
- indien het kind geboren is meer dan 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk van de moeder;
- indien het vaderschap van de echtgenoot dat initieel vaststond o.g.v. de vaderschapsregel succesvol werd betwist via een gerechtelijke procedure en het vonnis dat de betwistingvordering gegrond verklaart in kracht van gewijsde is getreden;
- in de gevallen bepaald in artikel 316*bis* B.W., telkens wanneer de echtgenoten op het tijdstip van de aangifte van de geboorte de daarin bedoelde gezamenlijke verklaring niet hebben afgelegd.

235. Als spiegelbeeld van de wijziging van artikel 313, § 1 B.W., wordt ook in artikel 319 B.W. verwezen naar artikel 329*bis* B.W., de bepaling waarin de voorwaarden tot erkenning zijn opgenomen. Voortaan zijn de moederlijke en de vaderlijke erkenning aan dezelfde voorwaarden onderworpen, hetgeen tegemoetkomt aan de rechtspraak van het Arbitragehof.[72]

[72] Arrest nr. 39/90 van 21 december 1990; arrest nr. 63/92 van 8 oktober 1992; arrest nr. 62/94 van 14 juli 1994; arrest nr. 36/96 van 6 juni 1996; arrest nr. 112/2002 van 26 juni 2002; arrest nr. 66/2003 van 14 mei 2003 en arrest nr. 35/2007, 7 maart 2007.

B. Toestemming van de moeder en/of het kind (art. 329bis B.W.)

1. Wettelijk vereiste toestemmingen

a. Het kind is meerderjarig of ontvoogd

236. De erkenning van een meerderjarig of ontvoogd minderjarig kind is alleen ontvankelijk zo het kind daarin vooraf toestemt (art. 329*bis*, § 1 B.W.).

Zowel de meerderjarige als de ontvoogde minderjarige beschikt dus over een vetorecht dat hij kan laten gelden tegen de man die hem wil erkennen.

b. Het kind is een niet ontvoogde minderjarige wiens ouder bekend en in leven is en in de mogelijkheid verkeert zijn wil te uiten

237. 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. 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W.).

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 wiens 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.[73]

Via een regeringsamendement[74] is in de wet opgenomen wat voorheen reeds algemeen werd aanvaard, nl. dat de vrouw die het kind draagt, moet toestemmen tot de prenatale vaderlijke erkenning. De formulering van de wettekst 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.

Tijdens de parlementaire voorbereiding is overwogen om een vaderlijke erkenning in een kleiner aantal gevallen te onderwerpen aan de toestemming van de moeder: sommige parlementsleden waren voorstander van het eenzijdige karakter van een erkenning telkens wanneer deze

---

73 Art. 312, § 1 *j°* art. 57, 2° B.W.

74 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, amendement nr. 18 (regering) – aangenomen.

plaatsvindt binnen het jaar na de geboorte[75], andere wensten de vereiste moederlijke toestemming enkel af te schaffen voor erkenningen in de geboorteakte.[76] Binnen de subcommissie Familierecht werd over dit punt geen eensgezindheid bereikt.[77] In de kamercommissie voor de justitie werd een amendement dat ertoe strekte de toestemming van de moeder niet te vereisen voor de erkenning van kinderen jonger dan één jaar[78] verworpen, nadat de indiener zelf was gaan twijfelen aan de opportuniteit van een dergelijke innovatie.[79]

238. Bovendien is voor de erkenning van een minderjarig niet ontvoogd kind in de regel ook de voorafgaande toestemming van het *kind* vereist, *indien het de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt* (art. 329*bis*, § 2, 2de lid, eerste zin B.W.).

Onder gelding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 was de leeftijd vanaf dewelke het kind zelf tot zijn erkenning moest toestemmen, vastgelegd op 15 jaar.[80] In het wetsvoorstel-597 was al de idee opgenomen om die leeftijdsgrens te verlagen tot 12 jaar, met verwijzing naar de rechtspraak van het Arbitragehof.[81] In de subcommissie Familierecht 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 is, maar pleitten voor de vaststelling van de leeftijdsgrens op 12 jaar, teneinde in overeenstemming te zijn met het adoptierecht[82] en er zodoende voor te zorgen dat de wetteksten cohe-

---

75 Zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, p. 44-45, met vermelding van de amendementen van de dames Van der Auwera en Taelman en de heer Wathelet; zie ook *infra*, nr. 294 en voetnoot 175.

76 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, uiteenzetting door prof. J. GERLO tijdens een hoorzitting, opgenomen in bijlage 1 bij het verslag namens de subcommissie familierecht, p. 88.

77 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 53.

78 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/010, amendement nr. 39 A (Wathelet).

79 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de commissie voor de justitie, 26 *j°* 30.

80 Zie het oude art. 319, § 3, 2de lid B.W.

81 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 5 (arrest nr. 66/2003, 14 mei 2003).

82 Nochtans zie ik een betekenisvol *verschil* in deze context tussen erkenning en adoptie: een 12-jarige met onderscheidingsvermogen heeft een absoluut vetorecht tegen zijn

renter zijn.[83] In de Senaat werd, ondanks een verwijzing naar de verplichting om de minderjarige ouder dan 12 jaar op te roepen teneinde gehoord te worden in procedures voor de jeugdrechtbank[84], nogmaals gepoogd de leeftijdsgrens opnieuw op 15 jaar te brengen; een amendement met deze strekking werd – met de kleinst mogelijke meerderheid – verworpen.[85]

239. De toestemming van het minderjarig niet ontvoogd kind is niet vereist indien het kind onbekwaam is verklaard of zich in een staat van verlengde minderjarigheid bevindt, dan wel 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. 329*bis*, § 2, 2de lid, tweede zin B.W.).

Aangenomen moet worden dat noch de ambtenaar van de burgerlijke stand, noch de notaris kunnen 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 de nodige toestemmingen worden geuit. De wet vereist immers dat dit gebrek aan onderscheidingsvermogen door de rechtbank wordt vastgesteld in een gemotiveerd proces-verbaal. De wetgever heeft deze bepaling doelbewust[86] gekopieerd uit het adoptierecht[87], als remedie voor eventuele problemen n.a.v. de verlaging van de leeftijd waarop het kind zelf tot zijn erkenning moet toestemmen[88], maar is daarbij klaarblijkelijk uit het oog verloren dat adoptie en erkenning in dit opzicht niet vergelijkbaar zijn, nu de te adopteren minderjarige van 12 jaar of ouder sowieso door de rechtbank wordt gehoord[89], terwijl de rechtbank totaal geen uitstaans heeft met een erkenning waarvoor de nodige toestemmingen worden bekomen.

---

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.

83 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 54.

84 Art. 56*bis* Jeugdbeschermingswet, zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, inleidende uiteenzetting door de minister van Justitie, p. 3 en algemene bespreking, 9.

85 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, amendement nr. 3 (Nyssens) – verworpen (6 stemmen tegen 5).

86 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de commissie voor de justitie, 25.

87 Zie art. 348-1, 2de lid B.W.

88 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 55.

89 Zie art. 1231-10, 2° Ger.W.

240. Samengevat:
- Indien een man een ongeboren kind wil erkennen, moet de vrouw die dit kind draagt tot deze prenatale erkenning toestemmen.
- Indien een man een minderjarig niet ontvoogd kind wil erkennen erkent, moet de vrouw wiens 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.

241. De verlaging van de leeftijd waarop de niet ontvoogde minderjarige tot een vaderlijke erkenning moet toestemmen, noopt niet tot een specifieke bepaling van *overgangsrecht*.[90] De algemene regels inzake overgangsrecht vereisen dat de erkenning voldoet aan de grondvoorwaarden bepaald door de wet die van kracht is op de dag van de opmaak van de erkenningsakte.[91] De ambtenaren van de burgerlijke stand en de notarissen zal dus vanaf 1 juli 2007 geen erkenningsakte kunnen opmaken zonder de toestemming van het 12-jarige kind.

c. 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

242. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal een vaderlijke 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, dan wel in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven.

In deze gevallen moet de erkenningsakte worden medegedeeld aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf, indien dit de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, tenzij dezen vooraf in de erkenning hebben toegestemd (art. 329*bis*, § 3, 1ste en 2de lid B.W.).[92] Binnen zes maanden te rekenen vanaf de kennisgeving of betekening[93],

---

90 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 45 (regering), verantwoording, 5 – aangenomen.

91 P. ROUBIER, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, Parijs, Dalloz et Sirey, 1960 (2e ed.), 196.

92 Deze bepaling is een geactualiseerde versie van het vroegere art. 319, § 4 B.W.

93 Voor details i.v.m. deze publiciteitsregeling, zie *infra*, nrs. 340-341.

kunnen de personen aan wie de erkenning is medegedeeld, de vernietiging van de erkenning vorderen (art. 329*bis*, § 3, 3de lid B.W.). Deze bijzondere procedure tot nietigverklaring van een erkenning die zonder toestemming is tot stand gekomen, wordt verder besproken.[94]

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

243. 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 moeder en/of kind *in de erkenningsakte* kan/kunnen worden gegeven – dit blijkt ook uit artikel 62, § 1, 1ste lid, 3° B.W. – *of 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.[95]

244. Wordt de toestemming *in het buitenland* gegeven, dan zal dit moeten gebeuren ten overstaan van de ambtenaar die volgens de ter plaatse geldende wetgeving bevoegd is om dergelijke toestemming authentiek vast te stellen of desgevallend ten overstaan van de ter plaatse bevoegde Belgische diplomatieke agent of consulair ambtenaar.[96]

3. Toestemmingsweigering en het geding dat daarop volgt

245. 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*

---

94 *Infra*, nrs. 385 e.v.

95 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, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8325, met zoveel woorden herbevestigd door Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29208.

96 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Commentaar bij art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 7, nr. 7.

moet niet verantwoord worden, noch voor de ambtenaar van de burgerlijke stand[97], noch voor een notaris.

246. Bij gebreke van de wettelijk vereiste toestemmingen, kan de erkenning niet doorgaan zonder een *procedure voor de rechtbank van eerste aanleg* met als sluitstuk een vonnis waarin de rechtbank oordeelt dat de erkenning kan plaatsvinden.

De wet bepaalt dat de man die het kind wil erkennen de personen wier toestemming vereist is dagvaardt voor de rechtbank. De partijen worden in raadkamer gehoord en de rechtbank poogt ze te verzoenen. Indien de verzoeningspoging succesvol is, ontvangt de rechtbank de nodige toestemmingen. Bij gebreke van verzoening wordt het verzoek tot erkenning verworpen als vaststaat dat de verzoeker niet de biologische vader is. Als het verzoek een kind betreft dat op het ogenblik van 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 het belang van het kind (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.).

De regels die het geding na toestemmingsweigering beheersen, zijn fundamenteel gewijzigd. Ze worden verder *in extenso* besproken (zie *infra*, § 2, nrs. 267 e.v.).

C. Uit de erkenning blijkt geen op bloed- of aanverwantschap gesteund absoluut huwelijksbeletsel tussen de erkenner en de moeder (art. 321 B.W.)

247. Onder gelding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 was een vaderlijke erkenning verboden, wanneer uit die erkenning een huwelijksbeletsel zou blijken tussen de erkenner en de moeder waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen. Dit verbod tot erkenning waaruit een zgn. absoluut huwelijksbeletsel blijkt, is door de Wet van 1 juli 2006 een eerste maal afgezwakt, onder invloed van de rechtspraak van het Arbitragehof. Op 17 december 2003 – toevallig exact dezelfde dag waarop het wetsvoorstel-597 in de Kamer werd ingediend – heeft het Arbitragehof het verbod tot vaderlijke erkenning van een kind dat een man bij zijn stiefdochter had verwekt, als discriminatoir bestem-

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

peld, in een situatie waarin de erkenning had plaatsgevonden op een ogenblik dat het huwelijk van de erkenner en de moeder van deze stiefdochter reeds was ontbonden door echtscheiding.[98]

Krachtens artikel 321 B.W., zoals gewijzigd door de Wet van 1 juli 2006, blijft een vaderlijke erkenning principieel verboden wanneer uit die erkenning een huwelijksbeletsel blijkt tussen de erkenner en de moeder waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen, maar dit *verbod vervalt indien het huwelijk waardoor dat beletsel is ontstaan, nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding*.

Duidelijk moet zijn dat deze tempering van het verbod tot erkenning enkel geldt voor de erkenning van een aanverwant kind (waarmee de erkenner via huwelijk verbonden is), niet voor de erkenning van een bloedverwant (waarmee de erkenner een bloedband heeft).

248. Sinds de inwerkingtreding van de Wet van 15 mei 2007[99] is het *huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn niet langer absoluut*, want vatbaar voor ontheffing door de Koning[100], met als gevolg dat de mogelijkheden tot vaststelling van de afstamming tussen een vader en een aanverwant kind nog vergroot zijn, in die zin dat het huwelijk van vader of kind zelfs niet ontbonden of nietig verklaard moet zijn vooraleer de afstammingsband kan worden vastgesteld, telkens wanneer uit de vaststelling van de afstamming slechts een relatief huwelijksbeletsel blijkt.

Concreet betekent dit bv. dat het voor een man niet langer verboden is om, zelfs nog tijdens zijn huwelijk, een kind te erkennen dat hij heeft

98 Arbitragehof nr. 169/2003, 17 december 2003, *B.S.* 20 februari 2004, 10283, *NjW* 2004, 409, noot GV en *R.W.* 2003-04, 1375. Volgens het Hof schendt (het oude) art. 321 B.W. de artt. 10-11 van de Grondwet in zoverre het de vader niet toestaat het kind te erkennen wanneer uit de erkenning tussen de moeder en hemzelf een huwelijksbeletsel zou blijken dat te wijten is aan aanverwantschap en waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen, *"wanneer die band van aanverwantschap is verdwenen"*. Deze laatste zinsnede is evenwel ongelukkig geformuleerd, nu de aanverwantschap niet verdwijnt na de ontbinding van het huwelijk dat deze vorm van verwantschap deed ontstaan.

99 Wet 15 mei 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het huwelijk tussen aanverwanten, *B.S.* 29 juni 2007, 35863, in werking getreden op 9 juli 2007.

100 Zie de wijziging van art. 164 B.W., waardoor het huwelijksverbod tussen aanverwanten in rechte opgaande en nederdalende lijn om gewichtige redenen kan worden opgeheven.

verwekt bij zijn schoondochter of stiefdochter, of bij zijn schoonmoeder of stiefmoeder.

Merkwaardig genoeg werden de huwelijksverboden na gewone adoptie, opgesomd in artikel 353-13 B.W., totaal ongemoeid gelaten[101], terwijl in een coherente visie ook de absolute huwelijksbeletselen tussen aanverwanten in de rechte lijn die volgen uit gewone adoptie (art. 353-13, 1ste lid, 2° en 4° B.W.) moesten worden gerelativeerd.

249. Tijdens de parlementaire voorbereiding van het nieuwe afstammingsrecht was enerzijds al gesuggereerd om (naar Nederlands model) het huwelijksverbod tussen aanverwanten te schrappen[102], maar anderzijds ook om de bestaande huwelijksbeletselen te behouden maar het verbod tot dubbelzijdige vaststelling van alle vormen van incestueuze afstamming af te schaffen.[103] De minister van Justitie was, in haar antwoord op de – onduidelijke – opmerkingen van de Dienst Wetsevaluatie in dit verband, van oordeel dat niet verder moest worden gegaan dan een afzwakking van het bestaande verbod tot vaststelling van de afstamming in gevallen waarin het huwelijk dat het huwelijksbeletsel deed ontstaan, niet meer bestaat en sloot de discussie af met de verklaring dat andere hervormingen eventueel later kunnen volgen.[104] Zij zal op dat ogenblik wellicht niet vermoed hebben dat de wettelijke relativering van het huwelijksverbod gebaseerd op aanverwantschap in de rechte lijn al in werking zou treden nauwelijks enkele dagen na de nieuwe afstammingswetgeving en nog minder dat ten gevolge van de Wet van 15 mei 2007 de door de Wet van 1 juli 2006 doorgevoerde tempering van het verbod tot vaststelling van de afstamming t.a.v. een aanverwant kind in nagenoeg alle hypotheses betekenisloos is geworden.

---

101 In de – uiterst beknopte – parlementaire voorbereiding van de Wet van 15 mei 2007 wordt met geen woord gerept over huwelijksbeletselen als gevolg van adoptie.

102 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, schriftelijk technisch advies van prof. J. GERLO, opgenomen als bijlage bij het verslag namens de kamercommissie voor de justitie, 55; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, uiteenzetting door prof. P. SENAEVE tijdens een hoorzitting, opgenomen in bijlage 2 bij het verslag namens de subcommissie familierecht, 111.

103 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, schriftelijk technisch advies van prof. F. SWENNEN, opgenomen als bijlage bij het verslag namens de kamercommissie voor de justitie, p. 74.

104 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 22 *j°* 29.

Ik verduidelijk een en ander aan de hand van het volgende overzicht inzake (al dan niet voorwaardelijk) toegelaten en verboden vaderlijke erkenningen door een man.

1. Totaal verboden erkenningen waaruit een absoluut huwelijksbeletsel blijkt

250. Een man kan een kind dat hij heeft verwekt bij zijn dochter, moeder, kleindochter of grootmoeder niet erkennen. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen bloedverwanten in de rechte opgaande en nederdalende lijn (art. 161 B.W.).

251. Een man kan evenmin een kind erkennen dat hij bij zijn zus heeft verwekt. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen broer en zus (art. 162 B.W.). Ook de erkenning door een man van een kind dat hij heeft verwekt bij zijn halfzus[105] is onmogelijk, aangezien zij een bloedverwante is.

252. Een man die gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking gemeenschap heeft gehad met de moeder en als vermoedelijke verwekker veroordeeld is tot een uitkering voor een kind zonder vaststaande afstammingsband van vaderszijde, kan geen kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de onderhoudsgerechtigde of diens dochter of kleindochter, aangezien een vonnis waarbij de vermoedelijke verwekker krachtens artikel 336 B.W. wordt veroordeeld tot het betalen van een uitkering, dezelfde gevolgen heeft als de vaststelling van het vaderschap, wat de huwelijksbeletselen betreft (art. 341 B.W.).

253. Een man kan geen kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de vrouw die hij gewoon heeft geadopteerd of bij één van haar kinderen. Het huwelijk is immers ook na gewone adoptie absoluut verboden tussen adoptant enerzijds en geadopteerde of zijn afstammelingen anderzijds (art. 353-13, 1ste lid, 1° B.W.).

254. Een man kan geen kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de vrouw met wie de man die hem gewoon heeft geadopteerd, heeft samen-

105 Met wie hij slechts één ouder gemeenschappelijk heeft (volle broer en zus hebben beide ouders gemeenschappelijk).

gewoond of samenwoont. Evenmin kan een man een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de vrouw met wie de man die hijzelf heeft geadopteerd, heeft samengewoond of samenwoont. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen een geadopteerde en de persoon met wie de adoptant heeft samengewoond of samenwoont en, omgekeerd, tussen de adoptant en de persoon met wie de geadopteerde na gewone adoptie heeft samengewoond of samenwoont (art. 353-13, 1ste lid, 3° en 5° B.W.). De samenwoning waarvan sprake moet worden geïnterpreteerd zoals omschreven in artikel 343, § 1, *b)* B.W.[106]

255. Een ten volle geadopteerde man kan geen kind erkennen dat hij heeft verwekt bij zijn (groot)moeder of (klein)dochter in oorspronkelijke afstamming. Een man kan evenmin een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de vrouw die hij ten volle heeft geadopteerd en haar afstammelingen. Een ten volle geadopteerde man kan geen kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de (groot)moeder of (klein)dochter van zijn adoptant(e) en evenmin een kind dat hij verwekt heeft bij de vrouw die door de volle adoptie zijn zuster is geworden. Na volle adoptie gelden immers alle huwelijksbeletselen die tussen personen in oorspronkelijke verwantschap bestaan (art. 356-1, 2de lid B.W.).

2. Voorwaardelijk toegelaten erkenningen waaruit een absoluut huwelijksbeletsel blijkt

256. Een man kan in principe geen kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de (vorige) echtgenote van de man die hem gewoon heeft geadopteerd of bij de (vorige) echtgenote van de man die hijzelf heeft geadopteerd. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen een geadopteerde en de (vorige) echtgenoot van de adoptant en, omgekeerd, tussen de adoptant en de (vorige) echtgenoot van de geadopteerde na gewone adoptie (art. 353-13, 1ste lid, 2° en 4° B.W.).

---

106 F. SWENNEN, "De juridische gevolgen van de adoptie", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 152, nr. 274. Dit betekent dat de bedoelde (vroegere) samenwoning een wettelijke samenwoning moet zijn of een feitelijke samenwoning met een permanent en affectief karakter gedurende ten minste drie jaar op het tijdstip van de indiening van het verzoek om adoptie, voor zover de samenwoners zelf niet door een band van bloed- of aanverwantschap zijn verbonden die leidt tot een absoluut huwelijksbeletsel.

Krachtens artikel 321 B.W. bestaat er evenwel een uitzondering op het verbod tot erkenning waaruit een absoluut huwelijksbeletsel tussen de ouders zou blijken, *indien het huwelijk waardoor dat (huwelijks)beletsel is ontstaan, nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding.*

Dit betekent dat de erkenning door een man van een kind dat hij heeft verwekt bij de echtgenote van zijn gewoon adoptant of bij de echtgenote van zijn gewoon geadopteerde zoon pas rechtsgeldig kan plaatsvinden na het overlijden van één van beide echtgenoten of nadat het echtscheidingsvonnis of het vonnis dat het huwelijk nietig verklaart in kracht van gewijsde is getreden.

3. Toegelaten erkenningen waaruit een relatief huwelijksbeletsel blijkt

257. Een man kan een kind dat hij heeft verwekt bij zijn schoondochter, schoonmoeder, schoonkleindochter of schoongrootmoeder erkennen, net zoals een kind dat hij heeft verwekt bij zijn stiefmoeder of stiefdochter en zijn aanverwanten in verdere graad, zoals zijn stiefgrootmoeder en stiefkleindochter. Het huwelijksverbod tussen aanverwanten in de rechte opgaande en nederdalende lijn (art. 161 B.W.) is immers vatbaar voor ontheffing sinds de Wet van 15 mei 2007.

258. Een man die gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking gemeenschap heeft gehad met de moeder en als vermoedelijke verwekker veroordeeld is tot een uitkering voor een kind zonder vaststaande afstammingsband van vaderszijde, kan een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de echtgenote van de onderhoudsgerechtigde of de moeder of dochter, grootmoeder of kleindochter van die echtgenote, nu er sinds de Wet van 15 mei 2007 tussen aanverwanten in de rechte lijn enkel nog een relatief huwelijksbeletsel bestaat.

259. Een man kan een kind erkennen dat hij bij de dochter van zijn broer of zus heeft verwekt; eveneens kan hij een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de zus van zijn vader of moeder. De Koning kan immers

om gewichtige redenen het huwelijksverbod opheffen tussen oom en nicht, tante en neef (art. 163 *juncto* art. 164 B.W.).

260. Een gewoon geadopteerde man kan een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij een vrouw die door dezelfde man als hijzelf is geadopteerd. De Koning kan immers om wettige redenen ontheffing verlenen van het huwelijksverbod tussen adoptieve kinderen van dezelfde adoptant (art. 353-13, 1ste lid, 6° B.W.).

261. Een gewoon geadopteerde man kan een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij een dochter van zijn adoptant, aangezien de Koning om wettige redenen ontheffing kan verlenen van het huwelijksverbod tussen de geadopteerde en de kinderen van de adoptant (art. 353-13, 1ste lid, 7° B.W.).

262. Een ten volle geadopteerde man kan een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij zijn schoon(groot)moeder of schoon(klein)dochter, stief(groot)moeder of stief(klein)dochter in oorspronkelijke afstamming. Een ten volle geadopteerde man kan ook een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij zijn stief(groot)moeder na volle adoptie, zijnde de echtgenote van zijn vol adoptant (of haar moeder). Eveneens kan een vol adoptant een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij schoon(klein-)dochter na volle adoptie, zijnde de echtgenote van zijn adoptiefzoon (of haar dochter uit een vorig huwelijk). Daarnaast kan een man een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij schoon(groot)moeder na volle adoptie, zijnde de vol adoptante van zijn echtgenote (of haar moeder) en ten slotte kan een man ook een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij zijn stief(klein)dochter na volle adoptie, zijnde een door zijn echtgenote tijdens een vorig huwelijk ten volle geadopteerde dochter (of haar dochter). Het huwelijksverbod tussen aanverwanten in de rechte opgaande en nederdalende lijn na oorspronkelijke afstamming (art. 161 B.W.), dat door de volle adoptie ongemoeid wordt gelaten (art. 356-1, 2de lid B.W.) en dus bestaat zowel in de oorspronkelijke als in de adoptieve familie, is immers vatbaar voor ontheffing sinds de Wet van 15 mei 2007.

4. Toegelaten erkenningen waaruit geen huwelijksbeletsel blijkt

263. Sinds het huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus door de Wet van 27 maart 2001[107] is afgeschaft, bestaat er geen bezwaar meer tegen een erkenning van een kind dat een man heeft verwekt bij zijn schoonzus (aanverwante in de zijlijn).

264. Er bestaat geen bezwaar tegen een erkenning door een man wiens vader gewoon is geadopteerd, van een kind dat hij heeft verwekt bij de echtgenote, zus of moeder van de man die zijn vader heeft geadopteerd, noch tegen een erkenning door een man wiens vader een kind heeft geadopteerd en die een kind heeft verwekt bij de echtgenote, zus of moeder van dat gewoon geadopteerde kind.

265. Een man kan een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de dochter van zijn neef of nicht, bij de echtgenote van zijn grootoom en bij zijn nicht. Het huwelijk is immers niet verboden tussen grootoom en achternicht, groottante en achterneef en evenmin tussen neef en nicht.

266. Een man kan een kind erkennen dat hij heeft verwekt bij de dochter van de broer of zus van zijn overleden echtgenote of bij de zus van zijn vader of moeder wiens echtgenoot overleden is. Het huwelijksverbod, vervat in artikel 163 B.W., strekt zich immers ook niet uit tot de aanverwantschap in de zijlijn in de derde graad: een huwelijk tussen een oom (weduwnaar) en de nicht van zijn (overleden) echtgenote of een huwelijk tussen een tante (weduwe) en de neef van haar (overleden) echtgenoot is geldig (art. 163 B.W. *a contrario*).

§ 2. GEDING NA TOESTEMMINGSWEIGERING

267. De ouder en de niet ontvoogde minderjarige van twaalf jaar of ouder hebben – in tegenstelling tot de meerderjarige en de ontvoogde minderjarige – geen absoluut vetorecht tegen een voorgenomen erkenning. De persoon die het kind wil erkennen maar botst op een toestem-

107 Wet 27 maart 2001 tot wijziging van de artikelen 162 en 164 van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 11 mei 2001, 15482, in werking getreden op 21 mei 2001.

mingsweigering, beschikt, na deze toestemmingsweigering, immers over een recht op verhaal bij de rechtbank, die de partijen zal proberen verzoenen en, bij gebrek aan verzoening, beslist of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden. Het geding na toestemmingsweigering wordt beheerst door de regels opgenomen in artikel 329*bis*, § 2, 3de en 4de lid B.W., die hieronder worden besproken.

Hoewel uit de aanhef van artikel 329*bis*, § 3, 3de lid B.W.: "Bij gebreke van die toestemming*en*" (in het meervoud) zou kunnen worden afgeleid dat de zaak pas bij de rechtbank wordt aanhangig gemaakt als zowel de moeder als het niet ontvoogde minstens 12 jaar oude minderjarige kind dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt hun toestemming tot de erkenning weigeren, moet worden aangenomen dat de aspirant-erkenner een verhaalsrecht bij de rechtbank heeft indien moeder *of* kind weigert tot de erkenning toe te stemmen. Op dat ogenblik wordt het doel van de verzoeningspoging, m.n. het verkrijgen van "de nodige toestemmingen" immers niet bereikt.

A. Bevoegde rechtbank

268. Het geding na toestemmingsweigering kent niet langer zijn verloop voor twee verschillende rechterlijke instanties. Voortaan is enkel de *rechtbank van eerste aanleg* bevoegd om de verzoeningspoging te ondernemen én uitspraak te doen over de vordering bij gebrek aan verzoening. Onder het oude recht behoorde de verzoeningspoging tot de taken van de vrederechter en werd de zaak pas bij de rechtbank van eerste aanleg aanhangig gemaakt nadat deze poging was mislukt.[108]

Krachtens een algemeen principe van *overgangsrecht*, zijn de nieuwe bevoegdheidsregels vervat in artikel 329*bis* B.W. onmiddellijk van toepassing, ook op hangende gedingen. Sinds 1 juli 2007 is de vrederechter dus niet meer bevoegd om de partijen te verzoenen. Ook wanneer de procedure vóór die datum rechtsgeldig aanhangig was gemaakt – bij tegensprekelijk verzoekschrift – en de vrederechter onder gelding van het oude recht dag en uur had vastgesteld waarop de partijen voor hem in raadkamer moesten verschijnen, zal hij geen verzoeningspoging meer kunnen ondernemen wanneer de zitting plaatsvindt na de inwer-

[108] Zie art. 319, § 3, 3de lid (oud) B.W.

kingtreding van de nieuwe wet. De vrederechter zal de partijen wijzen op de nieuwe bevoegdheidsregels, waarna de aspirant-erkenner de weigerende partij(en) zal moeten dagvaarden voor de rechtbank van eerste aanleg.

269. In het wetsvoorstel-597 werd voorgesteld beide procedurefasen te laten plaatsvinden voor de jeugdrechtbank, omdat die beter dan de vrederechter toegerust zou zijn om het belang van het kind te beoordelen, nu zij zitting houdt met het openbaar ministerie en sociale onderzoeken kan gelasten[109], maar in de subcommissie familierecht bestond al eensgezindheid over meerdere amendementen[110] die ertoe strekten de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg te behouden, in afwachting van de oprichting van een familierechtbank.[111] In de kamercommissie voor de justitie werd vervolgens de voorkeur bekrachtigd voor de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg inzake erkenning.[112]

B. Gedinginleidend stuk

270. De procedure kan niet langer worden ingeleid via een verzoekschrift op tegenspraak; een *dagvaarding* is noodzakelijk.[113]

In het wetsvoorstel-597 werd nog voorgesteld om de onduidelijke term uit het oude recht ("gewoon verzoekschrift"[114]) te verduidelijken door te preciseren dat de procedure bij verzoekschrift op tegenspraak

---

109 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 9.

110 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/004, amendement nr. 6 (Taelman) – ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/004, amendement nr. 10 (Van der Auwera) – ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/009, amendement nr. 22 (Marghem) – ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/010, amendement nr. 40 (Wathelet) – gehandhaafd in de subcommissie, maar ingetrokken in de kamercommissie voor de justitie, na aanneming van amendement nr. 110 (Déom *c.s.*).

111 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 53 *j°* 56.

112 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de kamercommissie voor de justitie, 23-24 *j°* 30 *j°* 46.

113 De vijfde en de zesde zin van art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. scheppen verwarring door de term "verzoek" te bevatten, maar de eerste zin is duidelijk: bij gebreke van de nodige toestemmingen "dagvaardt" de aspirant-erkenner de personen wier toestemming vereist is.

114 Art. 319, § 3, 3de lid (oud) B.W.

(art. 1034*bis* e.v. Ger.W.) moet worden ingeleid[115], maar reeds in de subcommissie Familierecht bestond eensgezindheid om de dagvaarding te vereisen als wijze van gedinginleiding, gelet op de waarborgen die zij biedt.[116] In de kamercommissie voor de justitie werd dan ook een amendement in die zin aangenomen, met verwijzing naar de dagvaarding als gebruikelijke manier om een zaak aanhangig te maken.[117]

C. Afwezigheid van termijn om de vordering in te leiden

271. 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 rechtbank van eerste aanleg, bedoeld in artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. *niet aan enige termijn onderworpen*.

Dat de verjaringstermijn van artikel 331*ter* B.W. ter zake niet van toepassing is, werd ook onder gelding van het vroegere afstammingsrecht al aangenomen[118], maar is in het nieuwe recht expliciet in de wettekst opgenomen: de in dit artikel bepaalde verjaringstermijn geldt niet voor de op artikel 329*bis* B.W. gegronde vorderingen (art. 331*ter*, 3de lid B.W.).

Evident zijn de vervaltermijnen tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (art. 318, § 2 B.W.) en de erkenning (art. 330, § 1, 4de lid B.W.) evenmin van toepassing op de procedure bedoeld in artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W., die precies wordt gevoerd met het oog op de vaststelling van de afstamming.

---

115 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 9.

116 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/009, amendement nr. 22 (Marghem), verantwoording, 3 – ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 56-57.

117 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 109 (Déom *c.s.*), verantwoording, 3; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de kamercommissie voor de justitie, 26 *j°* 30 *j°* 46.

118 Zie reeds J.-P. MASSON, "La prescription", in X (ed.), *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, 3de lid (oud) B.W.).

272. In de praktijk zal de procedure logischerwijs wel worden ingeleid vóór de meerderjarigheid of ontvoogding van het te erkennen kind[119], aangezien de meerderjarige en de ontvoogde over een absoluut vetorecht beschikken tegen de voorgenomen erkenning.[120]

273. Luidens artikel 328*bis* B.W. kan de vordering bedoeld in artikel 329*bis* B.W. vóór de geboorte worden ingesteld door de *man die het vaderschap van het kind opeist*. Dit betekent dat een man die zijn (of een) kind prenataal wil erkennen maar stuit op een weigering vanwege de vrouw die het kind draagt, deze vrouw *reeds vóór de geboorte* kan dagvaarden, teneinde dit kind alsnog te kunnen erkennen.

De mogelijkheid voor de aspirant-erkenner om de vordering bedoeld in artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. reeds vóór de geboorte in te stellen, is pas voor het eerst in de Senaat aan de orde gekomen, via de aanneming van een regeringsamendement[121] dat ertoe strekte om toe te laten dat de biologische vader van een kind dat geboren zal worden uit een gehuwde vrouw ook na de afschaffing van artikel 320 B.W.[122] nog prenataal de toelating van de rechtbank tot erkenning zou kunnen bekomen.[123] De door de Senaat aangenomen tekst van artikel 328*bis* B.W., overgenomen in de Wet van 1 juli 2006, bevatte nog een tweede lid, hetgeen bepaalde dat het onderzoek van de zaak wordt uitgesteld tot na de geboorte indien de moeder gehuwd is, wellicht vanuit de bedoeling om de rechtbank enkel te laten oordelen in gevallen waarin het vaderschap van de echtgenoot van de moeder effectief zou komen vast te staan ingevolge de toepassing van het vermoeden van vaderschap.[124]

---

119 J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (deuxième partie)", *J.T.* 2007, (391) 396, nr. 40.

120 Zie *supra*, nr. 236 en *infra*, nr. 291.

121 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, amendement nr. 16 (regering) – aangenomen.

122 Zie *infra*, nrs. 308 e.v.

123 Over de mogelijkheid om o.g.v. art. 320 (oud) B.W. machtiging tot erkenning te bekomen van een verwekt, maar nog niet geboren kind, zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 368-371, nrs. 638-642, met talrijke verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer.

124 Vandaar de initiële uitzondering op het uitstel van het onderzoek van de zaak *"tenzij de moeder zich bevindt in één van de gevallen bedoeld in art. 316bis"*, zijnde gevallen waarin het vaderschap van de echtgenoot niet komt vast te staan (*Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, amendement nr. 16 (regering), p. 10). Deze uitzondering op de schorsing van het geding kwam al in de door de Senaat aangenomen tekst niet meer voor, na een suggestie tot schrapping door de dienst Wetsevaluatie, die opmerkte dat de moeder zich niet kan bevinden in een aantal gevallen opgesomd in art. 316*bis* B.W. wanneer het kind nog

Toen de federale regering, bij de voorbereiding van haar reparatiewet, het prenatale vorderingsrecht dat de man die het vaderschap opeist put uit artikel 328*bis* B.W. wou uitbreiden tot het geding waarin het vaderschap van de echtgenoot (rechtstreeks) wordt betwist[125], wees de Raad van State in zijn advies bij het voorontwerp van reparatiewet op het voorbehoud vervat in dit tweede lid van deze bepaling, zoals ingevoerd door de Wet van 1 juli 2006.[126] In antwoord op dit advies werd in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van reparatiewet gepreciseerd dat de voorgestelde tekst[127] ertoe strekte het volledige artikel 328*bis* B.W. te vervangen en dat dit tweede lid dus verdwijnt.[128] Een amendement dat er toe strekte deze bepaling *in globo* te doen vervallen[129], werd niet aangenomen.[130]

De tekst van artikel 328*bis* B.W., zoals aangepast door de Wet van 27 december 2006, maakt geen onderscheid meer tussen kinderen naargelang ze al dan niet uit een gehuwde vrouw geboren zijn; er is evenmin nog een wettelijke basis om de uitspraak uit te stellen tot na de geboorte telkens wanneer het verzoek een overspelig kind *a matre* betreft. In de memorie van toelichting bij deze reparatiewet staat integendeel duidelijk te lezen dat er over het verzoek van de man die het vaderschap opeist (*in casu*: de aspirant-erkenner) uitspraak zal kunnen worden gedaan vóór de geboorte.[131] Nochtans is het zo dat er zich complicaties voordoen op het vlak van de bewijslevering telkens de rechtbank uitspraak

niet geboren is (*Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 62).

125 Deze bedoeling blijkt duidelijk uit de voorgestelde tekst, waarin, naast de bestaande verwijzing naar art. 329*bis* B.W., een verwijzing naar art. 318 B.W. wordt toegevoegd; de verantwoording voor deze wijziging is evenwel gebrekkig, aangezien deze vermeldt dat de mogelijkheid voor een man om prenataal toestemming tot erkenning te vorderen door de Wet van 1 juli 2006 zou zijn afgeschaft (*Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/001, wetsontwerp, memorie van toelichting bij art. 475, p. 239). Dit is immers onjuist: krachtens art. 328*bis* B.W., zoals ingevoerd door de Wet van 1 juli 2006 beschikte de aspirant-erkenner wel degelijk over een prenataal vorderingsrecht (eerste lid), maar moest de rechtbank in het geval van een overspelig kind *a matre* het onderzoek van de zaak uitstellen tot de geboorte (tweede lid).

126 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/002, advies van de Raad van State, 566-567.

127 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/001, voorontwerp van wet, tekst van art. 526, 459.

128 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/001, wetsontwerp, memorie van toelichting bij art. 475, 240.

129 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/2, amendement nr. 28 (H. Vandenberghe) – verworpen.

130 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1988/4, verslag namens de commissie voor de justitie, 15 *j°* 26.

131 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/001, wetsontwerp, memorie van toelichting bij art. 475, 240.

zou willen doen vóór de geboorte van het kind. Ik kom daar verder nog op terug, bij de bespreking van het oordeel van de rechtbank.[132]

D. Vertegenwoordiging van het te erkennen kind

274. De vertegenwoordigingsregeling uit artikel 331*sexies* B.W. doet geen afbreuk aan het recht van de onbekwamen om (ook) persoonlijk in het geding op te treden dat de wet verleent aan de niet ontvoogde minderjarige die de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt (zie aanhef art. 331*sexies* B.W., dat o.m. verwijst naar art. 329*bis*, § 2, 2de lid B.W.). Een geding o.g.v. artikel 329*bis*, § 2, 2de lid B.W. is slechts mogelijk indien het te erkennen kind minderjarig en niet-ontvoogd is. Inzake de vertegenwoordiging van deze minderjarige moet een onderscheid worden gemaakt naargelang het kind al dan niet de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt.

1. Het kind is jonger dan twaalf jaar

275. Onder gelding van het oude recht heeft het Hof van Cassatie een duidelijk arrest gewezen over de procespositie van het minderjarig niet ontvoogd kind dat de leeftijd om toe te stemmen tot zijn erkenning (toentertijd vijftien jaar) nog niet heeft bereikt. Het Hof besliste dat artikel 331*sexies* B.W. enkel de vertegenwoordiging van de onbekwamen als eisers of als verweerders regelt, in de gedingen betreffende hun afstamming. Het kind van minder dan vijftien jaar dat het voorwerp is van een erkenning door een man, werd geen partij geacht in de procedure o.g.v. het oude artikel 319, § 3 B.W., noch als eiser, noch als verweerder.[133] Aangezien de onbekwamen slechts in een afstammingsgeding vertegenwoordigd moeten worden wanneer zij daadwerkelijk partij zijn in het geding[134], kan op basis van het cassatiearrest van 29 april 1993 *a fortiori* worden verdedigd dat het kind jonger dan twaalf jaar niet moet worden verte-

---

132 Zie *infra*, nr. 289.

133 Cass. 29 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, 416, *Pas.* 1993, I, 411, *R.W.* 1993-94, 508 en *T.B.B.R.* 1994, 219, concl. J.-M. PIRET en noot N. DENIES; in dezelfde zin: Luik 19 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 410 en *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 761.

134 J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 134, nr. 250.

genwoordigd in het geding dat werd ingeleid nadat zijn ouder heeft geweigerd toe te stemmen tot een voorgenomen erkenning.

Opgemerkt moet worden dat deze cassatierechtspraak op de helling is komen te staan na een arrest waarin het Arbitragehof heeft geoordeeld dat het kind jonger dan vijftien jaar wordt gediscrimineerd bij zijn erkenning door een man door het ontbreken van een procedure die de rechter in staat stelt rekening te houden met de toestemming van deze minderjarige, hetzij met zijn persoonlijke toestemming indien hij in staat is zijn eigen mening te vormen, "hetzij bij wege van vertegenwoordiging van de minderjarige door de personen die voor hem instaan".[135]

Op basis van deze overweging van het Arbitragehof is in de lagere rechtspraak geoordeeld dat het kind jonger dan vijftien jaar wiens moeder haar toestemming tot de erkenning door een man heeft geweigerd, als partij in het geding ex artikel 319, § 3 B.W. moet worden beschouwd. Op vraag van de moeder nodigde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen de voorzitter van de rechtbank uit om een voogd *ad hoc* aan te stellen, na de vaststelling dat er *in casu* een reëel risico op tegenstrijdigheid van belangen bestond.[136]

276. In het nieuwe afstammingsrecht werd de vertegenwoordigingsregeling niet inhoudelijk gewijzigd: in artikel 329*bis*, § 2 B.W. zijn geen regels i.v.m. de vertegenwoordiging van het te erkennen kind opgenomen en in artikel 331*sexies* B.W. werden enkel de vroegere verwijzingen naar de bepalingen waarin een vorm van inspraak aan minderjarigen werd verleend, geactualiseerd. Toch lijkt – gelet op het arrest dat het Arbitragehof wees op 14 mei 2003 – een grondwetsconforme regeling te vereisen dat het kind jonger dan twaalf jaar zijn stem kan uiten in het geding dat plaatsvindt nadat zijn moeder haar toestemming tot een erkenning van dit kind heeft geweigerd. Mijns inziens is er geen sprake van een risico op, maar bestaat er principiële belangentegenstelling tussen moeder en kind. Hoewel moeder en kind allebei verwerende partij zijn in het geding dat werd ingeleid door de aspirant-erkenner, kan de moeder, gelet op deze principiële belangentegenstelling, nooit optreden *q.q.* wettelijke vertegenwoordiger van het kind, nu dit kind in de

135 Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, overweging B.7.2 *in fine*.
136 Rb. Namen 17 december 2003, *J.L.M.B.* 2004, 1689, noot M. DEMARET.

regel – minstens een patrimoniaal – belang heeft bij de voorgenomen erkenning waartegen de moeder zich reeds heeft verzet. Er moet dan ook steeds een voogd *ad hoc* worden aangewezen door de voorzitter van de rechtbank, op verzoek van elke belanghebbende of van de procureur des Konings.

2. Het kind heeft de volle leeftijd van twaalf jaar bereikt

277. De niet ontvoogde minderjarige van twaalf jaar of ouder is wel degelijk partij in het geding aangezien zijn toestemming vereist is. De vraag rijst dan ook of hij overeenkomstig artikel 331*sexies* B.W. in het geding waarvan sprake in artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. moet worden vertegenwoordigd. Mijns inziens kan de niet ontvoogde minderjarige die de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt in de regel[137] zelf optreden als verweerder in het geding en hoeft hij niet vertegenwoordigd te worden.[138] Deze zienswijze sluit aan bij het voorbehoud dat in de aanhef van artikel 331*sexies* B.W. voor deze categorie kinderen is geformuleerd m.b.t. artikel 329*bis*, § 2, 2de lid B.W., dat de toestemming van het te erkennen kind vereist indien het de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt. Aangezien er bij het uiten van deze toestemming totaal geen sprake kan zijn vertegenwoordiging, moet het voorbehoud uit de aanhef van artikel 331*sexies* B.W. wel slaan op de procedure ex artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W., teneinde niet geheel betekenisloos te zijn. Ten slotte kan de toepassing van de vertegenwoordigingsregeling inzake "gedingen betreffende hun afstamming" op minderjarigen die partij zijn in het geding na toestemmingsweigering tot een erkenning[139] in vraag worden gesteld, aangezien het in de procedure o.g.v. artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. niet gaat om een vordering die ertoe strekt de afstamming

---

137 Met uitzondering van de gevallen waarin zijn toestemming niet vereist is omdat hij onbekwaam is verklaard, zich in een staat van verlengde minderjarigheid bevindt of de rechtbank o.g.v. feiten vastgesteld in een met redenen omkleed proces-verbaal oordeelt dat hij geen onderscheidingsvermogen heeft (zie art. 329*bis*, § 2, 2de lid, tweede zin B.W.).

138 In dezelfde zin, onder gelding van het oude recht, m.b.t. het kind van vijftien jaar of ouder: E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 117, nr. 21; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 333.

139 Verdedigd door Adv.-Gen. PIRET, conclusie voor Cass. 29 april 1993, *T.B.B.R.* 1994, (219) 221, waar – verkeerdelijk – wordt verwezen naar J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 320.

vast te stellen of te betwisten: de staat van het kind wordt pas door de – latere – erkenning gewijzigd.

De visie dat het kind ouder dan twaalf jaar zelf als verweerder kan optreden in het geding ex artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. is verenigbaar met het arrest van het Arbitragehof d.d. 14 mei 2003. Nu ook de wetgever veronderstelde dat een kind van twaalf jaar of ouder in staat is zijn eigen mening te vormen (door hem het recht te geven zijn toestemming te weigeren), moet worden aanvaard dat deze minderjarige zijn visie omtrent de erkenning persoonlijk aan de rechter kan toelichten, zonder vertegenwoordiging.

E. Verzoeningspoging door de rechtbank

278. Wanneer de moeder of het niet ontvoogde minderjarige kind dat de volle leeftijd van 12 jaar heeft bereikt niet tot een vaderlijke erkenning toestemt en de aspirant-erkenner de weigerende partij(en) gedagvaard heeft, worden de *partijen in raadkamer gehoord*. De rechtbank poogt ze te verzoenen (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.).

279. Nu de *verzoeningspoging* doelbewust werd behouden in het hervormde recht[140] – zij het dat ze zich voortaan niet langer afspeelt voor de vrederechter, maar voor de rechtbank van eerste aanleg –, moet worden aangenomen dat ze *verplicht* is en niet achterwege kan worden gelaten door een rechtstreeks oordeel van de rechtbank van eerste aanleg dat de erkenning al dan niet kan plaatsvinden.[141]

280. Gelet op het hoogstpersoonlijke karakter van de erkenning en de toestemmingen die ervoor vereist zijn, moeten de *partijen* – de man die het kind wil erkennen (eiser), de moeder en het kind dat de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt (verweerders) – *persoonlijk aanwezig* zijn op de verzoeningszitting die plaatsvindt in raadkamer. Zij kunnen zich

---

140 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 9 (waarin werd voorgesteld de verzoeningsopdracht aan de jeugdrechtbank toe te vertrouwen).

141 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 *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 187).

laten bijstaan door een advocaat; er kan evenwel niet worden aanvaard dat zij zich laten vertegenwoordigen door hun advocaat[142], mede gelet op het persoonsgebonden karakter van de verzoeningsprocedure.

281. *Indien de rechtbank de partijen tot verzoening brengt* – wat in deze context betekent dat de weigerende partijen terugkomen op hun toestemmingsweigering en zich niet langer tegen de erkenning verzetten –, *ontvangt zij de nodige toestemmingen* (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.).

Van de zitting in verzoening kan een proces-verbaal worden opgemaakt (vgl. art. 733 Ger.W. inzake minnelijke schikking), waarin akte wordt genomen van de gegeven toestemmingen. De vereiste toestemmingen kunnen ook door de rechtbank worden opgenomen in een akkoordvonnis.[143]

De vraag rijst of de rechtbank 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 verdedigd[144] omdat een vonnis ongetwijfeld een authentieke akte is in de zin van artikel 327 B.W., 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.[145]

F. Oordeel van de rechtbank bij gebrek aan verzoening

282. Bij gebreke van verzoening wordt het verzoek tot erkenning verworpen als vaststaat dat de verzoeker niet de biologische vader is. Als het verzoek een kind betreft dat op het tijdstip van de indiening van het

---

142 In die zin: Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, *onuitg.*

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

144 Zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 261-262, nr. 421, met verwijzingen naar beide strekkingen.

145 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 B.W. in hoger beroep wenste te horen zeggen voor recht dat hij de vader van het kind is.

verzoek een jaar of ouder is, kan de rechtbank bovendien[146] de erkenning weigeren als ze kennelijk strijdig is met de belangen van het kind (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.).

Telkenmale de verzoeningspoging mislukt – wat in de praktijk eerder regel dan uitzondering is – zal de rechtbank het geschil moeten beslechten middels een uitspraak of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden.

1. Ratio en ontstaansgeschiedenis van de nieuwe wettelijke regeling

283. In het wetsvoorstel-597 werd een systeem voorgesteld waarbij het oordeel van de rechtbank in de procedure na toestemmingsweigering tot een erkenning gedetermineerd bleef door de biologische werkelijkheid, maar waarin bij gebrek aan bewijs van niet-vaderschap van de kandidaat-erkenner – anders dan wat gold onder de Afstammingswet van 31 maart 1987 – een onderscheid werd gemaakt naargelang het tijdstip waarop het geding na toestemmingsweigering werd ingeleid. Een verzoek tot erkenning binnen het jaar na de kennisneming van de geboorte zou niet aan een opportuniteitsoordeel worden onderworpen, een aanvraag tot erkenning meer dan één jaar na de kennisneming van de geboorte wel, maar deze opportuniteitscontrole mocht slechts marginaal zijn.[147]

Reeds in de subcommissie Familierecht werd gewezen op het mogelijks discriminatoire karakter van deze scharniertermijn van één jaar waarbinnen een man zonder opportuniteitsoordeel van de rechtbank een kind kan erkennen[148], alsook op de rechtsonzekerheid die het begrip "kennisneming" in het leven roept.[149]

In de kamercommissie voor de justitie werden vervolgens amendementen aangenomen waarin de éénjarige leeftijd van het kind het schar-

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

147 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 10.

148 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 55.

149 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 56.

nierpunt bleef[150], maar waarin het tijdstip waarop de leeftijd van het kind in aanmerking wordt genomen, gewijzigd werd naar het tijdstip van de indiening van het verzoek.[151] Een erkenning binnen een jaar na de geboorte wordt geacht te stroken met het belang van het kind.[152]

Na kritische vragen van leden van de senaatscommissie bij het onderscheid tussen kinderen naargelang deze al dan niet de leeftijd van één jaar hebben bereikt op het ogenblik van de inleiding van de procedure, sprak de Minister van Justitie zich uit ten gunste van een marginale controle op de erkenning door een man die meer dan een jaar gewacht heeft met zijn erkenning.[153] De door de Kamer aangenomen tekst van artikel 329*bis*, § 3, 3de lid B.W. werd in de Senaat niet meer gewijzigd.

2. Bewijs dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is

284. In de nieuwe wettelijke regeling blijft het oordeel van de rechtbank gedetermineerd door de biologische werkelijkheid. Het bewijs van biologisch niet-vaderschap van de kandidaat-erkenner *volstaat opdat de rechtbank het verzoek tot erkenning moet afwijzen*. In de praktijk zal het evident 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.

285. Hoewel artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. niet bepaalt op welke wijze het niet-vaderschap 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 getuigenverhoor.

---

150 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 110 (Déom *c.s.*) – aangenomen (10 stemmen en 3 onthoudingen na eerste stemming, éénparig na tweede stemming).

151 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/027, amendement nr. 115 (Déom *c.s.*), subamendement op amendement nr. 110 – aangenomen (zelfde stemverhoudingen als amendement nr. 110).

152 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 110 (Déom *c.s.*), verantwoording, 3.

153 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 40.

Er is rechtsleer[154] en rechtspraak[155] die aanvaardt dat de rechtbank, in toepassing van artikel 331*octies* B.W., ambtshalve een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kan bevelen.

3. Afwezigheid van bewijs van biologisch niet-vaderschap van de aspirant-erkenner

286. Wordt het bewijs van biologisch niet-vaderschap van de aspirant-erkenner niet geleverd, bv. omdat alle partijen weten dat hij wel degelijk de biologische vader van het kind is of omdat het aangeboden bewijsmateriaal de rechtbank niet kan overtuigen, dan ligt in artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. 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*.

287. Gelet op het feit dat de wet duidelijk bepaalt dat het geding na toestemmingsweigering moet worden ingeleid bij dagvaarding[156], is het *relevante tijdstip* van de "indiening van het verzoek" *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.[157]

De beoordelingsmacht van de rechtbank van eerste aanleg verschilt in belangrijke mate naargelang het kind jonger of ouder is dan één jaar op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding.

---

154 P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 121, nr. 223.

155 Rb. Aarlen 7 juni 1991, *J.T.* 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.

156 Zie *supra*, nr. 270.

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

a. Het te erkennen kind is jonger dan één jaar op het tijdstip van inleiding van de procedure

288. Is het kind op het ogenblik dat de aspirant-erkenner de dagvaarding laat betekenen nog geen jaar oud, dan heeft de *rechtbank* geen appreciatiemarge en *moet* zij *oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden* telkens wanneer het bewijs van niet-vaderschap van de eiser niet wordt geleverd. Dit volgt – 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.

289. Hoger[158] werd verduidelijkt dat de man die een kind prenataal wil erkennen, maar daarbij stuit op de toestemmingsweigering van de (toekomstige) moeder, deze vrouw nog tijdens haar zwangerschap kan dagvaarden. De vordering bedoeld in artikel 329*bis* B.W. kan immers al vóór de geboorte worden ingesteld door de man die het vaderschap van het kind opeist (art. 328*bis* B.W.). Het is evenwel zeer de vraag of de rechtbank over deze vordering uitspraak zal willen doen indien er geen onomstotelijk bewijs van genetisch (niet-)vaderschap van de aspirant-erkenner voorligt. Een vruchtwaterpunctie kan uitsluitsel bieden over het genetische vaderschap van de aspirant-erkenner[159], 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.[160] Het recht op vaststelling van

---

158 Zie *supra*, nr. 273.

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

160 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, *R.W.* 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 dwanguitoefening op de persoon, onder meer om hem tot een daad te dwingen of zich aan een lichamelijk 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 E.V.R.M."*. Het Hof was van oordeel dat dit rechtsbeginsel het deskundigenonderzoek bepaald in art. 331*octies* B.W. 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 onder-

de afstamming en het daaruit voortvloeiende familie- en gezinsleven, gewaarborgd door artikel 8 E.V.R.M., is geen argument om uit de weigering van de zwangere vrouw om een vruchtwaterpunctie te ondergaan een feitelijk vermoeden in haar nadeel af te leiden, nu de afstamming niet wordt vastgesteld door het vonnis ex artikel 329*bis*, 2, 3de lid B.W., maar wel door de latere erkenning. 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 rechtbank 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.

b. Het te erkennen kind is ouder dan één jaar op het tijdstip van inleiding van de procedure

290. 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 (art. 329*bis*, 2, 3de lid *in fine* B.W.).

De uitdrukking *"kennelijk strijdig met het belang van het kind"* was al terug te vinden in het wetsvoorstel-597, waarin meteen werd verduidelijkt dat een *marginale controle* beoogd werd: 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.[161]

In de subcommissie Familierecht vroegen sommige leden 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.[162]

werpen mag beoordelen en dat hij *"uit de weigering zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden mag afleiden"*.

161 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, p. 10. Zie art. 32 Jeugdbeschermingswet.

162 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, wetsvoorstel, verslag namens de subcommissie familierecht, 57.

Nadat deze kwestie in de kamercommissie voor de justitie onbesproken was gebleven, werd de minister van Justitie in de Senaat ondervraagd over de criteria die de rechter moet hanteren om zijn marginale controle uit te voeren. Zij antwoordde 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"*.[163]

Hoewel de vaagheid van de wettekst betreurd kan worden[164], 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 ontzet[165], is het nieuwe recht toch iets duidelijker dan het vroegere, 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.[166] De Franse tekst van de Wet van 1 juli 2006 (*"manifestement contraire à"*) verwoordt beter dan de Nederlandse de doelstelling van de wetgever; de weigering van de erkenning moet beperkt blijven tot extreme gevallen.

291. Bereikt het te erkennen kind de leeftijd van achttien jaar tijdens het geding of wordt het ontvoogd op een ogenblik dat de rechtbank nog geen uitspraak heeft gedaan, dan rijst de vraag of het nog wel zinvol 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 329*bis*, § 1 B.W. niet zal bekomen. Aangenomen moet worden dat de rechtbank telkens wanneer de meerderjarig geworden of ontvoogde minderjarige gekant is tegen de voorgenomen erkenning, moet oordelen dat de erkenning niet kan plaatsvinden, nu zij kennelijk niet in het belang van de te erkennen persoon is (art. 329*bis*, § 2, 3de lid *in fine*

163 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 41-42.
164 N. MASSAGER, "La proposition de loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, (193) 225, nr. 30.
165 N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (coord.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, 81, nr. 30.
166 Oud art. 319, § 3, 4de lid B.W.

B.W.), die als meerderjarige of ontvoogde minderjarige het best geplaatst is om zijn eigen belang te kunnen beoordelen.

4. Samenvatting

292. Bij gebrek aan verzoening zal de rechtbank als volgt oordelen:

– Wordt bewezen dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is, dan wordt de vraag tot erkenning verworpen en zal de erkenning niet kunnen doorgaan. De rechtbank heeft geen appreciatiebevoegdheid en zal het belang van het kind niet mogen beoordelen.
– Ontbreekt het bewijs van niet-vaderschap van de aspirant-erkenner, dan is de situatie verschillend naargelang 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.
  In het geval van een kind jonger dan één jaar, moet de rechtbank oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden, zonder het belang van het kind te beoordelen.
  In het geval van een kind ouder dan één jaar, velt de rechtbank een opportuniteitsoordeel in die zin dat ze het belang van het kind marginaal zal toetsen, hetgeen betekent dat ze de voorgenomen erkenning enkel kan weigeren indien deze naar haar oordeel manifest ingaat tegen de belangen van het kind.

Schematisch:

Biologisch niet-vaderschap erkenner	**Leeftijd kind bij inleiding geding**	**Beslissing van de rechtbank**
bewezen	irrelevant	erkenning moet worden geweigerd
niet bewezen	< 1 jaar	erkenning moet worden toegestaan
	≥ 1 jaar	opportuniteitsoordeel, met marginale toetsing van de belangen van het kind

5. Beoordeling

293. Ik juich toe dat rol van de biologische werkelijkheid in de besproken procedure versterkt is, ten nadele van de blanco-norm van het

belang van het kind, die aan kracht heeft verloren doordat de rechtbank de erkenning door een man waarvan niet is bewezen dat hij de biologische vader niet is, enkel kan afwijzen – via een appreciatie van het belang van kind – voor kinderen ouder dan één jaar op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding, terwijl de vroegere wettekst de vaderlijke erkenning van alle minderjarige niet ontvoogde kinderen afhankelijk maakte van dergelijk opportuniteitsoordeel.[167]

294. Dit belet echter niet dat de nieuwe wettelijke regeling, waardoor enkel het belang in aanmerking wordt genomen van kinderen die ouder zijn dan één jaar op het ogenblik waarop de procedure werd ingeleid, op gespannen voet staat met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.

Mijns inziens is het gerechtvaardigd om twee essentieel verschillende situaties te onderscheiden, nl. *ten eerste* de gevallen waarin een man weliswaar niet met de moeder wil (of mag) trouwen, maar nagenoeg onmiddellijk zijn verantwoordelijkheden t.a.v. het kind opneemt door het kind te (willen) erkennen[168] en *ten tweede* de gevallen waarin een man gedurende een redelijke termijn na de geboorte geen initiatief heeft genomen om een afstammingsband met het kind te creëren. Deze laatste categorie mannen mag naar mijn oordeel wantrouwiger worden benaderd, bv. door hun aanvraag tot erkenning marginaal te toetsen aan het belang van het kind. Deze wet creëert m.i. *geen discriminatie van mannen die pas meer dan een jaar na de geboorte van het kind het geding na toestemmingsweigering hebben ingeleid*; zowel de moederlijke als de vaderlijke late erkenning is aan deze wisselvalige factor onderhevig.

Veel *delicater is de vraag naar het discriminatoir karakter van het verschil in behandeling tussen kinderen*, die het Grondwettelijk Hof vroeg of laat zal moeten beantwoorden: schendt artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. het grondwettelijke gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 van de Grondwet) in zoverre de belangen van het kind jonger dan één jaar op het ogenblik van inleiding van de procedure tot erkenning na toestemmingsweigering niet door de rechtbank kunnen worden beoor-

167 Zie het oude art. 319, § 3, 4de lid B.W.

168 In feite wordt onweerlegbaar vermoed dat een erkenning binnen het jaar na de geboorte door een man wiens biologisch vaderschap niet werd bewezen, in het belang van het kind plaatsvindt (J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (deuxième partie)", *J.T.* 2007, (391) 396, nr. 40).

deeld, terwijl de belangen van kinderen ouder dan één jaar op het ogenblik van de aanvraag tot erkenning wél in aanmerking moeten worden genomen?

Dit verschil in behandeling is, op vraag van de Raad van State[169], door de minister van Justitie verantwoord door te wijzen op de dubbele doelstelling van de wetgever om enerzijds de bekrachtiging van de afstammingsband te bevorderen, in gevallen waarin de vader zijn verantwoordelijkheden binnen het jaar na de geboorte wil opnemen[170] en anderzijds tegelijkertijd de belangen van het kind te behartigen, nu het feit dat een erkenning die niet snel gebeurt een aanwijzing zou kunnen zijn dat zij het belang van het kind niet dient.[171] Het verschil in behandeling berust op een objectief criterium – het tijdstip waarop de geding na toestemmingsweigering werd ingeleid – en gemaakte onderscheid zou pertinent kunnen worden bevonden, in die zin dat het iets bijbrengt aan de beoogde doelstellingen[172], maar het is zeer de vraag of het aangewende middel (een opportuniteitsoordeel dat slechts voor bepaalde categorieën kinderen geldt) de proportionaliteitstoets kan doorstaan, in die zin dat het kennelijk evenredig wordt bevonden met de nagestreefde doestellingen. Zoals de minister zelf aangeeft, had de wetgever er ook voor kunnen kiezen om elke vorm van opportuniteitscontrole te laten varen[173], waardoor de wettelijke en de vrijwillige wijze van vaststelling van de afstamming dichter bij elkaar waren gekomen.[174]

Had de wetgever zijn eigen logica – enkel erkenningen gedaan meer dan een jaar na de geboorte zijn verdacht – consequent doorgetrokken, dan had hij de erkenning van een kind jonger dan één jaar moeten construeren als een louter eenzijdige rechtshandeling, die gesteld kan worden zonder toestemming van de moeder (en dus ook zonder rech-

---

169 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/1, advies van de Raad van State, 3.

170 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 3 en 12; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, verslag namens de commissie voor de justitie, 4.

171 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 3.

172 Kritisch in dit verband: N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (coord.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, 77, nr. 28: deze auteur stelt de vraag of er een verband is tussen de snelheid waarmee en erkenning geschiedt en het welzijn van het kind.

173 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 3.

174 Nu noch bij vaststelling van het moederschap o.g.v. de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte (art. 312, § 1 B.W.), noch bij de toepassing van het vermoeden van vaderschap (art. 315-317 B.W.) een rechter het belang van het kind beoordeelt.

terlijk opportuniteitsoordeel), een suggestie die gedaan werd tijdens de voorbereiding van de hervorming[175] en waarvan is betreurd dat de wetgever ze niet heeft gevolgd.[176]

G. Bijzonder geval: de aspirant-erkenner wordt vervolgd wegens verkrachting van de moeder

295. Artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. luidt als volgt: "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 de verwekking, kan de erkenning niet plaatsvinden en wordt de in het vierde lid bepaalde termijn van één jaar (*sic*) 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."

1. Ratio en ontstaansgeschiedenis van een bijzondere beschermingsregeling

296. Meerdere leden van de subcommissie Familierecht achtten het nodig de rechtbank de bevoegdheid te geven om de vaderlijke erkenning te verwerpen in geval van verkrachting van de moeder; zij zochten 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.[177] In de kamercommissie voor de justitie werd dan

---

175 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, uiteenzetting door prof. P. SENAEVE tijdens een hoorzitting, opgenomen in bijlage 2 bij het verslag namens de subcommissie familierecht, 108-109; G. VERSCHELDEN, *Origineel ouderschap herdacht. Pleidooi voor een globale hervorming van het afstammingsrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 344-345, nr. 583.

176 Zie M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev. not. b.* 2007, (114) 134-135, nr. 29.

177 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024; verslag namens de subcommissie familierecht, 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.

een amendement aanvaard dat tegemoet kwam aan deze bekommernissen en ertoe strekte 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.[178]

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 rechtbank van eerste aanleg is – slechts – verplicht de burgerrechtelijke (afstammings)zaak op te schorten, indien de strafvordering is ingesteld.

2. Toepassingsgebied

297. 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 omwille van dilatoire doeleinden wordt aangevoerd[179]; 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 of 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 burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter (waardoor een gerechtelijk onderzoek wordt geopend) of door rechtstreekse dagvaarding van de (vermeende) verkrachter.

178 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 107 (Déom *c.s.*) – aangenomen.
179 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 107 (Déom *c.s.*), verantwoording, 2.

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 ingesteld[180] zolang het openbaar ministerie niet rechtstreeks dagvaardt of een onderzoeksrechter vordert (en aldus een gerechtelijk onderzoek start).

298. De hinderpaal voor de erkenning is in de Senaat bij regeringsamendement 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 verwekking[181], 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 verhinderen[182], maar de tekst van de wet belemmert elke erkenning in de geviseerde hypothese. Nochtans is geenszins gegarandeerd 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; dit kind kan evengoed door een andere man dan de (vermeende) verkrachter verwekt zijn.

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

299. Het *verbod tot erkenning* na bewezen verkrachting heeft geen algemene draagwijdte en is *alleen van toepassing in het geding* dat plaatsvindt *voor de rechtbank van eerste aanleg*, na weigering van een wettelijk vereiste toestemming. Dit blijkt niet alleen uit de tekst van de wet[183], maar ook uit een ministeriële omzendbrief, waarin wordt onderstreept dat het

---

180 In die zin: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de commissie voor de justitie, 27 (Marghem).

181 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, amendement nr. 20 (regering), verantwoording, 12 – aangenomen.

182 J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (deuxième partie)", *J.T.* 2007, (391) 398, nr. 42.

183 Zie de laatste zin van art. 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. "Als degene die het kind wil erkennen op grond daarvan schuldig wordt verklaard, *wordt het verzoek om toestemming tot erkenning verworpen*".

niet aan de ambtenaar van de burgerlijke stand is om na te gaan of een strafvordering tegen de aspirant-erkenner werd ingesteld.[184]

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 B.W. Zelfs al wordt het wilsgebrek geweld – bv. na ongeoorloofde druk op de moeder vanwege de verkrachter om tot zijn erkenning toe stemmen – bewezen, dit zal op zichzelf niet volstaan om de erkenning door de verkrachter te laten vernietigen.[185] 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

300. Luidens artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. *"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. In het geval dat de raadkamer beslist tot buitenvervolgingstelling van de vermeende verkrachter, kan deze beslissing immers nooit kracht van gewijsde verwerven; ze heeft wel een – overigens precair – gezag van gewijsde.[186]

---

184 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29209.

185 Cass. C.06.0412.N, 7 mei 2007, *http://www.cass.be*.

186 Het gezag van gewijsde van de buitenvervolgingstelling 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).

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 buitenvervolgingstelling door de raadkamer volstaat om de schorsing van de erkenningsprocedure op te heffen[187], gelet op de bedoeling van de wetgever om ook rekening te houden met het vermoeden van onschuld.[188] 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.

Eens de strafprocedure is afgerond, zijn er twee mogelijkheden:

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

301. In dat geval bepaalt de wet dat de erkenning niet kan plaatsvinden en dat het verzoek tot erkenning wordt verworpen (art. 329*bis*, § 2, 4de lid *in fine* B.W.).

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

302. 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 buitenvervolgingstelling definitief is[189] of het strafvonnis in kracht van gewijsde is getreden. De

---

187 Net zoals de rechtspraak ook aanvaardt dat de buitenvervolgingstelling 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).

188 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032; verslag namens de commissie voor de justitie, 23.

189 Het openbaar ministerie en de burgerlijke partij beschikken over een termijn van 15 dagen om hoger beroep aan te tekenen tegen de buitenvervolgingstelling (art. 135 Sv.).

rechtbank 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 vervolgde 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 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 moet de rechtbank de erkenning toestaan, 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 329*bis*, § 2 B.W. 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".[190]

– Was het kind ouder dan één jaar op het ogenblik dat het geding tot erkenning werd ingeleid, dan zal de rechter het belang van het kind marginaal moeten toetsen, ook al werd de strafvordering ingesteld op een ogenblik dat het kind jonger was dan één jaar.[191]

---

190 Dit euvel werd opgemerkt door de dienst Wetsevaluatie van de Senaat (*Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, nota, opgenomen in het verslag namens de commissie voor de justitie, 25), maar niet verholpen.

191 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", *Rev. not. b.* 2007, (114) 141, nr. 36, die er evenwel op wijst dat deze letterlijke interpretatie van de wettekst

4. Kritische bedenkingen

303. 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[192], ze bevat ook tal van mogelijke discriminaties[193] en is m.i. in strijd met het vermoeden van onschuld, nu een ingestelde strafvordering sowieso tot gevolg heeft dat een man gedurende een (onzekere) periode wordt verhinderd zijn kind te erkennen.[194]

Bovendien dreigt artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. 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 burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter. Hierdoor wordt het geding dat de biologische vader voor de rechtbank van eerste aanleg 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, mits haar toestemming. Niets belet deze erkenning, die door de ambtenaar van de burgerlijke stand moet worden geakteerd, zonder enige rechterlijke tussenkomst of controle. De biologische vader zal weliswaar, na het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg 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 B.W.). De biologische vader is dus genoodzaakt een

leidt tot een discriminatie van kinderen, al naargelang de strafvordering vóór of na hun eerste verjaardag werd ingeleid).

192 Zie *supra*, nrs. 300 en 302.

193 Zoals verduidelijkt in Deel IV, nr. 436.

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

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, 4de lid B.W.), termijn die in de besproken hypothese begint te lopen vanaf de geboorte en in de praktijk dikwijls al verstreken zal zijn. Bovendien kunnen de moeder en haar (tweede) minnaar aanvoeren dat de (eerste) erkenning bevestigd wordt door bezit van staat, hetgeen de (zelfs tijdig ingeleide) betwistingvordering onontvankelijk maakt.

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 329*bis*, § 2, 3de lid B.W., 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 indiciën, dubbelzinnig is en daarom niet beantwoordt aan de vereisten van artikel 331*nonies* B.W.

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 B.W. zijn vervuld, wanneer de eiser in het geding ex artikel 329*bis*, § 3, 3de lid B.W. 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 buitenvervolgingstelling, kan overigens ook reeds door de kamer van inbeschuldigingstelling worden veroordeeld tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep.[195]

[195] Zie hierover Ph. TRAEST en J. MEESE, "Hoger beroep en verzet in strafzaken: een stand van zaken en toekomstperspectieven", in X (ed.), *Strafrecht en strafprocesrecht, XXXIIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2006, 499-500, nr. 32.

Als algemene conclusie mag worden gesteld dat de bepaling ex artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. wellicht meer problemen genereert dan ze zal oplossen en daarom zo snel mogelijk dient te worden afgeschaft.[196]

H. Behandeling van de zaak in raadkamer

304. Onder gelding van het vroegere recht werd aangenomen dat de procedure voor de rechtbank van eerste aanleg, na een mislukte verzoeningspoging (toentertijd door de vrederechter ondernomen) in openbare terechtzitting plaatsvond.[197] Uit de structuur van het nieuwe artikel 329*bis*, § 2 B.W. kan evenwel worden afgeleid dat de rechtbank niet alleen de verzoeningspoging in raadkamer onderneemt, maar ook de debatten over de grond van de zaak in raadkamer moet laten plaatsvinden. Anders dan vroeger, zijn de bepalingen i.v.m. de verzoeningspoging – die zonder enige twijfel in raadkamer moet plaatsvinden – en het oordeel van de rechtbank i.v.m. de grond van de zaak, voortaan immers in één en hetzelfde lid opgenomen (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.).[198] Deze bepaling, die geen onderscheid maakt tussen de verzoeningspoging en het geding ten gronde, mag beschouwd worden als een wettelijke uitzondering op de regel dat de pleidooien openbaar zijn (art. 757 Ger.W.). Een behandeling in raadkamer is verdedigbaar, gelet op de aard van de materie, die nog delicater geworden is sinds de invoering van een bijzondere bepaling i.v.m. verkrachting. Merkwaardig is wel dat de voorbereidende werken geen enkele verduidelijking bieden m.b.t. dit nochtans vrij essentiële aspect van de rechtspleging, nu het besloten of open karakter van de procedure tijdens de parlementaire voorbereiding nooit aan de orde is geweest.

---

196 M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev. not. b.* 2007, (114) 142, nr. 37.

197 Art. 319 (oud) B.W. bepaalde niet dat de debatten voor de rechtbank van eerste aanleg moesten plaatshebben in raadkamer. Bijgevolg werd het algemene principe van toepassing geacht, nl. dat ze geschieden in openbare terechtzitting (Luik 10 december 1991, *J.L.M.B.* 1992, 949, noot D. PIRE en *J. dr. jeun.* 1992, afl. 118, 38; Luik 10 december 1991, *Pas.* 1992, II, 4 (in een quasi identieke feitenconstellatie)).

198 *Cf.*, onder gelding van het oude recht: art. 319, § 3, 3de lid en 319, § 3, 4de lid (oud) B.W.

I. Situatie en verdere verloop na het oordeel dat de erkenning kan plaatsvinden

305. Van zodra de beslissing waarbij de rechtbank overeenkomstig artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. 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 de *erkenning* te laten akteren, 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.*[199] De partijen die hun toestemming tot de erkenning weigerden, moeten niet meer mede verschijnen.[200]

306. Het *vonnis waarin de rechtbank 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 overgaat, blijft de afstamming van het kind onveranderd.

307. Wanneer het betrokken *kind geboren* is *uit een gehuwde vrouw*, maar niet verwekt is door haar echtgenoot en de rechtbank reeds vóór de geboorte de biologische vader zou hebben toegelaten het kind te erkennen in toepassing van artikel 328*bis* B.W.[201], dan moet worden aangenomen dat na een daaropvolgende daadwerkelijke prenatale erkenning, het vaderschap van de echtgenoot van de moeder niet zal komen vast te staan, ook al zou het vermoeden van vaderschap bij gebrek aan erkenning vóór de geboorte hebben gespeeld. Indien het geding ex artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. zou zijn ingeleid vóór de geboorte, maar de rechtbank slechts na de geboorte uitspraak doet, zal zij in gevallen waarin het te erkennen kind de echtgenoot van de moeder tot vader heeft, niet meer kunnen oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden. Het vaderschap staat in deze gevallen immers vast krachtens de vader-

199 J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 306, nrs. 33-34.

200 J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1178, nr. 108.

201 Ondanks complicaties op het vlak van het bewijs van biologisch (niet-)vaderschap, zie *supra*, nr. 289.

schapsregel, zodat aan de grondvoorwaarde voor een vaderlijke erkenning niet (meer) voldaan is (art. 319 B.W.). De aspirant-erkenner zal als biologische vader weliswaar gerechtigd zijn het vaderschap van de echtgenoot te betwisten, binnen een vervaltermijn van één jaar na de ontdekking dat hijzelf de biologische vader van het kind is. Zelfs indien men aanneemt dat de biologische vader in alle gevallen minstens over een termijn van één jaar te rekenen vanaf de geboorte moet beschikken[202], is de kans reëel dat ook deze termijn reeds verstreken is op het ogenblik dat de rechtbank uitspraak doet in het geding na toestemmingsweigering tot erkenning en de aspirant-erkenner beseft dat hij een nieuwe procedure moet inleiden. In een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot door deze man die het vaderschap opeist, moet worden aangenomen dat de eerdere inleiding van een geding ex artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. een positief feit is dat het gebeurlijk (door de moeder en/of haar echtgenoot) ingeroepen bezit van staat ten aanzien van de echtgenoot tegenspreekt, 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 331*nonies* B.W.

§ 3. ERKENNING VAN EEN OVERSPELIG KIND *A MATRE*

A. Afschaffing van de procedure tot voorafgaande machtiging

308. De specifieke rechtsgrond om machtiging tot erkenning van een in overspel *a matre* verwekt kind te bekomen in vier gevallen waarin het onwaarschijnlijk is dat de echtgenoot van de moeder het kind had verwekt (het oude art. 320 B.W.) is verdwenen. Door de inkrimping van het toepassingsgebied van de vaderschapsregel (art. 316*bis* B.W.) was er niet langer nood aan een bijzondere procedure waarbij een man zich door de rechter kan laten machtigen om een kind te erkennen dat onder het toepassingsgebied van de vaderschapsregel viel.[203] Nochtans is de

[202] In die zin: P. SENAEVE, "De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006 (Deel I)", *T. Fam.* 2007, (62) 75, nrs. 61-62 *j°* 74, nr. 54.

[203] *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 8-9.

inhoud van het opgeheven artikel 320 B.W. niet volledig overgenomen in het nieuwe artikel 316*bis* B.W.[204]

B. Overgangsregeling

309. De aspirant-erkenner die rechten put uit het opgeheven artikel 320 B.W., kan nog een vordering instellen binnen een termijn van een jaar vanaf de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet (art. 25, § 5 Wet 1 juli 2006), dus tot 1 juli 2008.

310. Nadien wordt de biologische vader evenwel beperkt in zijn procedurele mogelijkheden. Bij nader inzien zijn de hypotheses vermeld in het oude artikel 320, 1° en 4° niet hernomen in artikel 316*bis* B.W., waardoor de biologische vader in een aantal gevallen het vaderschap van de echtgenoot succesvol moet betwisten via de daartoe geëigende procedure (art. 318 B.W.) – binnen een termijn van één jaar na de ontdekking van zijn eigen vaderschap – alvorens hij het kind kan erkennen, terwijl het verzoek tot machtiging onder gelding van het oude recht zonder tijdsbeperking kon worden ingeleid. Dit zal zo zijn wanneer het kind geboren is ten minste 180 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk van de moeder en eveneens wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de (niet door de rechter bekrachtigde) feitelijke scheiding die gevolgd werd door een uitgesproken echtscheiding.

§ 4. ERKENNING DOOR EEN GEHUWD MAN VAN EEN OVERSPELIG KIND *A PATRE*

A. Afschaffing van de homologatieprocedure

311. Onder het oude afstammingsrecht diende de gehuwde man die een kind had erkend dat hij bij een andere vrouw dan zijn echtgenote had verwekt, de akte van erkenning te laten homologeren door de rechtbank na een in het oude artikel 319*bis* B.W. geregelde procedure. Deze gehomologeerde erkenning van een in overspel *a patre* verwekt kind

[204] Zie *infra*, nr. 310.

werd pas definitief vanaf de randmelding van het homologatievonnis in de erkenningsakte en had dan retroactief uitwerking vanaf de datum van het verzoekschrift tot homologatie.

Deze regeling – het gevolg van een politiek compromis anno 1987[205] – was zeer complex en moeilijk te begrijpen voor de betrokkenen. Bovendien werd ze ook vaak als overbodig aangevoeld, met een nutteloze belasting van de rechtbanken tot gevolg.[206] Inspelend op deze bezwaren werd in het wetsvoorstel-597 voorgesteld om de homologatieprocedure te vervangen door een mechanisme van mededeling.[207]

Sinds de Wet van 1 juli 2006 is in artikel 319*bis* B.W. geen sprake meer van een homologatieprocedure. Als gevolg daarvan is de – nooit uitgegeven – Circulaire van 9 april 1990 betreffende de erkenning bij notariële akte, die betrekking had op de homologatie van de erkenning, niet meer van toepassing[208] en moet de ambtenaar van de burgerlijke stand niet langer in de erkenningsakte vermelden dat zij werd opgemaakt onder voorbehoud van homologatie.[209]

312. De afschaffing van de homologatieprocedure ging niet gepaard met een specifieke overgangsmaatregel, wat niet belet dat er problemen van overgangsrecht kunnen rijzen.[210]

---

205 Zie voor de ontstaansgeschiedenis G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 390-391, nrs. 681-682.

206 P. SENAEVE, "Naar een nieuwe, partiële hervorming van afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 262-264, nrs. 539-543, waarin de homologatieverplichting werd omschreven als het meest sprekende voorbeeld van een nodeloze complicatie die beter kan worden afgeschaft.

207 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, p. 8, waarin staat te lezen dat (het vroegere) art. 319*bis* B.W. een "ongerijmdheid" bevat.

208 De diensten van de FOD Justitie zullen in samenwerking met de K.F.B.N. nagaan of specifieke instructies zich opdringen i.v.m. notariële erkenningen (Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29204).

209 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29209.

210 Zie daaromtrent *infra*, nr. 320.

B. Invoering van een mededelingsverplichting, op straffe van relatieve niet-tegenwerpelijkheid

313. De homologatieprocedure werd vervangen door een mechanisme van mededeling van de akte van erkenning op straffe van relatieve niet-tegenwerpelijkheid, analoog aan de mededelingsverplichting die reeds sinds 1987 gold inzake erkenning door een overspelige vrouw (ongewijzigd gebleven art. 313, § 3 B.W.) en de verplichting tot betekening van een vonnis tot gerechtelijke vaststelling van het overspelig vaderschap (ongewijzigd gebleven art. 322, 2de lid B.W.).

1. Toepassingsgebied van de beschermingsregeling

314. Luidens artikel 319*bis*, 1ste lid B.W. moet de erkenningsakte ter kennisneming worden voorgelegd *"wanneer de vader gehuwd is en een kind erkent dat is verwekt bij een vrouw van wie hij niet de echtgenoot is"*.

Met de term "vader" wordt uiteraard de erkenner bedoeld. Het kind moet "verwekt" zijn bij een vrouw waarmee de erkenner niet gehuwd is. De verwekking moet echter niet noodzakelijk via geslachtsgemeenschap hebben plaatsgevonden.[211]

De mededeling is enkel verplicht wanneer twee voorwaarden cumulatief vervuld zijn: *primo* moet de erkennende man gehuwd zijn op het ogenblik van de erkenning en *secundo* moet het erkende kind verwekt zijn bij een vrouw waarmee hij niet gehuwd is.

315. Uit de bewoordingen van artikel 319*bis*, 1ste lid B.W. kan worden afgeleid dat, enerzijds, het toepassingsgebied van de mededelingsverplichting niet beperkt is tot de overspelige kinderen *a patre* en dat, anderzijds, ook niet alle overspelige kinderen *a patre* onder het toepassingsgebied vallen.

Enerzijds moet de erkenning niet alleen worden medegedeeld nadat een gehuwd man een kind heeft erkend dat tijdens zijn huwelijk is ver-

[211] Zie – onder het oude recht – Rb. Hasselt 27 maart 2001, *Limb. Rechtsl.* 2001, 323, noot van de redactie: art. 319*bis* B.W. werd van toepassing verklaard in een geval waarin een gehuwd man een kind had erkend dat door een draagmoeder werd gebaard, maar dat met zijn sperma en een eicel van zijn echtgenote werd verwekt.

wekt bij een vrouw die niet zijn echtgenote is (*i.e.* een overspelig kind *a patre*), maar ook nadat een man, tijdens zijn huwelijk, een kind erkent dat vóór dit huwelijk is verwekt bij een vrouw met wie hij na de verwekking niet gehuwd is (*i.e.* géén overspelig kind *a patre*).

Anderzijds kan een man na de ontbinding van zijn huwelijk (door een in kracht van gewijsde getreden echtscheidingsvonnis of door overlijden) een kind erkennen dat hij tijdens zijn huwelijk heeft verwekt bij een vrouw die niet zijn echtgenote is (*i.e.* een overspelig kind *a patre*), zonder dat deze erkenning moet worden medegedeeld.[212]

2. Wijze waarop de mededeling geschiedt

316. Zie *infra*, nrs. 339-341 (publiciteit van de erkenning).

3. Sanctie bij niet-mededeling

a. Relatieve niet-tegenwerpelijkheid

317. Totdat de mededeling heeft plaatsgehad, kan de erkenning niet worden tegengeworpen aan de echtgenoot of de echtgenote, aan de kinderen geboren uit diens huwelijk met degene die het kind erkent en aan de kinderen die door de beide echtgenoten geadopteerd zijn (art. 319*bis*, 3de lid B.W.).

De niet-tegenwerpelijkheid van de erkenning is relatief. Tot het moment waarop de kennisgeving of betekening heeft plaatsgehad, kunnen noch de erkenner, noch het kind zich beroepen op het vaderschap en op de normale gevolgen daarvan – o.m. op het vlak van onderhoudsrecht en erfrecht – t.a.v. de echtgenoot of echtgenote, de kinderen geboren uit het huwelijk van de erkenner en zijn (vrouwelijke) echtgenote, en de kinderen die door deze erkenner samen met zijn (mannelijke of vrouwelijke) echtgeno(o)t(e) werden geadopteerd. De echtgenoot of echtgenote en de genoemde huwelijkse en geadopteerde kinderen kunnen zich daarentegen wel op de vastgestelde afstammingsband en zijn gevolgen beroepen.

---

212 Voor een toepassingsgeval onder het oude recht, zie Rb. Turnhout 29 oktober 1992, *Turnh. Rechtsl.* 1993, 12, waar het verzoek tot homologatie in dergelijk geval zonder oorzaak werd bevonden.

De erkenning kan wel worden tegengeworpen aan andere verwanten (kinderen, ouders,...) van de erkennende man en van zijn echtgenote of echtgenoot.

Ingeval het huwelijk van de erkennende man (door zijn overlijden of door de dood van zijn echtgeno(o)t(e), dan wel door echtscheiding) ontbonden is of werd nietig verklaard vooraleer de mededeling van de erkenning heeft plaatsgevonden, nemen sommige auteurs aan dat de mededelingsplicht en de sanctie van de relatieve niet-tegenwerpelijkheid vervalt, m.a.w. dat de erkenning tegenwerpelijk wordt vanaf de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk.[213] Deze visie kan niet worden bijgetreden omdat de wet niet voorziet in enig verval van de mededelingsverplichting en de daaraan gekoppelde sanctie. Aangenomen moet worden dat de erkenning niet-tegenwerpelijk blijft zolang ze niet is medegedeeld aan de gewezen echtgeno(o)t(e).[214]

b. Erfrechtelijke consequenties

318. Precies de relativiteit van deze niet-tegenwerpelijkheid leidt tot omstreden toepassingen op het vlak van het erfrecht, zo wordt aanvaard dat de mededelingsplicht niet vervalt bij overlijden van de erkenner, wat mijns inziens het geval is.[215]

Ik illustreer dit aan de hand van twee voorbeelden.

Eerste voorbeeld: een gehuwde vader van drie kinderen overlijdt:
– kind A is uit het huwelijk geboren;
– kind B is een buitenhuwelijks kind;

---

213 Zie i.v.m. de erkenning door een gehuwde vrouw: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Commentaar bij art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 8-9, nr. 16; P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 38, nr. 21, die opmerkt dat aangezien de formaliteit slechts voorgeschreven is tijdens het huwelijk, de bij niet-naleving voorgeschreven sanctie ook de duur van het huwelijk niet kan overschrijden.

214 Het standpunt van de Koninklijke Fedaratie van het Belgisch Notariaat gaat in dezelfde zin, nu de dames De Backer en Aughuet deden opmerken dat de sanctie van relatieve niet-tegenwerpelijkheid aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid, nu het erkende overspelige kind pas na de mededeling zijn erfrechten in de nalatenschap van de erkenner kan opeisen en de rechtszekerheid van de handelingen gesteld tussen het overlijden van de erkenner en de mededeling niet gegarandeerd is (zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, 143 (bijlage 4)).

215 Zie vorig randnummer.

– kind C is een overspelig kind *a patre*, door de vader tijdens het huwelijk erkend.

Ingeval de erkenning van kind C aan de echtgenote of echtgenoot werd meegedeeld, heeft ieder kind recht op 1/3 van de nalatenschap (in blote eigendom zo de echtgeno(o)t(e) nog leeft).

Wanneer de erkenning van kind C niet aan de echtgenote of echtgenoot werd medegedeeld, worden twee oplossingen voorgesteld:

In een *eerste oplossing*[216] erft
kind A: 1/2
kind B: 1/4
kind C: 1/4 van de nalatenschap. De erkenning is immers niet tegenwerpelijk aan A, wel aan B.

Nochtans is het moeilijk aanvaardbaar dat een buitenhuwelijks kind (B) minder dan 1/3 erft door het loutere feit dat de afstamming van het overspelig kind *a patre* (C) niet tegenwerpelijk is aan het huwelijks kind (A); dit laatste gegeven zou de rechten van het buitenhuwelijks kind (B) niet mogen aantasten.

In een *tweede oplossing*[217] erft
kind A: 1/2
kind B: 1/3
kind C: 1/6 van de nalatenschap.

Onlogisch in deze oplossing is evenwel dat kind C slechts de helft krijgt van kind B, waarmee het nochtans op gelijke voet staat.

De zienswijze waardoor beide buitenhuwelijkse kinderen (B en C) evenveel erven (nl. 1/4) moet mijns inziens dan ook, niettegenstaande haar onvolmaaktheid, de voorkeur krijgen.

216 Verdedigd door C. DE WULF, "De wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en het patrimoniaal familierecht", *R.W.* 1987-88, (273) 274, voetnoot 12.

217 Zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Commentaar bij art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 19, voetnoot 1.

Tweede voorbeeld: Een vader die onder het wettelijk stelsel is gehuwd en tijdens zijn huwelijk een kind heeft erkend, overlijdt en laat na:
- zijn echtgenote (A)
- één ouder (vader of moeder van de erkennende man) (B)
- het door hem erkende kind (C)

De nalatenschap van de erkennende man bestaat dan uit zijn eigen vermogen en zijn aandeel in de huwgemeenschap.

Zo de erkenning werd medegedeeld aan zijn echtgenote erft
- langstlevende echtgenote A: vruchtgebruik op de gehele nalatenschap (art. 745*bis*, § 1 eerste lid B.W.)
- ouder B: niets, omdat er een erfgenaam in de eerste orde is, nl. het kind
- kind C: blote eigendom op de gehele nalatenschap.

Zo de erkenning niet werd meegedeeld, kan ze niet worden tegengeworpen aan de langstlevende echtgenote, maar wel aan de ouder. De nalatenschap wordt dan als volgt verdeeld:
- langstlevende echtgenote A: volle eigendom op het deel van de erkennende man in de huwgemeenschap en vruchtgebruik op zijn eigen vermogen (art. 745*bis*, § 1, 2de lid B.W.), met als gevolg dat de volledige huwgemeenschap in volle eigendom aan de langstlevende zal toekomen;
- ouder B: niets, omdat er een erfgenaam in de eerste orde is, nl. het kind, nu de erkenning tegenwerpelijk is aan deze ouder;
- kind C: blote eigendom op het eigen vermogen van zijn vader.

Het erfdeel van de langstlevende echtgenote en datgene van het erkende kind verschilt dus naargelang de erkenning al dan niet werd meegedeeld:
- de langstlevende echtgenote wint de helft van de huwgemeenschap in blote eigendom zo de erkenning haar niet werd medegedeeld;
- het erkende kind verliest de blote eigendom van het aandeel van zijn vader in de huwgemeenschap zo de erkenning niet werd medegedeeld aan de echtgenote van zijn overleden vader.

319. Geconcludeerd kan worden dat de sanctieregeling van artikel 319*bis* B.W. niet alleen onbillijk is, maar ook discriminerend voor in overspel *a patre* verwekte kinderen en bovendien nefast voor de rechtszekerheid.

C. Overgangsregeling

320. De regering heeft gemeend dat de afschaffing van de homologatieprocedure en de invoering van een mededelingsverplichting (op straffe van relatieve niet-tegenwerpelijkheid van de erkenning) niet gepaard moest gaan met een specifieke overgangsmaatregel, omdat de toepassing van de algemene regels van overgangsrecht volstaat. Gepreciseerd werd dat de vervanging van rechterlijke homologatie door een mededeling beschouwd kan worden als een procedureregel en onmiddellijk van toepassing is op de erkenningen die het voorwerp uitmaken van een homologatieprocedure die nog niet beslecht is door een vonnis[218], ook al gaat het om kinderen geboren vóór 1 juli 2007.[219]

Concreet betekent dit dat er vanaf 1 juli 2007 geen procedures tot homologatie van erkenningsakten meer kunnen worden ingeleid. Vóór die datum ingeleide verzoeken die ertoe strekten een erkenningsakte te laten homologeren, maar waarover op 1 juli 2007 nog geen uitspraak werd gedaan, hebben op die datum hun oorzaak verloren en kunnen als vervallen worden beschouwd. Akten waarin een gehuwd man een kind erkent dat hij bij een andere vrouw dan zijn echtgenote heeft verwekt, kunnen dus na 1 juli 2007 niet meer worden gehomologeerd, maar moeten wel medegedeeld worden overeenkomstig de nieuwe tekst van artikel 319*bis* B.W., op straffe van niet-tegenwerpelijkheid, zoals in het derde lid van deze bepaling omschreven. Enkel indien er op 1 juli 2007 een vonnis bestond dat de erkenningsakte homologeerde, zal het oude artikel 319*bis* B.W. de uitwerking van deze erkenning beheersen.

---

218 Volgens ROUBIER hoeft dit vonnis blijkbaar niet in kracht van gewijsde te zijn getreden: *"un jugement sur le fond"* onder gelding van het oude recht, waarover de rechter in hoger beroep nog geen uitspraak heeft gedaan onder het nieuwe recht, zou volstaan om de retroactieve toepassing van de nieuwe procedurewet te weren, zie P. ROUBIER, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960 (2e ed.), 555-556.

219 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 45 (regering), verantwoording, 5 – aangenomen.

321. De vraag rijst naar het lot van een erkenning, gedaan vóór 1 juli 2007, die krachtens het oude recht moest worden gehomologeerd (teneinde uitwerking te kunnen krijgen), in gevallen waarin de vader de homologatieprocedure niet heeft opgestart vóór 1 juli 2007. Deze erkenning bestaat wel, maar heeft nooit uitwerking gekregen onder het oude recht, wegens gebrek aan homologatie. Vanaf 1 juli 2007 moet worden aangenomen dat deze rechtsgeldig gedane (maar niet gehomologeerde) erkenning uitwerking kan krijgen van zodra aan de voorwaarden van het nieuwe artikel 319*bis* B.W. voldaan is. Na de mededeling, conform het nieuwe recht, zal ze, gelet op haar declaratieve karakter, terugwerken tot de geboorte van het kind.

Wanneer de ambtenaar van de burgerlijke stand de erkenningsakte onder gelding van het oude recht heeft opgemaakt, zal hij ze ook te dien tijde al ter kennis hebben gebracht van de echtgenote (of echtgenoot) van de erkenner (verplichting ex art. 62, § 3 B.W.). Deze kennisgeving moest onder het oude recht ook reeds gebeuren bij aangetekende brief waarin een afschrift van de erkenningsakte werd opgestuurd aan de echtgeno(o)t(e) van de erkenner[220], zodat meteen aan de vereisten van het nieuwe artikel 319*bis* B.W. voldaan is, waardoor aangenomen moet worden dat deze erkenningsakte op 1 juli 2007 – door de inwerkingtreding van de wet van 1 juli 2006 – *erga omnes* tegenwerpelijk wordt en terugwerkt tot de geboorte.

Een notariële erkenning door een gehuwd man die geheim werd gehouden voor diens echtgenote (of echtgenoot), zal daarentegen, bij gebrek aan mededeling aan de echtgeno(o)t(e) van de erkenner, niettegenwerpelijk blijven in de zin zoals vermeld in artikel 319*bis*, 3de lid B.W. Pas wanneer deze erkenning na 1 juli 2007, overeenkomstig het nieuwe artikel 319*bis* B.W. alsnog wordt medegedeeld, zal ze ook uitwerking krijgen met terugwerkende kracht tot de geboorte.

220 Ministeriële circulaire 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8326.

§ 5. ERKENNING VAN EEN VERWEKT KIND VÓÓR DE GEBOORTE

A. Toelaatbaarheid

322. De erkenning kan geschieden ten gunste van een verwekt kind (art. 328, 2de lid B.W.).

De rechtsspreuk *Infans conceptus (of: Nasciturus) pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur* wordt hier toegepast: een verwekt kind (of: wie zal geboren worden) wordt als geboren beschouwd, telkens dit in zijn belang is. Doorgaans wordt daaraan de voorwaarde gekoppeld dat het nadien levend en levensvatbaar geboren wordt[221], omdat een kind slechts dan juridische persoonlijkheid verwerft.

De erkenning is geen rechtsvordering met betrekking tot de afstamming, zodat artikel 331*bis* B.W. – dat in de onontvankelijkheid van de vordering voorziet indien het kind niet levensvatbaar is geboren – in deze context niet van toepassing is.

De afstammingsband tussen het kind en zijn erkenner staat vast op het ogenblik dat het kind levend wordt geboren, ook al sterft het enkele dagen na de geboorte, maar vóór de aangifte van de geboorte. Deze geboorte zal moeten worden aangegeven, waarna een geboorteakte zal worden opgemaakt waarin de erkenner als vader zal worden vermeld.

323. Aangenomen moet worden dat een prenatale erkenning door een man slechts mogelijk is met *toestemming van de zwangere vrouw*, ook al wordt deze juridisch pas de moeder op het ogenblik van de geboorte.[222] Net zoals elke erkenning die zonder de wettelijk vereiste toestemming(en) werd geakteerd, kan een prenatale erkenning die door een man werd gedaan zonder toestemming van de (toekomstige) moeder nietig worden verklaard, wegens miskenning van artikel 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W., dat de openbare orde raakt.[223]

---

221 Zie het antwoord van de minister van Justitie in *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1795 (Vr. nr. 117 De Loor van 23 mei 1991).

222 Zie *supra*, nr. 237.

223 Voor een toepassing onder het oude recht (i.v.m. art. 319, § 3, 1ste lid B.W.), zie Brussel 17 september 2002, *NjW* 2002, 315, noot KSw.

Artikel 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W. wordt niet uitgeschakeld door artikel 328, 2de lid B.W., maar dient complementair daarmee te worden toegepast. Dit impliceert dat de man die het kind nog vóór de geboorte wil erkennen, maar stuit op de toestemmingsweigering van de aanstaande moeder, de zaak overeenkomstig artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W. bij de rechtbank van eerste aanleg aanhangig kan maken, wat reeds vóór de geboorte kan gebeuren krachtens artikel 328*bis* B.W.[224]

324. Waar onder het oude recht de machtiging tot erkenning voor een *overspelig kind a matre* o.g.v. artikel 320 B.W. kon worden bekomen vooraleer het kind geboren is in vier gevallen waarin het biologisch vaderschap van de echtgenoot onwaarschijnlijk is[225], moet ook na de opheffing van deze bepaling aanvaard worden dat een kind dat een gehuwde vrouw zal baren, nog vóór de geboorte wordt erkend door een andere man dan de echtgenoot van de (aanstaande) moeder, in de gevallen beschreven in artikel 316*bis* B.W., zijnde gevallen waarin de toepassing van de vaderschapsregel automatisch wordt uitgeschakeld.

Wanneer op de vermoedelijke bevallingsdatum, vermeld in het zwangerschapsattest, het vaderschap van de echtgenoot niet meer zal komen vast te staan in toepassing van artikel 316*bis* B.W., kan een bereidwillige man het verwekte kind erkennen mits toestemming van de zwangere vrouw. Wordt de erkenningsakte in deze omstandigheden opgemaakt, dan krijgt deze prenatale erkenning uitwerking op het ogenblik dat het kind levend en levensvatbaar wordt geboren (met terugwerkende kracht tot de verwekking, indien dit in het belang van het kind zou zijn).

Wensen de zwangere vrouw en haar echtgenoot de handhaving van het vaderschap van de echtgenoot, in een geval waarin de vaderschapsregel normaliter niet zou spelen, gelet op de automatische uitschakeling ervan krachtens artikel 316*bis* B.W., dan kunnen zij reeds vóór de geboorte een gemeenschappelijke verklaring afleggen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, waarin zij te kennen geven de vaderschapsregel te willen handhaven. Deze verklaring dat de vaderschapsre-

224 Zie *supra*, nr. 273.

225 Zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 368-371, nrs. 638-642.

gel uitwerking zal hebben, is evenwel niet gelijk te stellen met een prenatale erkenning.[226]

Het is niet ondenkbaar dat een vrouw eerst toestemt tot een prenatale erkenning door een andere man dan haar echtgenoot en vervolgens – bv. nadat de relatie met deze minnaar is afgesprongen – samen met haar (ex-)echtgenoot een verklaring aflegt dat de vaderschapsregel alsnog uitwerking moet krijgen. Er bestaat geen wetsbepaling die deze verklaring verbiedt[227], maar duidelijk mag zijn dat er in dat geval op het ogenblik van de opmaak van de geboorteakte een vaderschapsconflict ontstaat tussen de erkenner en de echtgenoot, waarvoor de wet geen regeling heeft getroffen. In toepassing van artikel 331*septies* B.W. kan de rechtbank dit afstammingsgeschil beslechten door de meest waarschijnlijke afstamming met alle middelen van recht vast te stellen. Zo de andere bewijsmiddelen onvoldoende zijn, wordt het bezit van staat in aanmerking genomen.

De vraag of de echtgenoot-vader het kind dat zijn echtgenote zal baren en waarvan hij na de geboorte o.g.v. artikel 315 B.W. de juridische vader zal worden (omdat de toepassingsvoorwaarden van artikel 316*bis* B.W. niet vervuld zijn), al vóór de geboorte kan erkennen, moet evenwel ontkennend worden beantwoord. Hoewel een letterlijke lezing van de artikelen 315 en 319 B.W. deze erkenning niet verhindert – het kind is immers nog niet geboren, zodat de vaderschapsregel niet speelt – moet de mogelijkheid tot een dergelijke erkenning worden afgewezen als strijdig met de geest van de vaderschapsregel. Het gaat bovendien om een nodeloze anticiperende handeling: de echtgenoot en het kind hebben immers geen belang bij dergelijke erkenning: het vaderschap van de echtgenoot zal van rechtswege vaststaan op het ogenblik dat het kind geboren wordt binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk, ook al overlijdt de man vóór de geboorte (zie art. 315 B.W.).

---

226 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29207-29208: de ambtenaar van de burgerlijke stand zal de ouders in dit geval aanraden de verklaring bij voorkeur af te leggen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van de vermoedelijke geboorteplaats van het kind opdat deze ambtenaar op het ogenblik van de opmaak van de geboorteakte over deze informatie zou beschikken.

227 *Cf.* art. 329 B.W., waaruit blijkt dat hetzelfde kind door twee mannen achtereenvolgens rechtsgeldig kan worden erkend, weze het dat de tweede erkenning geen uitwerking kan krijgen tot zolang de eerste niet succesvol werd betwist.

325. Indien de kandidaat-erkenner zelf gehuwd is, zal de vóór de geboorte opgemaakte erkenningsakte m.b.t. dit *overspelig kind a patre* o.g.v. artikel 319*bis* B.W. moeten worden medegedeeld aan zijn echtgeno(o)t(e). Net zoals onder het oude recht een prenataal opgemaakte erkenningsakte nog vóór de geboorte kon worden gehomologeerd[228], moet worden aangenomen dat de kennisgeving of betekening van de erkenningsakte eveneens vóór de geboorte kan geschieden.

326. Een prenatale erkenning is evenwel *niet mogelijk* als tussen de erkenner en de zwangere vrouw een *huwelijksbeletsel* bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen en het huwelijk waardoor dat absoluut huwelijksbeletsel is ontstaan niet nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding; zonder dit verbod tot erkenning zou op het ogenblik van de geboorte van het kind een bloedschennige afstamming komen vast te staan (*cf.* art. 321 B.W.).

327. Omdat artikel 328 tweede lid B.W. (enkel) de erkenning van een verwekt kind toelaat mag *a contrario* worden aangenomen dat een erkenning niet kan plaatsvinden alvorens het kind verwekt is. Een preconceptieve erkenning is *de lege lata* dus niet mogelijk.[229] Een overeenkomst in het raam van medisch begeleide voortplanting tussen de wensouders en het geraadpleegde fertiliteitscentrum in de zin van artikel 7 van de zgn. MBV-wet[230], kan nooit gelden als een prenatale erkenning, nu het kind op het ogenblik dat de overeenkomst wordt ondertekend, nog niet verwekt is. Het principe dat de afstammingsregels in het voordeel van de wensouder(s) spelen is slechts van toepassing vanaf het ogenblik van implantatie van de gedoneerde overtallige embryo's (art. 27, 1ste lid MBV-wet) of na inseminatie van de gedoneerde gameten (art. 56, 1ste lid MBV-wet).

---

228 Zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 396-398, nrs. 691-694.

229 N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 480, nr. 241; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 152, nr. 15.

230 Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *B.S.* 17 juli 2007, 38575, in werking getreden op 27 juli 2007.

Aangezien *de visu* nooit met zekerheid kan worden vastgesteld of een vrouw al dan niet zwanger is, dienen de ambtenaren die verzocht worden de erkenning te akteren, de comparanten te verzoeken een zwangerschapsattest voor te leggen waarin een geneesheer bevestigt dat de betrokken vrouw zwanger is. In de praktijk wordt vereist dat de geneesheer attesteert dat de vrouw minstens zes maanden zwanger is. Deze vereiste is te verklaren door een wettelijk veronderstelde levensvatbaarheidsgrens die op 180 dagen is vastgesteld (zie art. 326 B.W.), in combinatie met negentiende-eeuwse omzendbrieven i.v.m. doodgeboren kinderen waaruit blijkt dat voor foetussen van minder dan zes maanden geen akten van de burgerlijke stand mogen worden opgesteld.[231]

B. Nut

328. De erkenning van een verwekt maar nog niet geboren kind is zinvol als de erkenner vreest te overlijden vóór de geboorte; omwille van het declaratieve karakter van de erkenning[232] en de beperkte retroactieve werking van de juridische persoonlijkheid[233], kan de erkennende man, via zijn prenatale erkenning, *erfrecht* creëren in zijn nalatenschap ten voordele van het kind dat pas na zijn overlijden zal worden geboren.

---

231 Dit principe is reeds terug te vinden in de Omzendbrief nr. 139 van 13 december 1848 van de minister van Binnenlandse Zaken betreffende de bevolkingsstatistiek en doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1848, (592) 593: *"( ) les fœtus de moins de six mois, n'étant pas considérés comme morts-nés, ne pourront plus désormais être portés sur les registres de l'état civil"*. Ook luidens een latere omzendbrief mogen de bepalingen betreffende de burgerlijke stand niet worden toegepast op foetussen van minder dan zes maanden: *"( ) les dispositions relatives à l'état civil, doivent rester étrangères aux fœtus de moins de six mois"* (Omz. nr. 42 van 22 maart 1849 van de minister van Binnenlandse Zaken betreffende de begraving van doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1849, 135). De toepasselijkheid van deze negentiende-eeuwse regelgeving werd herbevestigd in 1991 (zie Omz. 9 september 1991 betreffende de begraving van foetussen van minder dan zes maanden, *B.S.* 25 september 1991, (21111) 21111).

232 Zie *infra*, nr. 345.

233 De juridische persoonlijkheid die een verwekt kind verwerft wanneer het levend en levensvatbaar wordt geboren werkt terug tot op het ogenblik van de verwekking. Deze retroactiviteit is beperkt, in die zin dat zij enkel geldt voor het verwerven van rechten, niet voor het ontstaan van plichten, in toepassing van het adagium *Infans conceptus pro jam nato habetur, quoties de commodo eius agitur*. De retroactiviteit geldt uitsluitend ten behoeve van het kind zelf; derden kunnen er zich niet op beroepen (P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven/Leusden, Acco, 2004, 55-56, nr. 35).

329. Het prenataal erkende kind zal bovendien op het ogenblik van de geboorte de *familienaam* krijgen van zijn (zelfs overspelige[234]) erkenner, in toepassing van artikel 335, § 1 B.W., aangezien de afstamming van vaderszijde en van moederszijde op dat moment tegelijkertijd komen vast te staan.

Wordt in de geboorteakte van het kind – verkeerdelijk – toch de familienaam van de moeder of haar echtgenoot vermeld, dan kan een vordering tot verbetering van deze geboorteakte worden ingesteld teneinde het kind alsnog de naam van de erkenner te kunnen geven, wegens een schending van artikel 335, § 1 B.W., dat een regel van materieel recht bevat die grondwettig werd bevonden.[235] Deze vordering tot verbetering wordt op procedureel vlak beheerst door de artikelen 1383-1385 Ger.W.

§ 6. DOODGEBOREN KIND

A. Vermelding van de naam van de vader in de akte van aangifte van een levenloos kind

330. In het geval dat een kind levenloos wordt geboren, zal geen geboorteakte en geen akte van overlijden worden opgemaakt, maar maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand enkel een akte van aangifte van een levenloos kind op in de zin van artikel 80*bis* B.W., indien de geboorte heeft plaatsgevonden meer dan zes maanden na de verwekking.[236] Indien een dode foetus de moederschoot verlaat na een zwangerschap die geen 180 dagen heeft geduurd – bv. na een spontane of opgewekte abortus – dient geen enkele aangifte te worden gedaan en mag er zelfs geen enkele akte van de burgerlijke stand worden opgesteld.[237]

---

234 Zie *infra*, Deel V, nr. 474.

235 Arbitragehof nr. 161/2002, 6 november 2002, *B.S.* 25 februari 2003, 9047.

236 Omz. 10 juni 1999 betreffende de invoeging van een artikel 80*bis* in het Burgerlijk Wetboek aangaande de akte van aangifte van een levenloos kind, *B.S.* 1 juli 1999, (24911) 24912.

237 C. CASTELEIN, "De naam van het perinataal overleden kind", *NjW* 2002, (408) 410, nr. 10. Dit principe is reeds terug te vinden in de Omzendbrief nr. 139 van 13 december 1848 van de minister van Binnenlandse Zaken betreffende de bevolkingsstatistiek en doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Intérieur* 1848, (592) 593.

Artikel 80*bis*, 2de lid, 2° B.W. werd aangevuld door de Wet van 1 juli 2006, in die zin dat voortaan *ook de gegevens van de "vader" die niet gehuwd is met de moeder en die het doodgeboren kind prenataal heeft erkend* in de akte van aangifte van een levenloos kind kunnen worden opgenomen. *Op zijn vraag en mits toestemming van de "moeder"* kunnen *ook de naam, de voornamen en de woonplaats van de "vader" die niet gehuwd is met de moeder en die het verwekte kind niet erkend heeft*, vermeld worden.

Een prenatale erkenning van een doodgeboren kind heeft geen uitwerking, aangezien dit kind per definitie niet levend en levensvatbaar werd geboren[238], wat volgens de indieners van het amendement dat tot de wetswijziging heeft geleid, strijdig is met het huidige rechtsgevoelen. In hun optiek moest de discriminatie van ongehuwde mannen – in die zin dat hun gegevens niet in de akte van aangifte van een levenloos kind zouden kunnen worden opgenomen – verdwijnen.[239] Met de aanvulling van artikel 80*bis*, 2° B.W. is alle twijfel omtrent de mogelijke vermeldingen weggenomen, maar mijns inziens was het onder gelding van de oude tekst van deze bepaling ook al mogelijk om de naam van de ongehuwde biologische vader in de akte op te nemen[240], indien men voor ogen houdt dat de begrippen "vader" en "moeder" in de context van artikel 80*bis* B.W. niet in hun juridische betekenis, maar in hun feitelijke betekenis moeten worden begrepen.[241]

331. Via omzendbrief is ten slotte nog verduidelijkt dat, gelet op de geest van de wet, in de akte van aangifte van een levenloos kind ook melding moet worden gemaakt van de naam van de met de moeder gehuwde vader die de voorwaarden vervult voor de toepassing van artikel 316*bis* B.W., ingeval de ouders in staat zijn om de in dit artikel bedoelde gezamenlijke aangifte te doen of voor de geboorte een gemeenschappelijke verklaring hebben afgelegd, of nog wanneer de

238 Zie het antwoord van de minister van Justitie in *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1795 (Vr. nr. 117 De Loor van 23 mei 1991).

239 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 47 (de Bethune *c.s.*), verantwoording, p.7 – aangenomen.

240 In dezelfde zin: A. DE WOLF, "De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s)", *R.W.* 1998-99, (209) 218, nr. 37.

241 Zie ook *infra*, nr. 332.

verklaring wegens gegronde redenen[242] werd opgenomen in een afzonderlijke akte.[243]

B. Erkenning blijft onmogelijk

332. Een levenloos of niet levensvatbaar geboren kind kan niet worden erkend omdat het geen juridische persoonlijkheid heeft[244] en daarom ook geen drager kan zijn van rechten en plichten.

Ook al bepaalt artikel 80*bis*, 2de lid, 2° B.W. sinds de Wet van 27 april 1999 dat het geboortejaar, de geboortedag en -plaats, de naam, voornamen en de woonplaats van de "moeder" en de "vader" in de akte worden vermeld, toch hebben deze begrippen een louter feitelijke connotatie en geen juridische betekenis, precies omdat het kind waarvoor de akte wordt opgemaakt geen juridische persoonlijkheid heeft. In haar omzendbrief heeft de minister van Justitie bevestigd dat de opmaak van de akte van aangifte van een levenloos kind, met daarin de vermelding van de naam van de gehuwde of ongehuwde vader, geenszins de afstamming van het doodgeboren kind vaststelt.[245]

Een amendement dat ertoe strekte de erkenning van een levenloos geboren kind mogelijk te maken[246], werd ingetrokken na een versoepeling van het verbod om een kort na de geboorte zonder afstammelingen overleden kind te erkennen.[247]

---

242 Wanneer het voor één van beide echtgenoten materieel onmogelijk is om te verschijnen, bv. indien de moeder zich wegens haar gezondheidstoestand niet kan verplaatsen of nog indien de vader in het buitenland verblijft (Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29207).

243 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29211.

244 Reeds eerder in die zin: het antwoord van de minister van Justitie in *Hand.* Senaat 2002-03, 7 november 2002, nr. 2-239, 29, na de vraag om uitleg van mevr. Sabine DE BETHUNE over "de erkenning van een levenloos geboren kind door de ongehuwde vader".

245 Circ. 7 mei 2007, *l.c.*, (29203) 29211.

246 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, amendement nr. 35 (de Bethune *c.s.*) – ingetrokken.

247 De voorgestelde wijzigingen aan art. 80*bis* en 328 B.W. werden samen behandeld, zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 29 *j°* 32-39.

§ 7. ERKENNING VAN EEN OVERLEDEN KIND

333. Onder gelding van het vroegere recht kon een overleden kind enkel worden erkend indien het afstammelingen had nagelaten (oud art. 328, 2de lid B.W.). Door deze beperking wou men vermijden dat een kind werd erkend door een persoon die voornamelijk geïnteresseerd was in de nalatenschap van het kind.

Deze ratio werd bij de hervorming van het afstammingsrecht onderschreven[248], maar de vroegere bepaling werd als problematisch ervaren in het licht van de gewijzigde maatschappelijke verhoudingen, in het bijzonder het gegeven dat er meer en meer kinderen buiten het huwelijk worden geboren.[249]

Nu de rechtspraak al meermaals *contra legem* mannen had toegestaan hun kort na de geboorte (uiteraard zonder afstammelingen) overleden kind te erkennen[250], heeft de wetgever door de aanneming van een amendement[251] de volgende zin toegevoegd aan artikel 328, 2de lid B.W.: "in geval van een overleden kind zonder afstammelingen, kan de erkenning slechts geschieden binnen het jaar na de geboorte van het kind."

Hoewel de formulering te wensen overlaat, was het duidelijk de bedoeling van de wetgever om de erkenning van een *zonder afstammelingen overleden kind* toe te laten, op voorwaarde dat deze *erkenning* plaatsvindt *binnen het jaar na de geboorte van het kind*.[252]

Een amendement met ruimere strekking, waardoor een kind dat overleden is binnen het jaar na de geboorte, ook nog op een later tijdstip zou kunnen worden erkend[253], werd verworpen, nadat de minister van Justitie had gewezen op de bedoeling om al te late erkenningen te voorkomen.[254]

---

248 *"De wetgever moet trachten een evenwicht te bereiken tussen het voorkomen van op winstbejag gebaseerde erkenningen enerzijds en het gerechtvaardigde verlangen van ongehuwde vader oms hun kind te erkennen anderzijds"* (*Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, besluit van een bemerking van de dienst Wetsevaluatie, 35-36).

249 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, amendement nr. 36 (Willems), verantwoording, 2.

250 In de context van procedures inzake machtiging tot erkenning op basis van het oude art. 320 B.W., zie hierover G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 371-372, nrs. 643-644.

251 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, amendement nr. 36 (Willems) – aangenomen.

252 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 38-39.

253 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 48 (de Bethune *c.s.*) – verworpen.

254 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, p. 39 *j°* 59.

§ 8. PUBLICITEIT

334. Elke erkenning, geakteerd door een ambtenaar van de burgerlijke stand, dient van oudsher te worden gekantmeld in de geboorteakte van het kind (A). Naast deze algemene vorm van publiciteit, bestaat er nog een bijzondere regeling voor een erkenning door een gehuwd man: deze dient te worden medegedeeld, op straffe van een relatieve niet-tegenwerpelijkheid van de gedane erkenning (B). Beide regelingen zijn problematisch, de eerste omwille van haar beperkte toepassingsgebied en de tweede omwille van haar sanctie. Ten slotte is er nog een derde vorm van publiciteit van een erkenningsakte, in de bijzondere hypothese dat de erkenning zonder toestemming(en) heeft plaatsgevonden (C)

A. Kantmelding (enkel) in de geboorteakte van het kind

335. Zodra de erkenningsakte door de ambtenaar van de burgerlijke stand is opgemaakt, moet daarvan melding worden gemaakt op de kant van de geboorteakte van het kind (art. 62, § 2 B.W.), dus niet in de geboorteakte van de erkenner.

Strikt wettelijk weegt deze plicht van de ambtenaar van de burgerlijke stand tot kantmelding van de erkenningsakte in de geboorteakte van het kind niet op de notaris, nu ze is opgenomen in Titel II "Akten van de burgerlijke stand" van Boek 1 B.W. Uit de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 kan zelfs worden afgeleid dat het niet de bedoeling van de wetgever was deze verplichting aan de notaris op te leggen.[255] Een notariële erkenning kan dus plaatsvinden zonder enige vorm van publiciteit.

1. Problematisch karakter van deze algemene publiciteitsregeling

336. Notarissen worden geconfronteerd met een ernstig probleem n.a.v. de vereffening-verdeling van nalatenschappen, nl. de onzekerheid over het aantal kinderen van de erflater. Er bestaat *de lege lata* immers geen sluitend systeem op grond waarvan het exacte aantal kinderen die

[255] Er werd immers gewezen op *"het occulte karakter van een notariële akte waardoor vele moeilijkheden kunnen ontstaan ingevolge het ontbreken van elke informatie"*, zie *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, verslag namens de commissie voor de justitie, 97.

een vastgestelde afstammingsband met de overledene hebben, kan worden bepaald. Huwelijkse kinderen staan in het trouwboekje vermeld, maar dit blijkt na overlijden of echtscheiding vaak spoorloos. Buitenhuwelijkse kinderen kunnen per definitie niet terugvallen op een trouwboekje; ofwel zijn zij door de overledene erkend, ofwel werd hun afstamming t.a.v. de overledene bij vonnis vastgesteld; het kan ook voorkomen dat een procedure omtrent hun afstamming hangende is of nog zal worden ingeleid. Een vonnis dat de afstamming vaststelt, moet weliswaar worden overgezonden naar de ambtenaar van de burgerlijke stand en gekantmeld in de geboorteakte van het kind en zijn afstammelingen (art. 333, § 2 B.W.), maar daarmee is voor de notaris nog niet duidelijk waar (de geboorteakte van) deze afstammeling zich bevindt. Nu enkel een juridisch vastgestelde afstammingsband erfrecht in de nalatenschap van de overleden ouder tot gevolg heeft en lang niet alle buitenhuwelijkse kinderen zich spontaan melden of kunnen worden getraceerd, ontstaat er vaak een kluwen van (potentieel) erfgerechtigden, dat eerst dient te worden ontward alvorens de nalatenschap kan worden vereffend. Notarissen zijn daarom geneigd de vereffening-verdeling van de nalatenschap te blokkeren tot zolang zij een duidelijk zicht hebben op de afstammelingen van de overledene.[256]

2. Oplossingen

337. Het occulte karakter van de notariële erkenning is nefast voor de rechtszekerheid; daarom is zelfs vanuit het notariaat gepleit voor een kennisgeving van de notariële erkenning aan de ambtenaar van de burgerlijke stand die de geboorteakte heeft opgemaakt[257], mits toestemming van de betrokkenen[258], *in casu* de erkennende man en het erkende kind indien dit minstens twaalf jaar oud is. Dit is enkel een oplossing voor de vaderlijke erkenning.[259] De nadelen van het gebrek aan publiciteit van een notariële erkenning zouden totaal verdwijnen indien de erkennende man (of vrouw) in zijn (haar) authentiek testament mel-

256 L. COPPENS, "Tijdbom tikt onder erfenissen", *De Standaard* 6 mei 2003.

257 G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 89, nr. 82 *b)*.

258 H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 205, nr. 577.

259 De melding van een erkenning door een vrouw door de instrumenterende notaris met het oog op kantmelding in de geboorteakte van het kind is zinloos als publiciteitsmaatregel, nu de erkenning door een vrouw principieel pas plaatsvindt indien er geen geboorteakte bestaat.

ding maakt van de gedane erkenning bij notariële akte en tevens de naam van de notaris vermeldt die de minuut van de erkenningsakte bewaart[260], maar dit is een illusie, nu een erkenner nooit verplicht kan worden een authentiek testament te maken.

In de voorbije legislatuur zijn drie oplossingen gesuggereerd.

– Medio 2003 is de idee om een *Centraal Register voor Afstamming* (CRA) op te richten, hernomen door de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat (KFBN).[261] In dergelijk register zouden, per ouder, alle kinderen waarvan de afstamming juridisch vaststaat, moeten worden opgenomen, ongeacht of ze binnen of buiten het huwelijk werden geboren. Tegen een centraal register van afstamming werden door de vaste commissie voor de burgerlijke stand reeds medio jaren tachtig fundamentele bezwaren aangevoerd, vanuit het standpunt van de bescherming van het privéleven en omwille van het vertrouwelijke karakter van de gegevens.[262] De bekommernis om gegevens m.b.t. de afstamming met een grote discretie te omringen kwam al tot uiting in de vorige Afstammingswet.[263] In het voorjaar van 2004 heeft de KFBN tijdens een vergadering met gesloten deuren van de subcommissie familierecht de oprichting van een CRA niet meer verdedigd.

– Tijdens een eerdere hoorzitting in dezelfde subcommissie is door SENAEVE gesuggereerd om, naast de reeds bestaande verplichting tot kantmelding in de geboorteakte van het kind, een verplichting in te voeren tot *kantmelding van elke vastgestelde afstamming in de geboorteakte van de ouder* t.a.v. wie de afstamming vaststaat. Concreet zou in het B.W. kunnen worden bepaald dat de ambtenaren van de burger-

260 In dergelijk geval zal het testament worden ingeschreven in het Centraal register der uiterste wilsbeschikkingen (CRT) en zal de erkenning aan het licht komen bij het overlijden van de erkenner (G. RASSON, "Reconnaissance d'un enfant dès sa conception et reconnaissance d'un enfant par acte notarié", *Rev. not. b.* 2002, (783) 786).

261 Zie L. COPPENS, "Tijdbom tikt onder erfenissen", *De Standaard* 6 mei 2003.

262 *Vr. en Antw.* Kamer 1986-87, 20 oktober 1987, 4368-4369 (Vr. nr. 213 Goor van 17 juli 1987), eveneens opgenomen in X, "Afstamming – Erkenning van een kind", *De Burg. St.* 1988, (27) 28-29.

263 Wijziging van art. 45 B.W., waarna de bekendmaking van de afstamming aan derden via het afgeven van een eensluidend verklaard afschrift of uittreksel van de geboorteakte niet langer is overgelaten aan de appreciatie van de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar enkel mogelijk is na toestemming van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg.

lijke stand die een geboorteakte opstellen, een erkenningakte opmaken of een vonnis waarin de afstamming wordt vastgesteld overschrijven, evenals notarissen die een erkenningakte opmaken, ertoe gehouden zijn de vastgestelde afstamming ter kennis te brengen van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de geboorteplaats van de ouder, die dan zorgt voor een kantmelding van deze afstamming in de geboorteakte van de ouder. Op die manier kan het opvragen van de geboorteakte van de overledene volstaan om al zijn afstammelingen te kennen.[264]

– Een laatste optie, tevens voorwerp van een wetsvoorstel[265], bestaat erin om *in het rijksregister de afstammelingen in de eerste graad van een persoon op te nemen*, ongeacht of de afstamming is komen vast te staan in de geboorteakte, door een erkenning, door een rechterlijke beslissing of door een adoptie.[266] Wat de oorspronkelijke afstamming betreft, zou de ambtenaar van de burgerlijke stand die de geboorteakte opmaakt[267], de ambtenaar of notaris die een akte van erkenning opmaakt[268] of de ambtenaar die het beschikkend gedeelte van een vonnis tot vaststelling van de afstamming overschrijft, onverwijld kennis moeten geven van de vastgestelde afstamming aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats of, bij gebreke daarvan, de hoofdverblijfplaats van de moeder en/of vader.[269] De ambtenaar zal deze informatie dan meedelen aan het rijksregister overeenkomstig artikel 4 Rijksregisterwet.

338. De wetgever heeft bij de hervorming van het afstammingsrecht een kans gemist om de publiciteit van de juridisch vastgestelde afstamming – en dan vnl. inzake vaderlijke erkenningen – te hervormen, waardoor een reëel maatschappelijk probleem is blijven bestaan. Te verwachten valt dat dit probleem in de toekomst nog ernstiger zal worden. Situaties waarbij een erflater zowel huwelijkse als buitenhuwelijkse kin-

264 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, uiteenzetting door prof. P. SENAEVE, opgenomen in bijlage 2 bij het verslag namens de subcommissie familierecht, 113-114.

265 Wetsvoorstel tot vermelding in het rijksregister van de afstammelingen in de eerste graad, *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1333/001 (Verherstraeten).

266 Door toevoeging van deze gegevens aan de informatie die nu reeds voor iedere persoon dient te worden opgenomen en bewaard (zie de voorgestelde toevoeging van een nieuw 14° aan art. 3, 1ste lid Rijksregisterwet).

267 Voorgestelde nieuwe § 6 van art. 56 B.W.

268 Voorgestelde aanvulling van art. 62, § 2 B.W.

269 Voorgestelde aanvulling van art. 333, § 2 B.W.

deren heeft, zijn niet langer uitzonderlijk; meer en meer hebben overleden mannen (enkel) buitenhuwelijkse kinderen, niet zelden bij verschillende vrouwen. Nieuw samengestelde gezinnen nemen sterk in aantal toe en de familiale cohesie is afgenomen. Nu ouders en kinderen geografisch verder van elkaar verwijderd leven dan vroeger, zal de zoektocht naar alle afstammelingen van de overledene, gebaseerd op de geboorteakten van deze kinderen, steeds moeilijker verlopen.

De oplossing die erin bestaat om in het rijksregister de afstammelingen in de eerste graad van een persoon op te nemen lijkt mij de meest geschikte. Het heeft geen zin om een extra register – zoals een Centraal Register voor Afstamming – te creëren als het rijksregister al bestaat en de notarissen er nu al toegang toe hebben[270] en ermee vertrouwd zijn. Het feit dat de toegang tot en de mededeling van de in het rijksregister opgenomen informatiegegevens reeds wettelijk omkaderd is via privacybeschermende maatregelen[271] maakt deze optie ook interessanter dan een verplichte kantmelding van de vaststelling van de afstamming in de geboorteakte van de ouder.

B. Mededelingsverplichting na erkenning van een kind door een gehuwd man (art. 319bis B.W.)

339. Anders dan in de (ongewijzigd gebleven) tekst van artikel 313, § 3 B.W. inzake erkenning door een gehuwde vrouw, is in het nieuwe artikel 319*bis* B.W. gepreciseerd binnen welke tijdspanne en op welke wijze een erkenning door een gehuwd man moet worden medegedeeld aan zijn echtgeno(o)t(e).[272] De erkenning kan op twee verschillende wijzen worden meegedeeld: de ene of de andere wijze moet worden gehanteerd, naargelang de akte van erkenning al dan niet in België is opgemaakt.

---

270 Art. 5, 4° Rijksregisterwet.

271 Er is machtiging vereist van het sectoraal comité van het Rijksregister, zie aanhef art. 5 Rijksregisterwet.

272 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/014, amendement nr. 56 (Marghem) – ingetrokken; het laatste zinsdeel van dit amendement spreekt verkeerdelijk over de opmaak van de kennisgeving i.p.v. de opmaak van de erkenningsakte, wat in een later amendement is gecorrigeerd, zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/023, amendement nr. 89 (Swennen *c.s.*).

1. Kennisgeving

340. Indien de akte van erkenning is opgemaakt door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of door een Belgische notaris, wordt een *afschrift van de akte* door deze ambtenaar of notaris *verzonden bij een ter post aangetekende brief* (art. 319*bis*, 2de lid B.W.). De ambtenaar van de burgerlijke stand is ertoe gehouden deze kennisgeving te doen *binnen de drie dagen na opmaak van de erkenningsakte* (art. 62, § 3 B.W.).

Het is raadzaam dat de notaris dezelfde termijn zou nakomen, hoewel dit voorschrift inzake burgerlijke stand nergens in de wet ook op hem toepasselijk wordt verklaard.[273] De Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat had tijdens de voorbereidende werkzaamheden gesuggereerd te verduidelijken dat de Belgische notaris deze kennisgeving zou doen binnen de maand na de erkenning, ter woonplaats van de echtgenoot/echtgenote van de erkenner, zoals aangegeven door het Rijksregister of door het parket indien de woonplaats van de persoon voor wie de kennisgeving is bedoeld, onbekend is of indien deze persoon in het buitenland verblijft.[274] Een amendement in die zin[275] werd na een eerste bespreking en indicatieve stemming aangenomen in de kamercommissie voor de justitie[276], maar toentertijd werd al opgemerkt dat deze bepaling ofwel moest verwijzen naar het gemeen recht ter zake, ofwel moest worden herschreven, teneinde in alle mogelijkheden te voorzien.[277] Na een tweede bespreking werd een amendement aangenomen dat ertoe strekte bovenvermelde bepalingen inzake de termijn voor en de plaats van mededeling niet in de wet op te nemen.[278] In de Senaat werd via een regeringsamendement[279] de wijze van kennisgeving en

---

273 Zie reeds onder het oude recht: H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 198, nr. 552; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2221, nr. 315.

274 Zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, uiteenzetting door DE BACKER en AUGHUET, zoals weergegeven in bijlage 4 bij het verslag, 142.

275 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/023, amendement nr. 89 (Swennen *c.s.*) – aangenomen.

276 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de commissie voor de justitie, 16-18.

277 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de commissie voor de justitie, 18 (Marghem).

278 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/029, amendement nr. 125 (Déom *c.s.*), subamendement op amendement nr. 89 – aangenomen; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de commissie voor de justitie, 43-44.

279 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 38 (regering) – aangenomen.

betekening – resp. per aangetekende brief en via deurwaardersexploot – geëxpliciteerd en tegelijk rekening gehouden met een aantal opmerkingen van de Dienst wetsevaluatie waardoor (vooral) de (Nederlandse) tekst taalkundig werd verbeterd.[280] Tijdens de daaropvolgende behandeling in de Kamer werd nog een laatste – gelukkige – wijziging doorgevoerd, door te bepalen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand een afschrift van de erkenningsakte (en niet de erkenningsakte zelf) ter kennis moet brengen.[281]

2. Betekening

341. Indien de akte niet is opgemaakt door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of door een Belgische notaris, wordt ze betekend *bij deurwaardersexploot* op verzoek van de vader, het kind of diens wettelijke vertegenwoordiger (art. 319*bis*, 2de lid B.W.).

C. Mededelingsverplichting van een zonder toestemming(en) gedane erkenning (art. 329bis, § 3 B.W.)

342. Hoger[282] werd al verduidelijkt dat een minderjarig niet ontvoogd kind zonder bekende moeder, of wiens moeder overleden is, dan wel in de onmogelijkheid verkeert haar wil te kennen te geven, door een man kan worden erkend – uiteraard – zonder toestemming van de moeder; bijzonder is evenwel dat deze vaderlijke 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 meegedeeld, zodat zij desgewenst een vordering tot nietigverklaring van deze zonder hun toestemming gedane erkenning kunnen instellen.[283]

– Stemden beiden niet toe, dan moet de ambtenaar van de burgerlijke stand in voornoemde hypothese een letterlijk afschrift van de

280 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 24 (nota dienst Wetsevaluatie) *j°* 32 (bespreking) *j°* 59 (stemming).

281 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/036, amendement nr. 147 (Van der Auwera) – ingetrokken, nadat de voorgestelde wijziging werd beschouwd als een technische correctie, zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, 8.

282 Zie *supra*, nr. 242.

283 Zie daarover *infra*, nr. 385.

erkenning(sakte) ter kennis brengen van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf (art. 329*bis*, § 3, 1ste lid B.W.).

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. 329*bis*, § 3, 2de lid B.W.).

– Stemde slechts één 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.

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

De wijze waarop de *kennisgeving* dient te geschieden, staat vermeld in artikel 329*bis*, § 3, 1ste lid B.W.: het gaat om een letterlijk afschrift van de erkenning(sakte) dat ter kennis wordt gebracht; anders dan in artikel 319*bis* B.W. vereist de wet hier geen aangetekende brief, zodat moet worden aangenomen dat de kennisgeving overeenkomstig het gemeen recht (art. 32, 2° Ger.W.) kan gebeuren.

De *betekening* van de erkenningsakte vereist de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder; hij zal een afschrift van de erkenningsakte moeten betekenen (zie art. 32, 1° Ger.W.).

344. Bij nader inzien verschilt de publiciteitsregeling van een zonder toestemming(en) gedane erkenning dus 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 329*bis*, § 3, 1ste lid B.W. plaatsvinden. Indien een andere ambtenaar – bv. een buitenlandse ambtenaar van de burgerlijke stand of een Belgische of buitenlandse notaris – de erkenning heeft geakteerd, is de in

artikel 329*bis*, § 3, 2de lid B.W. voorziene betekening van de erkenning niet verplicht: zij vindt plaats "op verzoek van de erkenner".

§ 9. UITWERKING VAN EEN ERKENNING

A. Declaratief karakter van een erkenning

345. Een erkenning creëert geen afstammingsband – op attributieve wijze –, maar constateert enkel dat er tussen ouder en kind een afstammingsband bestaat.

Dit declaratieve karakter van de erkenning[284] impliceert dat zij, ongeacht het tijdstip waarop ze werd gedaan, *retroactief* (terug)werkt *tot de dag waarop het kind werd geboren* en zelfs tot het ogenblik waarop het kind werd *verwekt*, indien dit in het voordeel van het erkende kind is (*Infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis eius agitur*).

346. Door de erkenning wordt de afstamming *erga omnes* vastgesteld. Op deze regel bestaan evenwel twee wettelijke uitzonderingen, die hieronder worden toegelicht.

B. Beperkte uitwerking van een erkenning door een gehuwde ouder die niet aan diens echtgeno(ot(e) is meegedeeld (art. 313, § 3 en art. 319bis, 3de lid B.W.)

347. Hoger heb ik reeds gewezen op de relatieve niet-tegenwerpelijkheid van een moederlijke en vaderlijke erkenning die niet aan de echtgeno(o)t(e) van de erkennende vrouw of man werd medegedeeld (zie *supra*, nr. 209, resp. 317).

C. Beperkte uitwerking van een erkenning zonder de voorafgaande toestemming(en) (art. 329bis, § 3, 6de lid B.W.)

348. Wanneer de moeder van het te erkennen kind onbekend of overleden is, dan wel in de onmogelijkheid verkeert haar wil te kennen te geven, kan de vaderlijke erkenning plaatsvinden zonder enige toestem-

[284] Cass. 28 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 665 en *Pas.* 1988, I, 623.

ming, 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 betekening[285] (art. 329*bis*, § 3, 1ste en 2de lid B.W.[286]). 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. 329*bis*, § 3, 3de lid B.W.).[287] 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. 329*bis*, § 3, 6de lid B.W.).

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 – omwille van de wettelijk bepaalde niet-tegenwerpelijkheid – geen enkel nadeel van deze erkenning ondervinden. Gedurende zes maanden kunnen zij er echter ook voor kiezen toch te genieten van (al) de rechtsgevolgen van de erkenning. 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 329*bis*, § 3, 3de lid B.W. 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 zij nog op de gemeenrechtelijke wijze worden betwist, onder de voorwaarden van artikel 330 B.W.; enkel degenen die geen partij geweest zijn bij de beslissing waarbij de krachtens artikel 329*bis*, § 3 B.W. gevorderde vernietiging is afgewezen, zullen in dat geval nog titularis zijn van het betwistingsrecht (zie art. 330, § 1, 3de lid B.W.).

---

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

286 Deze bepaling herneemt in essentie het oude art. 319, § 4, 1ste en 2de lid B.W., 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.

287 Zie *infra*, nrs. 385 e.v.

Indien slechts één 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 329*bis*, § 3, 6de lid B.W. 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-tegenwerpelijkheid 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 van dezelfde prerogatieven.

HOOFDSTUK IV.
BETWISTING VAN DE VADERLIJKE ERKENNING

§ 1. GEMEENRECHTELIJKE BETWISTING VAN EEN VADERLIJKE ERKENNING (ART. 330 B.W.)

A. Algemene ontvankelijkheidsvoorwaarden

1. Afwezigheid van bezit van staat ten aanzien van de erkennende man

349. Tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van degene die het heeft erkend, kan de erkenning van het vaderschap worden betwist (art. 330, § 1, 1ste lid B.W.).[288]

In wezen komt dit erop neer dat het bezit van staat de vordering onontvankelijk maakt, nu de vordering tot betwisting van een erkenning niet kan worden ingeleid indien het vaderschap van de erkennende man bevestigd wordt door het bezit van staat.

Het bezit van staat vervult hier dus exact dezelfde rol als inzake de betwisting van het moederschap dat vaststaat o.g.v. de geboorteakte en inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.[289]

350. De rechtbank oordeelt soeverein of er al dan niet bezit van staat t.a.v. de erkennende man aanwezig is, aan de hand van de criteria bepaald in artikel 331*nonies* B.W..[290] Aangezien het om een exceptie gaat – een uitzondering op het principe van de toelaatbaarheid van de vordering – rust de *bewijslast* op de *verweerder* die de exceptie opwerpt. De eiser in betwisting moet dus niet bewijzen dat er geen bezit van staat is om zijn vordering ontvankelijk te horen verklaren; het is de verweerder die moet aantonen dat er deugdelijk bezit van staat is; in voorkomend geval zal de rechtbank de ingestelde betwistingvordering onont-

288 Zie het oude art. 330, § 2, 2de lid B.W.

289 Zie resp. art. 312, § 2 en 318, § 1 B.W.

290 Voor een overzicht van rechtspraak omtrent het al dan niet deugdelijk karakter bezit van staat in de context van de betwisting van een vaderlijke erkenning, zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 567-572, nrs. 1025-1033.

vankelijk moeten verklaren, ook al wordt het bewijs van biologisch niet-vaderschap van de erkenner onomstotelijk geleverd.

351. Het *bezit van staat* is een *ontoelaatbaarheidsgrond voor elke vordering tot betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W.*[291], ook al werd deze ingeleid door de erkenner (of een ander persoon) wiens toestemming was aangetast door een wilsgebrek. De controverse die hieromtrent in rechtspraak en rechtsleer bestaat[292], is tijdens de parlementaire voorbereiding van de nieuwe wet niet aan bod gekomen, maar in navolging van het Hof van Cassatie[293] mag worden aangenomen dat de erkenning die bevestigd wordt door bezit van staat onaantastbaar is, ook al kan de erkenner een wilsgebrek in zijnen hoofde bewijzen.[294] Wanneer men aanvaardt dat de erkenner die een wilsgebrek in zijnen hoofde kan bewijzen, onderworpen is aan de nieuwe vervaltermijnen voor het inleiden van de betwistingvordering[295], moet men ook aanvaarden dat de onontvankelijkheidsgrond bezit van staat, eveneens vervat in artikel 330, § 1 B.W., kan worden tegengeworpen aan degenen wier toestemming gebrekkig was.

2. Een levensvatbaar geboren kind

352. De vordering tot betwisting van een (prenatale) erkenning kan niet vóór de geboorte van het kind worden ingeleid, gelet op artikel 331*bis* B.W.

---

291 Niet voor de bijzondere procedure tot nietigverklaring van een erkenning geregeld door art. 329*bis*, § 3 B.W., zie *infra*, nr. 386.

292 Uitgebreid beschreven in G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer 2004, 573-575, nrs. 1034-1035.

293 Cass. 25 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 637 en *Pas.* 1993, I, 626.

294 M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev. not. b.* 2007, (114) 147, nr. 50; J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (deuxième partie)", *J.T.* 2007, (391) 400, nr. 49.

295 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, nota van prof. SENAEVE ten behoeve van de leden van de senaatscommissie, opgenomen als bijlage 1 bij het verslag namens de commissie voor de justitie, 68. Deze auteur heeft nochtans in het verleden altijd verdedigd dat de nietigverklaring van de erkenning als rechtshandeling wegens een wilsgebrek toelaatbaar is, ook al heeft het kind bezit van staat t.a.v. de erkenner, omdat de wetgever voor de betwisting van een erkenning als rechtshandeling niet in bijzondere regels zou hebben voorzien (in tegenstelling tot de betwisting van een leugenachtige erkenning, die beheerst wordt door art. 330 B.W.), zie P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven/Leusden, 2004, 357, nr. 840 *j°* 354-355, nr. 831.

Ook de persoon die het vaderschap opeist, kan zijn vordering niet inleiden vooraleer het kind (levend en) levensvatbaar is geboren, nu artikel 328*bis* B.W. niet verwijst naar artikel 330 B.W. (zie boven, nr. 166).

B. Bijzondere ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de erkennende man en degenen die tot de erkenning hebben toegestemd: een wilsgebrek

353. De erkenner en zij die de voorafgaande, in artikel 329*bis* B.W. vereiste of bedoelde toestemmingen hebben gegeven, zijn alleen gerechtigd de erkenning te betwisten, indien zij bewijzen dat aan hun toestemming een gebrek kleefde (art. 330, § 1, 2de lid B.W.).[296]

354. Met een *gebrek* in de zin van artikel 330, § 1, 2de lid B.W. worden zowel de wilsongeschiktheid (totale afwezigheid van toestemming) als de klassieke wilsgebreken (dwaling, bedrog en geweld) bedoeld.[297]

355. Niet alleen het betwistingsrecht van de erkenner zelf, maar ook het betwistingsrecht van *zij die de voorafgaande, in artikel 329bis B.W. vereiste of bedoelde toestemmingen hebben gegeven*, wordt geconditioneerd door het bestaan van een wilsgebrek.

Concreet gaat het om de volgende personen en situaties:
- Meerderjarigen en ontvoogde minderjarigen die hun vetorecht tegen een vaderlijke erkenning (art. 329*bis*, § 1 B.W.) niet hebben gebruikt, kunnen deze erkenning slechts betwisten indien zij een wilsgebrek aantonen.
- De moeder die haar toestemming heeft gegeven tot de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind (art. 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W.) door een man, kan deze erkenning slechts betwisten indien zij bewijst dat aan haar toestemming een gebrek kleefde.

---

296 Zie het oude art. 330, § 1, 2de lid B.W.

297 H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 897, nr. 904; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 705, nr. 908. Voor een overzicht van de rechtspraak inzake de betwisting van een vaderlijke erkenning na een gebrek in de toestemming, onderverdeeld naargelang het ingeroepen wilsgebrek, zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 580-583, nrs. 1048-1053.

- Hetzelfde geldt voor het minderjarig kind dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en tot de erkenning heeft toegestemd (art. 329*bis*, § 2, 2de lid B.W.).
- Het minderjarig niet-ontvoogd kind (van twaalf jaar of ouder) waarvan de moeder onbekend of overleden is, dan wel in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven, en diens wettelijke vertegenwoordiger moeten eveneens een wilsgebrek in hunnen hoofde bewijzen om de erkenning door een man succesvol te kunnen betwisten indien zij tot de erkenning hebben toegestemd (art. 329*bis*, § 3, 1ste lid B.W).

356. Het bestaan van een wilsgebrek in hoofde van één van de genoemde personen is een *voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de vordering*. Is er geen wilsgebrek aanwezig, dan is de vraag of het kind al dan niet bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner (een andere onontvankelijkheidsgrond), evenals de vraag naar het biologisch vaderschap (die de gegrondheid van de vordering betreft), niet relevant. De vordering moet wegens afwezigheid van bewezen wilsgebrek onontvankelijk worden verklaard. Een bewezen wilsgebrek *volstaat* evenwel nog *niet voor de gegrondheid van de vordering*: opdat de rechtbank de erkenning nietig kan verklaren, is daarenboven het bewijs van biologisch niet-vaderschap van de erkenner vereist (art. 330, § 2 B.W.).[298]

357. De vraag rijst of de wetgever er niet beter aan gedaan had om niet langer het bewijs van een wilsgebrek te vereisen, wanneer een persoon die tot de erkenning heeft toegestemd, deze erkenning naderhand wil betwisten. Kinderen worden al beschermd tegen een brutale opzegging van een eerder aangegaan sociaal engagement doordat het bezit van staat t.a.v. de erkenner de betwistingvordering onontvankelijk maakt. Te vrezen valt dat de nieuwe beperking van het aantal betwistingsgerechtigden en de verkorte termijnen waarbinnen zij hun vordering moeten inleiden, in combinatie met het behoud van het vereiste wilsgebrek, in de praktijk zullen leiden tot onverkwikkelijke toestanden waarbij een leugenachtige erkenning die niet bevestigd wordt door bezit van staat, niet meer zal kunnen worden betwist. Ook al kan men de wetgever moeilijk verwijten dat hij van de personen die bij de erkenning betrokken waren een consequente houding eist, toch heeft hij wellicht onvol-

[298] Zie *infra*, nr. 381.

doende beseft dat het behoud van de vereiste van een wilsgebrek onmiskenbaar niet in het belang van het kind is, telkens wanneer daardoor de vaststelling van de afstamming met een andere man, die wel een socio-affectieve relatie met het kind wenst, wordt verhinderd.[299]

C. Titularissen van de vordering

1. Beperking van het aantal vorderingsgerechtigden

358. Onder gelding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 kon een erkenning door iedere belanghebbende worden betwist.[300] De rechtspraak vereiste evenwel steevast een moreel belang, dat aanwezig werd geacht in hoofde van grootouders, ooms en tantes, andere bloedverwanten van het kind en de beweerde biologische vader.[301] De oorspronkelijke bedoeling van de wetgever bestond erin deze regel te behouden en zelfs uit te breiden tot de betwisting van het huwelijkse vaderschap, zodat ook het vaderschap van de echtgenoot door elke belanghebbende zou kunnen worden betwist.[302] In de kamercommissie voor de justitie werd – op een ogenblik dat men nog de bedoeling had om de betwisting van het huwelijkse en het buitenhuwelijkse vaderschap in één en dezelfde bepaling (art. 330 B.W.) te regelen – een amendement aangenomen dat ertoe strekte de personen die gerechtigd zijn een erkenning te betwisten, te beperken tot "de daadwerkelijk belanghebbenden".[303]

359. Voortaan zijn de personen die gerechtigd zijn een erkenning te betwisten limitatief in de wet opgesomd. De vaderlijke erkenning kan

---

299 In dezelfde zin: N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (coord.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, 90-91, nr. 38.

300 Zie het oude art. 330, § 1, 1ste lid B.W.

301 Deze rechtspraak werd uitgebreid besproken in G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 593-596, nrs. 1075-1080.

302 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, 10.

303 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 112 (Déom *c.s.*), verantwoording, 6 – aangenomen; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de commissie voor de justitie, 31 *j°* 33. De splitsing van de regels i.v.m. de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (art. 318 B.W.) en deze i.v.m. de betwisting van een vaderlijke erkenning (art. 330 B.W.) werd pas in de Senaat doorgevoerd (zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 51-52) via de aanneming van een amendement (*Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/4, amendement nr. 34 (de 'T Serclaes *c.s.*).

worden betwist door de *moeder*, het *kind*, de *man die het kind heeft erkend* en de *man die het vaderschap opeist* (art. 330, § 1, 1ste lid B.W.).

De beperkende opsomming van de titularissen van het recht de erkenning te betwisten in het nieuwe artikel 330, § 1, 1ste lid B.W. verhindert mijns inziens niet het vorderingsrecht dat het openbaar ministerie put uit artikel 138, 6de lid Ger.W.[304]: het openbaar ministerie treedt ambtshalve op, bv. bij wege van rechtsvordering, telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt. Ook onder gelding van het nieuwe afstammingsrecht zal het openbaar ministerie zgn. "schijnerkenningen" (enkel gedaan met het oog op een verblijfsrechtelijk voordeel) kunnen blijven bestrijden.

2. Overgangsregeling

360. Elke belanghebbende derde in de zin van het oude artikel 330, § 1, 1ste lid B.W. behoudt gedurende een jaar vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe wet, dus tot 1 juli 2008, de mogelijkheid om een erkenning te betwisten, volgens de voorwaarden voorgeschreven door de vroegere wetgeving (art. 25, § 2 W. 1 juli 2006).

De bedoeling van de wetgever was om aan de "oude" titularissen van rechten een ultieme kans te geven om deze rechten aan de hand van het oude regime uit te oefenen.[305] Het gaat dan bv. om grootouders, ooms of tantes of andere bloedverwanten van het erkende kind.

3. Uitsluiting van bepaalde vorderingsgerechtigden

361. Luidens artikel 330, § 1, 3de lid B.W. kan de erkenning niet worden betwist door *hen die partij zijn geweest bij de beslissing waarbij de erkenning is toegestaan overeenkomstig artikel 329bis B.W., of bij de beslissing waarbij de krachtens dat artikel gevorderde vernietiging is afgewezen.*

362. Indien na de toestemmingsweigering van de moeder en/of het niet ontvoogd minderjarig kind dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, de rechtbank overeenkomstig artikel 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.

---

304 In dezelfde zin: J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (deuxième partie)", *J.T.* 2007, (391) 400, nr. 50.

305 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 45 (regering), verantwoording, 5 – aangenomen.

heeft geoordeeld dat de erkenning toch kan plaatsvinden, dan kunnen zij als partij bij deze beslissing, de erkenning niet meer betwisten, ook niet o.g.v. enig wilsgebrek.

Hetzelfde geldt voor de wettelijke vertegenwoordiger en het niet ontvoogd minderjarig kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, in een procedure tot nietigverklaring van een erkenning in de bijzondere hypothese van artikel 329*bis*, § 3 B.W., wanneer de rechtbank heeft geweigerd deze – zonder toestemming(en) gedane – erkenning te vernietigen.

Partij bij dergelijke beslissingen kunnen dus zijn:
– de erkenner;
– de moeder;
– de wettelijke vertegenwoordiger van het kind;
– het kind zelf indien het de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt.

363. Wanneer het niet ontvoogd minderjarig kind dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, persoonlijk partij is geweest in het geding over de voorgenomen erkenning (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.) of de nietigverklaring van de erkenning (art. 329*bis*, § 3 B.W.), dan kan het deze erkenning zelf niet meer betwisten. Nu rijst de vraag of het kind dat op het ogenblik van de erkenning de leeftijd van twaalf jaar niet had bereikt en daarin dus niet moest toestemmen, de erkenning achteraf nog kan betwisten.

Wanneer de erkenning heeft plaatsgevonden met toestemming van de moeder (art. 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W.), kan deze vraag ondubbelzinnig positief worden beantwoord. De moeder stemt dan persoonlijk toe tot de erkenning, niet als vertegenwoordiger van het kind. Het kind kan hier geenszins als "partij" worden beschouwd.[306]

Meer twijfel over het betwistingsrecht van het kind kan bestaan wanneer een vordering tot nietigverklaring van de erkenning (art. 329*bis*, § 3 B.W.) werd ingesteld door de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en die vordering werd afgewezen. Dan zou kunnen worden aangevoerd dat het kind gedurende die procedure vertegenwoordigd was door zijn wettelijke vertegenwoordiger en dus ook partij was in het geding. Wie deze stelling volgt, moet tot het besluit komen dat het kind

306 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Commentaar bij art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 4 (onder het oude recht, i.v.m. de minderjarige die de volle leeftijd van 15 jaar heeft bereikt).

de erkenning niet meer kan betwisten.[307] Maar evenzeer kan worden verdedigd dat de wettelijke vertegenwoordiger in het geding tot vernietiging van de erkenning niet optreedt in naam van het kind, maar o.g.v. een eigen recht.[308] In deze laatste visie zal het kind de erkenning achteraf nog kunnen betwisten onder de voorwaarden van artikel 330 B.W.

D. Termijnen

364. De vroeger geldende dertigjarige verjaringstermijn waarbinnen een erkenning moest worden betwist, die berekend moest worden vanaf de opmaak van de erkenningsakte, werd vervangen door beduidend kortere (verval)termijnen, die krachtens artikel 330, § 1, 4de lid B.W. variëren van 1 tot 10 jaar.

In de voorbereidende werkzaamheden wordt als motivering voor deze wijziging gesteld "dat het (…) nodig lijkt de gezinscel van het kind zoveel mogelijk te beschermen door eensdeels enerzijds het bezit van staat te behouden (…) en anderdeels door termijnen te bepalen voor het instellen van de vordering".[309]

365. Bij wijze van *overgangsmaatregel* is bepaald dat de nieuwe verval[310]-termijnen beginnen te lopen vanaf de dag waarop de nieuwe wet in werking treedt (1 juli 2007), tenzij de vordering reeds was verjaard[311], en zonder dat de totale duur van de verjaringstermijn dertig jaar kan overschrijden (art. 25, § 3 W. 1 juli 2006).

---

307 In die zin, onder het oude recht, m.b.t. het kind van 15 jaar of ouder: A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 190-191, nr. 287.

308 Zie in die zin J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1147, nr. 11, die het evenwel enkel heeft over de rol van de wettelijke vertegenwoordiger van een minderjarige van 15 jaar of ouder.

309 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 112 (Déom *c.s.*), verantwoording, p. 6 – aangenomen.

310 Art. 25, § 3 W. 1 juli 2006 vermeldt ten onrechte het begrip "verjaringstermijn", nu het zeer duidelijk de bedoeling van de wetgever was om de betwisting van het buitenhuwelijkse vaderschap ook op het vlak van de termijnen te aligneren met de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (waarvoor al sinds 1804 vervaltermijnen gelden). Op het ogenblik dat kortere termijnen voor de betwisting van de erkenning werden voorgesteld, regelde het voorgestelde art. 330 B.W. nog beide procedures.

311 Omdat er dertig jaar is verstreken sedert de opmaak van de erkenningsakte.

Wanneer een wet een verjaringstermijn opheft, schrijven de algemene regels van overgangsrecht voor dat de nieuwe wet niet van toepassing kan zijn op de lopende termijn.[312]

Hieronder wordt ingegaan op het vorderingsrecht van de onderscheiden titularissen en specifieke(re) overgangsbepalingen.

1. Vorderingsrecht van de moeder

366. De vordering van de moeder moet – merkwaardig genoeg – worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de erkenner niet de vader is (art. 330, § 1, 4de lid B.W.).[313]

De moeder is evenwel niet gerechtigd de vordering tot betwisting van de erkenning in te leiden indien de rechtbank beslist heeft dat de erkenning, ondanks de toestemmingsweigering van de moeder, toch mocht plaatsvinden (art. 330, § 1, 3de lid B.W.).

2. Vorderingsrecht van het kind

367. De vordering van het kind moet op zijn vroegst worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en moet uiterlijk worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van tweeëntwintig jaar heeft bereikt of binnen het jaar na het ontdekken van het feit dat de persoon die het erkend heeft niet zijn vader is (art. 330, § 1, 4de lid B.W.).

Het vorderingsrecht van het *minderjarige* kind onder ouderlijk gezag dient via een voogd *ad hoc* te worden uitgeoefend; de minister van Justitie heeft bevestigd dat vader noch moeder als wettelijke vertegenwoordi-

---

312 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 45 (regering), verantwoording, 5 – aangenomen (met verwijzing naar art. 10 W. 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring).

313 Op dit vlak is er dus een verschil met de vordering tot betwisting van het vaderschap van haar echtgenoot, die zij binnen het jaar na de geboorte moet instellen. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever zelf beseft heeft dat hij op het vlak van de termijn voor de betwisting van een erkenning "merkwaardige vereisten" heeft ingevoerd, maar dit gebeurde vanuit de – m.i. verkeerde – veronderstelling dat het parallellisme tussen de (betwisting van de) moederlijke en vaderlijke erkenning compleet moest zijn (zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/6, amendement nr. 52 (de 'T Serclaes *c.s.*), verantwoording, p. 5 – aangenomen).

ger namens het kind kunnen optreden.[314] De aanstelling van een voogd *ad hoc* zal door de vorderingsgerechtigde minderjarige zelf moeten worden uitgelokt.[315] Voor de minderjarige onder voogdij kan zijn voogd als wettelijke vertegenwoordiger de betwistingvordering namens de minderjarige inleiden in toepassing van artikel 331*sexies* B.W.[316]; anders dan de moeder en de erkenner is de voogd immers geen verweerder in het geding, zodat er tussen voogd en pupil in deze context geen sprake is van principiële tegenstrijdigheid van belangen.

Het *meerderjarige* kind kan sowieso – zelfstandig – optreden tot zijn 22ste verjaardag. Indien de meerderjarige tussen zijn 21ste en 22ste verjaardag ontdekt dat zijn erkenner niet zijn genetische vader is, dan zal de termijn waarbinnen hij de vordering kan instellen doorlopen na zijn 22ste verjaardag, tot op de dag dat er één jaar is verlopen na de ontdekking van het genetisch niet-vaderschap. Ontdekt het kind, onder gelding van het nieuwe recht, pas na zijn 22ste verjaardag dat zijn juridische vader niet zijn biologische vader is, dan kan de betwistingvordering nog worden ingesteld gedurende één jaar na deze ontdekking, zodat wie bv. op zijn 34ste verjaardag het genetisch niet-vaderschap ontdekt, de betwistingvordering nog op de dag van zijn 35ste verjaardag kan inleiden.

3. Vorderingsrecht van de erkenner

368. De vordering van de erkenner moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij niet de biologische vader is (art. 330, § 1, 4de lid B.W.). Er mag evenwel niet worden vergeten dat de vordering die de erkenner instelt tot betwisting van zijn eigen erkenning onontvankelijk zal zijn indien zijn vaderschap bevestigd wordt door bezit van staat (art. 330, § 1, 1ste lid B.W.) of indien hij er niet in slaagt

---

314 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 45: *"Wat betreft de vraag of de ouders mogen optreden is het antwoord negatief. Het Burgerlijk Wetboek bepaalt immers dat de ouders hun kind niet mogen vertegenwoordigen als er sprake is van een belangenconflict (art. 331sexies B.W.). Die tekst wordt door het wetsontwerp niet gewijzigd. Het kind moet worden vertegenwoordigd door een voogd ad hoc."*

315 Senator Vandenberghe heeft tijdens de algemene bespreking in de plenaire zitting van de Senaat gewezen op mogelijk misbruik in dit verband: *"Enige realiteitszin leert dat de ouders een voogd ad hoc zullen vinden die de omzeiling van [hun eigen] vervaltermijn mogelijk zal maken"* (*Hand.* Senaat 2005-06, 11 mei 2006, nr. 3-163, p. 16).

316 P. SENAEVE, "De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli 2006 en van 27 december 2006 (deel I)", *T. Fam.* 2007, (62) nrs. 70-71, 78-79 (inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot).

te bewijzen dat zijn wil tot erkennen aangetast was door een gebrek (art. 330, § 1, 2de lid B.W.) of indien hij in het verleden niet spontaan de nodige toestemmingen heeft bekomen, waarna de rechtbank moest oordelen dat zijn erkenning kon plaatsvinden (art. 330, § 1, 3de lid B.W.).

369. SENAEVE heeft opgemerkt dat in het geval een vader zijn eigen erkenning wenst te betwisten, omdat zijn toestemming was aangetast door het wilsgebrek geweld, dit geweld niet noodzakelijk verdwenen is op het ogenblik dat één jaar verstreken is sinds de ontdekking van het feit dat hij niet de biologische vader van het erkende kind is (bv. in geval van chantage). Zijn suggestie om in deze hypothese, conform het (al)gemeen (verbintenissen)recht[317], het vertrekpunt van de termijn waarbinnen de vaderlijke erkenning kan worden betwist, te bepalen op de dag waarop het geweld heeft opgehouden te bestaan[318], is door de wetgever niet gevolgd.

370. Bij wijze van *overgangsregel* is bepaald dat de erkenning (van een kind geboren onder het oude recht) kan worden betwist binnen een termijn van één jaar vanaf de datum van ontdekking door de erkenner dat hij niet de biologische vader van het door hem erkende kind is, zelfs indien er meer dan een jaar zou zijn verstreken sedert de geboorte of het ontdekken van de geboorte van het kind (art. 25, § 4 Wet 1 juli 2006).

Deze laatste toevoeging is enkel relevant voor de betwisting van het vermoeden van vaderschap door de echtgenoot (art. 318 B.W.), niet voor de erkenner die zijn eigen erkenning wil betwisten. Het vertrekpunt van de vroegere termijn voor de betwisting van een vaderlijke erkenning was immers de opmaak van de erkenningsakte en niet de (ontdekking van de) geboorte.[319] Artikel 25, § 4 *in fine* van de Wet van 1 juli 2006 biedt geen soelaas voor de erkenner, die onder het oude recht 30 jaar de tijd had om zijn betwistingvordering in te leiden. De wetgever heeft pas in een vergevorderde fase van de parlementaire werkzaamheden de

317 *Cf.* art. 1115 B.W.

318 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, nota ten behoeve van de leden van de senaatscommissie, opgenomen als bijlage 1 bij het verslag namens de commissie voor de justitie, 68-69.

319 Anders, maar foutief: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 45 (regering), verantwoording, 5-6 – aangenomen.

betwisting van het huwelijkse vaderschap uit artikel 330 B.W. gelicht[320]; de aanhef van de hier besproken overgangsbepaling werd ten gevolge van deze splitsing nog wel aangepast[321], maar er werd helaas op geen enkele wijze verduidelijkt dat het laatste zinsdeel van deze overgangsbepaling irrelevant is voor de betwisting van een erkenning.

Deze overgangsbepaling verleent terugwerkende kracht aan de nieuwe wet, maar deze retroactiviteit is enkel positief voor de echtgenoot die zijn vaderschap betwist, nu deze met een variabel vertrekpunt van de termijn om de betwistingvordering in te leiden over ruimere vorderingsmogelijkheden beschikt in het nieuwe recht. Voor de erkenner die zijn eigen erkenning wil betwisten, biedt de overgangsbepaling beduidend minder soelaas, ze beperkt integendeel zijn vorderingsmogelijkheden in vergelijking met het vroegere recht, aangezien de man die vóór 1 juli 2007 een kind erkende en kon bewijzen dat zijn wil tot erkenning gebrekkig was, over een termijn van 30 jaar beschikte om zijn betwistingvordering in te leiden. In de praktijk zal het uiterst zelden voorkomen dat een erkenner meer dan 30 jaar na de opmaak van de erkenningsakte ontdekt dat hij niet de biologische vader van het kind is en zijn afstammingsband met het erkende kind vervolgens wil betwisten. Bovendien moet rekening worden gehouden met het bezit van staat t.a.v. de erkenner, dat de vordering sowieso onontvankelijk maakt.

4. Vorderingsrecht van de man die het vaderschap opeist

371. De vordering van de man die beweert de biologische vader te zijn, moet worden ingesteld binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het (door een andere man erkende) kind is (art. 330, § 1, 4de lid B.W.).

Het feit dat het aanvangspunt van de termijn waarbinnen de beweerde biologische vader een vaderlijke erkenning kan betwisten, niet gerelateerd is aan de erkenning zelf, kan tot verrassende gevolgen leiden voor de verwekker die heeft geaarzeld om zijn kind te erkennen. In gevallen waarin een man die een kind heeft verwekt bij zijn vriendin wacht met zijn erkenning ondanks de zekerheid omtrent zijn biologisch vaderschap – bv. omdat zijn relatie met de moeder is bekoeld – bestaat de

320 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, verslag namens de commissie voor de justitie, 51-52.

321 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/6, amendement nr. 53 (de 'T Serclaes *c.s.*), subamendement op amendement nr. 45 (regering) – aangenomen.

kans dat de moeder dit kind laat erkennen door haar nieuwe partner. Indien deze erkenning meer dan een jaar na de geboorte plaatsvindt, zal de verwekker niet meer gerechtigd zijn deze erkenning te betwisten, ook al zou hij onmiddellijk na de opmaak van de erkenningsakte zijn betwistingvordering willen inleiden. In dergelijke gevallen is de termijn voor het instellen van de betwistingvordering al verstreken vooraleer deze termijn is beginnen lopen, aangezien een erkenning die nog niet heeft plaatsgevonden uiteraard niet kan worden betwist.

372. Krachtens een *overgangsbepaling* kan de persoon die het vaderschap opeist, in afwijking van artikel 330, § 1, 4de lid B.W., gedurende een termijn van één jaar na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, m.a.w. tot 1 juli 2008, de erkenning (van een kind geboren onder het oude recht) betwisten, zelfs indien er meer dan een jaar zou zijn verstreken sedert de geboorte of de ontdekking van de geboorte (art. 25, § 1 Wet 1 juli 2006).

Opgemerkt moet worden dat de situatie van de beweerde biologische vader, ondanks een overgangsbepaling in zijn voordeel, beduidend minder gunstig is dan voorheen, nu in toepassing van het vroegere recht werd aangenomen dat hij de vordering gedurende 30 jaar na de opmaak van de erkenningsakte kon inleiden, omdat hij door de rechtspraak als (moreel) belanghebbende werd beschouwd.[322] Om die reden kan dan ook de verantwoording van deze overgangsregel als zijnde een toepassing van het rechtsspreuk *Actioni nondum natae non praescribitur*[323] niet worden bijgetreden: anders dan wat de toepassing van dit adagium veronderstelt, was de biologische vader onder het oude recht wel degelijk gerechtigd om een vaderlijke erkenning te betwisten. De toevoeging "zelfs indien er meer dan een jaar zou zijn verstreken sedert de geboorte of de ontdekking van de geboorte" is irrelevant en kan geen soelaas bieden voor de beweerde biologische vader, nu het vertrekpunt van de vroegere termijn om een vaderlijke erkenning te betwisten, niet de (ontdekking van de) geboorte was, maar de opmaak van de erkenningsakte.

322 Zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 596, nr. 1080, met verwijzingen.

323 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/5, amendement nr. 45 (regering), verantwoording, 5 – aangenomen.

373. De wetgever heeft aan (de gegrondheid van) de vordering van de biologische vader voorwaarden en consequenties verbonden. Luidens artikel 330, § 3 B.W. is de vordering tot betwisting van een erkenning die wordt ingesteld door de persoon die beweert de biologische vader van het kind te zijn, maar gegrond als diens vaderschap is komen vast te staan. De beslissing welke zijn vordering tot betwisting inwilligt, brengt van rechtswege de vaststelling van het vaderschap van de beweerde biologische vader mee. De rechtbank moet nagaan of aan de voorwaarden van artikel 332*quinquies* B.W. is voldaan.[324] Is dit niet zo, dan wordt de betwistingvordering afgewezen en blijft het vaderschap van de erkenner vaststaan.

E. Partijen in het geding

374. De vordering tot gemeenrechtelijke betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W. moet als vordering tot betwisting van staat in toepassing van artikel 332*bis* B.W. op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen en degene van de ouders wiens vaderschap of moederschap niet wordt betwist (hier: de moeder), alsook de persoon wiens vaderschap of moederschap wel wordt betwist (hier: de erkennende man) in het geding worden geroepen.

Concreet moeten de volgende personen in het geding worden geroepen:
- indien de erkenner zelf de vordering instelt: het kind (of zo dit overleden is, zijn afstammelingen) en, indien het moederschap vaststaat, de moeder;
- indien het kind de vordering instelt: de erkenner en, indien het moederschap vaststaat, de moeder;
- indien de moeder de vordering instelt: de erkenner en het kind (of zijn afstammelingen);
- indien de persoon die het vaderschap opeist de vordering instelt: de erkenner, het kind (of zijn afstammelingen) en de moeder, indien het moederschap vaststaat.

[324] Zie *infra*, Deel IV.

Indien één van de personen die moet worden gedagvaard, overleden is, moet de vordering alleen worden ingesteld tegen de anderen. Indien allen die moeten worden gedagvaard, overleden zijn, wordt de vordering ingesteld bij eenzijdig verzoekschrift (zie art. 332*quater* B.W.).

Erfgenamen kunnen de reeds begonnen rechtsvordering tot betwisting van een erkenning voortzetten, tenzij de verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan (art. 331*quinquies* B.W.).

F. Vertegenwoordiging van het erkende kind

1. Als verweerder

375. De vraag wanneer het kind als verweerder in een procedure tot betwisting van een vaderlijke erkenning kan worden vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger en wanneer een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld, moet genuanceerd worden beantwoord; de situatie is verschillend naargelang de persoon die de vordering inleidt.

a. De betwistingvordering wordt ingeleid door de erkenner

376. Ingeval de erkenner zelf zijn eigen erkenning betwist, kan het niet ontvoogde minderjarige kind als verweerder vertegenwoordigd worden door zijn moeder in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger[325] en moet er niet *a priori* een voogd *ad hoc* worden aangesteld, maar enkel indien tegenstrijdigheid van belangen wordt aangetoond.

Uit de tekstanalyse van artikel 331*sexies* B.W. volgt immers dat de vertegenwoordiging door de wettelijke vertegenwoordiger het principe is en de vertegenwoordiging door een voogd *ad hoc* de uitzondering. In alle gevallen vereisen dat een voogd *ad hoc* wordt aangesteld zou ertoe leiden dat de uitzondering de regel wordt en zou de rechtbank haar appreciatiebevoegdheid ontnemen.[326]

---

325 Voor een toepassingsgeval, zie Rb. Brussel 23 mei 1989, *J.T.* 1990, 744.

326 Bergen 4 februari 1992, *J.T.* 1992, 313 en *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 371.

b. De betwistingvordering wordt ingeleid door de moeder

377. In het uitzonderlijke geval dat de betwistingvordering zou worden ingesteld door de moeder, dan kan zij evident niet tezelfdertijd optreden als wettelijke vertegenwoordiger van het kind, omdat een procespartij de hoedanigheden van eiser en verweerder niet kan combineren. Een tegenstrijdigheid van belangen tussen moeder en kind is in dat geval niet denkbeeldig. De doelstellingen die de moeder nastreeft zijn niet noodzakelijk in het belang van het kind. Toch hoeft dit in de besproken hypothese niet te impliceren dat steeds een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld. Om dezelfde redenen als deze waarom de moeder het kind in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger kan vertegenwoordigen in de hypothese dat de erkenner zijn eigen erkenning betwist[327] mag m.i. worden aangenomen dat de erkenner het kind als wettelijke vertegenwoordiger kan vertegenwoordigen indien de moeder de betwistingvordering heeft ingeleid. De aanstelling van een voogd *ad hoc* dringt zich pas op als *in concreto* tegenstrijdigheid van belangen blijkt te bestaan tussen het kind en zijn juridische vader[328], die in de besproken hypothese co-verweerder is aangezien zijn vaderschap wordt betwist.

c. De betwistingvordering wordt ingeleid door de man die het vaderschap opeist

378. Indien de erkenning wordt betwist door de persoon die de betwiste afstamming opeist, dan mag worden aangenomen dat de moeder haar minderjarig kind als wettelijke vertegenwoordiger (en co-verweerster) in de procedure tot betwisting van de erkenning kan vertegenwoordigen. Enkel indien *in concreto* belangentegenstelling tussen moeder en kind zou blijken, dient een voogd *ad hoc* te worden aangewezen.

---

327 Zie vorig randnummer.

328 Rb. Brussel 5 april 1988, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987)", *J.L.M.B.* 1988, (685) 685-686: de rechtbank merkte op dat indien de moeder een erkenning door een man betwist, de wetgever zeker niet gewild heeft dat het kind kan worden vertegenwoordigd door de ouder wiens afstamming niet wordt betwist, maar was tegelijk ook van oordeel dat de bodemrechter bevoegd is om te oordelen of er al dan niet tegenstrijdigheid van belangen bestaat tussen moeder en kind; het geding werd *in casu* geschorst tot de aanwijzing van een voogd *ad hoc* door de voorzitter van de rechtbank.

2. Als eiser

379. Zie *supra*, nr. 367.

G. Gegrondheid van de vordering

380. *Onverminderd het bepaalde in § 1*, wordt de vaderlijke erkenning tenietgedaan indien door alle wettelijke middelen bewezen is dat de erkenner niet de vader is (art. 330, § 2 B.W.).[329] Dit voorbehoud betekent dat de gegrondheid van de vordering enkel zal worden beoordeeld indien de betwistingvordering ontvankelijk is, m.a.w. wanneer het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner en ook aan de andere ontvankelijkheidsvoorwaarden vervat in artikel 330, § 1 B.W. is voldaan.[330]

381. Volgens één strekking in rechtspraak en rechtsleer volstaat het bewijs van een wilsgebrek in hoofde van een persoon die krachtens de wet tot de erkenning moet toestemmen, om de erkenning nietig te verklaren; volgens een andere strekking moet na een bewezen wilsgebrek – noodzakelijk voor de ontvankelijkheid van de vordering – ook nog het bewijs van niet-vaderschap van de erkenner worden geleverd alvorens de betwistingvordering gegrond kan worden verklaard.[331] Het Hof van Cassatie heeft deze controverse inmiddels beslecht in het voordeel van voormelde tweede strekking, met een arrest in een zaak waarin de wil van de toestemmende moeder door fysiek en psychisch geweld was aangetast. Het *bewijs dat de toestemming tot de erkenning is aangetast door een wilsgebrek volstaat* volgens het Hof *op zichzelf niet om de erkenning nietig te laten verklaren*[332]; naast een bewezen wilsgebrek moet ook het niet-vaderschap van de aspirant-erkenner worden bewezen.

---

329 Zie het oude art. 330, § 2, 1ste lid B.W.

330 Concreet: het bewijs van een wilsgebrek wordt (indien nodig) geleverd en de procedure is tijdig ingeleid door een persoon die titularis is van het betwistingsrecht.

331 Voor een overzicht van beide strekkingen, met talrijke verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer, zie G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 577-584, nrs. 1042-1056.

332 Cass. C.06.0412.N, 7 mei 2007, *http://www.cass.be*. In eerste aanleg had de Rechtbank te Hasselt geoordeeld dat het bewijs van het wilsgebrek in hoofde van de moeder volstond om de vaderlijke erkenning waarin zij had toegestemd te vernietigen (eerste strekking), maar dit vonnis werd hervormd door het Hof van Beroep te Antwerpen, dat voor de gegrondheid van de vordering het bewijs van niet-vaderschap van de erkenner vereiste (tweede strekking). De voorziening in cassatie (met een cassatiemiddel gebaseerd op de eerste strekking) tegen dit laatste arrest werd verworpen.

Wanneer dwaling of bedrog bewezen is in hoofde van de erkenner, dan impliceert het bewijs van het wilsgebrek meteen ook het bewijs van niet-vaderschap van de erkenner, nu de allereerste vereiste opdat er sprake zou kunnen zijn van beide wilsgebreken de afwezigheid van biologische band met de erkenner is. Het bewijs dat de wil van de erkenner was aangetast door geweld, impliceert evenwel geen bewijs van diens niet-vaderschap.

382. Het *bewijs van niet-vaderschap* van de erkenner kan, luidens artikel 330, § 2 B.W., *door alle wettelijke middelen* worden geleverd, dus niet alleen via een DNA-deskundigenonderzoek – ongetwijfeld het sterkste bewijsmiddel – maar ook door getuigen[333], concubinaat van de moeder met de persoon die het vaderschap opeist gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking[334] of door een al te klein leeftijdsverschil tussen erkenner en kind.[335]

Overeenkomstig het gemeen recht, rust de *bewijslast* op de *eisende partij.*

383. Wanneer de beweerde biologische vader de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning (gedaan door een andere man) heeft ingeleid[336], zal er een dubbel bewijs worden vereist[337], dat door de rechtbank tegelijkertijd moet worden beoordeeld[338]: het bewijs dat de erkenner niet de biologische vader is én het bewijs dat de persoon die het vaderschap opeist (eiser) zelf de biologische vader is.

---

333 Rb. Luik 31 januari 1994, *J.L.M.B.* 1995, 193.

334 Luik 22 januari 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 385: de betwistingvordering van een vorige echtgenoot van de moeder werd gegrond verklaard nu hij (en niet de erkenner) met de moeder samenleefde gedurende de verwekkingsperiode, het kind pas erkend werd als het vijf jaar oud was en de moeder de erkenner pas drie jaar na de geboorte van het kind had leren kennen.

335 Rb. Antwerpen 17 april 1989, *Pas.* 1989, III, 104, noot F.B.: op vordering van de procureur des Konings werden drie erkenningen nietig verklaard nadat was gebleken dat de erkenner de moeder van de kinderen slechts enkele maanden had gekend vooraleer tot erkenning over te gaan en hij slechts acht, tien en dertien jaar ouder was dan de erkende kinderen.

336 Zie *supra*, nrs. 371-373.

337 J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (deuxième partie)", *J.T.* 2007, (391) 400, nr. 52.

338 De minister van Justitie preciseert: *"De rechtbank zal twee verzoeken tegelijk moeten bekijken: de vordering tot betwisting en het verzoek tot vaststelling van de afstamming. Het één zal niet zonder het ander kunnen gebeuren"*, zie *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, verslag namens de commissie voor de justitie, 6.

384. Het Hof van Cassatie heeft al in vier arresten geoordeeld dat het niet aan de rechter toekomt om bij de beoordeling van de gegrondheid van de vordering ex artikel 330 B.W. de belangen van het kind te beoordelen.[339] Nu deze rechtspraak tijdens de parlementaire voorbereiding van het nieuwe afstammingsrecht op geen enkel moment ter discussie werd gesteld, moet worden aangenomen dat ze haar geldingskracht behoudt. De rechter beschikt niet over een opportuniteitsoordeel bij de beoordeling van de gegrondheid van de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning; *het belang van het kind speelt geen enkele rol*[340], tenzij in het geval dat de beweerde biologische vader de vordering heeft ingesteld en een recht van verzet wordt uitgeoefend, waarna – in tweede instantie, bij de beoordeling van de gegrondheid van het onderzoek naar het vaderschap – het belang van het kind in aanmerking wordt genomen voor kinderen die ouder waren dan één jaar op het ogenblik waarop de vordering werd ingeleid.

§ 2. NIETIGVERKLARING VAN EEN ZONDER TOESTEMMINGEN GEDANE ERKENNING (ART. 329*BIS*, § 3 B.W.)

A. Toepassingsgebied

385. Wanneer een vaderlijke erkenning van een minderjarig niet ontvoogd kind zonder bekende moeder, of wiens moeder overleden is, dan wel in de onmogelijkheid verkeert haar wil te kennen te geven, 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 329*bis*, § 3, 1ste of 2de lid B.W. 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 329*bis*, § 3, 3de -6de lid B.W.

---

339 Cass. 28 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 429 en *Pas.* 1995, I, 449; Cass. 11 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 766 en *Bull.* 1995, 792 ; Cass. C.99.0048.N en C.99.0111.N, 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, 232, noot A. VANDAELE.

340 In dezelfde zin: J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (deuxième partie)", *J.T.* 2007, (391) 400, nr. 52, die er evenwel terecht op wijst dat het belang van het kind afdoend beschermd wordt via de notie bezit van staat, dat in voorkomend geval zal verhinderen dat een sociaal beleefde afstammingsband vernietigd wordt.

B. Bezit van staat t.a.v. de erkenner is geen onontvankelijkheidsgrond

386. In tegenstelling tot wat geldt voor de gemeenrechtelijke vordering tot betwisting van een erkenning (art. 330 B.W.) is het bezit van staat t.a.v. de erkenner geen grond van onontvankelijkheid voor de vordering tot nietigverklaring die bedoeld wordt in artikel 329*bis*, § 3 B.W..[341] In laatstgenoemde bepaling is immers geen sprake van onontvankelijkheid wegens bezit van staat. Het lijkt overigens verantwoord dat het vaderschap van de erkenner in deze uitzonderlijke gevallen 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 rechtbank in kracht van gewijsde is getreden.[342]

C. Procedureregels

1. Titularissen van de vordering

387. Uit een gecombineerde lezing van de eerste drie leden van artikel 329*bis*, § 3 B.W. 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.

388. 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 tus-

---

341 *Anders* (onder het oude recht, i.v.m. art. 319, § 4 B.W.): Antwerpen (1ste kamer) A.R. 984/88, 30 november 1988, *onuitg.*, samen met het eindarrest van 22 maart 1989, goedkeurend besproken door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 86-87, nr. 147.

342 Zie *supra*, nr. 348.

senin. Uit artikel 329*bis*, § 3, 1ste lid B.W. 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 o.g.v. artikel 329*bis*, § 3 B.W. 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".

389. 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 verderzetten, ook al hebben zij zich op de erkenning beroepen in de zin van artikel 329*bis*, § 3, 6de lid *in fine* B.W.

390. Wanneer de openbare orde in het gedrang komt door een toestand die verholpen moet worden, put het *openbaar ministerie* uit artikel 138, 6de lid Ger.W. een eigen vorderingsrecht om een erkenning nietig te laten verklaren.

2. Termijn

391. De vordering tot nietigverklaring van de erkenning moet luidens artikel 329*bis*, § 3, 3de lid B.W. worden ingesteld binnen (een vervaltermijn van) *zes maanden te rekenen vanaf de kennisgeving of betekening* die overeenkomstig artikel 329*bis*, § 3, 1ste resp. 2de lid B.W. moet geschieden. De dertigjarige verjaringstermijn geldt niet voor de op artikel 329*bis* B.W. gegronde vorderingen (art. 331*ter*, 3de lid B.W.).

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 329*bis*, § 3 B.W. in te stellen, belet m.i. niet dat zij de erkenning op de gemeenrechtelijke wijze kunnen betwisten, onder de voor-

waarden van artikel 330 B.W., waarin – zelfs tweemaal – melding wordt gemaakt van een erkenning overeenkomstig 329*bis*, § 3 B.W. 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, 2de lid B.W.). Wie de vordering niet heeft ingesteld kan uiteraard ook geen partij zijn bij de beslissing waarbij de vernietiging van de erkenning, gevorderd krachtens artikel 329*bis*, § 3 B.W., is afgewezen, zodat ook o.g.v. artikel 330, § 1, 3de lid B.W. 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, nu het niet-instelling van derdenverzet voor de derde geen verlies meebrengt van de hem toebehorende 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.

3. Partijen in het geding

392. Overeenkomstig artikel 332*bis* B.W. moet de vordering tot nietigverklaring van een erkenning in elk geval worden ingesteld tegen de *erkenner*, nu diens vaderschap wordt betwist.

Aangezien ook de ouder wiens ouderschap niet wordt betwist in het geding moet zijn, dient de *wettelijke vertegenwoordiger van de moeder* – als ze er een heeft – (zie aanhef art. 331*sexies* B.W.) eveneens in het geding te worden geroepen. Is de moeder overleden, dan moeten haar erfgenamen niet in het geding worden betrokken, aangezien het hier een vordering tot betwisting (niet: tot inroeping) van staat betreft (art. 332*quater*, 1ste lid B.W. *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 over gedaan werd,

dienen de debatten te worden heropend nadat het kind in het geding is geroepen.[343]

– Wanneer het kind zelf de vordering tot nietigverklaring inleidt, wordt ook zijn wettelijke vertegenwoordiger in het geding betrokken.[344]

4. Vertegenwoordiging van het erkende kind

a. Als verweerder

393. In de bijzondere procedure ex artikel 329*bis*, § 3 B.W. is het zo dat het minderjarig niet ontvoogd kind niet kan worden vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger wanneer deze o.g.v. zijn eigen recht de nietigverklaring van de erkenning vordert, wegens principiële belangentegenstelling tussen hemzelf (eiser) en het kind (verweerder); telkens het kind verweerder is in deze procedure, dringt de aanstelling van een voogd *ad hoc* zich op.[345]

b. Als eiser

394. Hoewel op basis van het voorbehoud dat wordt gemaakt in de aanhef van artikel 331*sexies* B.W.: "Onverminderd artikel 329*bis*, (…) § 3, eerste lid (…)" verdedigd kan worden dat de minderjarige die de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en de nietigverklaring van zijn erkenning door een man vordert, zelfstandig kan optreden en als eiser niet wordt vertegenwoordigd en zelfs niet wordt bijgestaan door zijn wettelijke vertegenwoordiger[346], valt deze vorm van procesbekwaamheid

---

343 *Cf.* inzake adoptie Cass. 22 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 754, *Pas.* 1979, I, 758 en *R.W.* 1979-80, 906, waar de adoptie zonder toestemming van de na de sluiting van de debatten vijftien jaar geworden minderjarige nietig werd bevonden.

344 Hoewel geen enkele wetsbepaling 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 erkenner en het kind, nu hij er zich minstens tot het in kracht van gewijsde treden van de uitspraak op kan beroepen (zie art. 329*bis*, § 3, 6de lid *in fine* B.W.).

345 In dit contentieux kan het kind m.i. nooit worden vertegenwoordigd door zijn erkenner (co-verweerder), aangezien diens erkenning nog geen uitwerking heeft zolang de procedure niet is beëindigd d.m.v. een in kracht van gewijsde getreden vonnis (zie art. 329*bis*, § 3, 6de lid B.W.).

346 *Cf.*, onder het oude recht, E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 130, nr. 41.

van de minderjarige moeilijk te rijmen met de vertegenwoordigingsregeling in de procedure tot betwisting van een erkenning ex artikel 330 B.W.[347] Gelet op de bijzondere omstandigheden omschreven in artikel 329*bis*, § 3, 1ste lid B.W., zal de moeder nooit als wettelijke vertegenwoordiger kunnen optreden; hetzelfde geldt voor de erkenner, wiens erkenning tijdens de procedure nog geen uitwerking heeft. Ook vertegenwoordiging door de voogd zal in de meeste gevallen niet mogelijk zijn. Indien de voogd heeft toegestemd tot de erkenning (die het erkende kind betwist), zal er sowieso tegenstrijdigheid van belangen met het erkende kind bestaan; wanneer de voogd niet tot de erkenning heeft toegestemd, maar evenmin de nietigverklaring van de erkenning vordert, is er een reële kans op tegenstrijdigheid van belangen met het erkende kind (dat die nietigverklaring wél vordert). Enkel indien de voogd samen met het kind de nietigverklaring van de erkenning vordert, zou hij (als co-eiser) het erkende kind kunnen vertegenwoordigen. In alle andere gevallen dient een voogd *ad hoc* te worden aangesteld om het minderjarige kind als eiser te vertegenwoordigen.

5. Bevoegde rechtbank

395. In het wetsvoorstel-597 werd voorgesteld om de bevoegdheid om over deze bijzondere procedure tot nietigverklaring te oordelen, toe te vertrouwen aan de jeugdrechtbank, omdat die beter dan de vrederechter toegerust zou zijn om het belang van het kind te beoordelen, nu zij zitting houdt met het openbaar ministerie en sociale onderzoeken kan gelasten[348], maar in de subcommissie familierecht bestond al eensgezindheid over meerdere amendementen[349] die ertoe strekten de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg te behouden, in afwachting van de oprichting van een familierechtbank.[350] In de kamercommissie voor de justitie werd vervolgens de voorkeur bekrachtigd voor de bevoegdheid van de *rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats*

347 Zie *supra*, nr. 367.

348 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, p. 9.

349 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/004, amendement nr. 6 (Taelman) – ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/004, amendement nr. 10 (Van der Auwera) – ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/009, amendement nr. 23 (Marghem) – ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/010, amendement nr. 40 (Wathelet) – gehandhaafd in de subcommissie, maar ingetrokken in de kamercommissie voor de justitie, na aanneming van amendement nr. 109 (Déom *c.s.*).

350 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, p. 53 *j°* 57-58.

van het kind inzake erkenning, via de aanneming van een amendement dat verwees naar de algemene bevoegdheid van deze rechtbank ter zake.[351]

6. Gedingleidend stuk en procedureverloop

396. De vordering tot nietigverklaring van een vaderlijke erkenning in de bijzondere hypothese van artikel 329*bis*, § 3 B.W. kan niet langer worden ingeleid via een verzoekschrift op tegenspraak; een *dagvaarding* is noodzakelijk.

In het wetsvoorstel-597 werd nog voorgesteld om de onduidelijke term uit het oude recht ("gewoon verzoekschrift"[352]) te verduidelijken door te preciseren dat de procedure bij verzoekschrift op tegenspraak (art. 1034*bis* e.v. Ger.W.) moet worden ingeleid[353], maar reeds in de subcommissie Familierecht bestond eensgezindheid om de dagvaarding te vereisen als wijze van gedinginleiding, gelet op de waarborgen die zij biedt.[354] In de kamercommissie voor de justitie werd dan ook een amendement in die zin aangenomen, met verwijzing naar de dagvaarding als gebruikelijke manier om een zaak aanhangig te maken.[355]

397. 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. 329*bis*, § 3, 4de lid B.W.).

398. Nadat de partijen werden gehoord, doet de rechtbank uitspraak over de vordering tot nietigverklaring (art. 329*bis*, § 3, 5de lid B.W.).

De behandeling van de zaak gebeurt in openbare terechtzitting, net als de uitspraak.

---

351 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 109 (Déom *c.s.*), verantwoording, p. 3; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de kamercommissie voor de justitie, p. 26 *j°* 30 *j°* 46.

352 Art. 319, § 4, 3de lid (oud) B.W.

353 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, wetsvoorstel, memorie van toelichting, p. 9.

354 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/009, amendement nr. 23 (Marghem) – ingetrokken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, verslag namens de subcommissie familierecht, p. 57-58.

355 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/026, amendement nr. 109 (Déom *c.s.*), verantwoording, p. 3; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, verslag namens de kamercommissie voor de justitie, p. 26 *j°* 30 *j°* 46.

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

399. Ook in de bijzondere hypothese dat de moeder van het niet ontvoogd minderjarig kind onbekend, overleden of in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven, vernietigt de rechtbank de vaderlijke erkenning indien het bewijs wordt geleverd dat de erkenner niet de biologische vader 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. 329*bis*, § 3, 5de lid B.W.).

De wijze waarop de rechtbank oordeelt over de vordering tot vernietiging van de erkenning is identiek aan deze regeling die het oordeel van de rechtbank in het geding na toestemmingsweigering tot een erkenning beheerst (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.) en hoger *in extenso* werd besproken.[356]

400. In deze nieuwe wettelijke regeling wordt het *belang van het kind* in aanmerking genomen voor kinderen die ouder zijn dan één jaar op het ogenblik dat de vordering tot nietigverklaring van de erkenning werd ingeleid.

Reeds in 1994 heeft het Arbitragehof geoordeeld dat (het oude) artikel 319, § 4 B.W. 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.[357] 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 Arbitragehof 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 hersteld[358], werd middels een nieuwe

356 Zie *supra*, nrs. 282-294.

357 Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994, *B.S.* 3 september 1994, *J.L.M.B.* 1995, 164, noot D. PIRE en *R.W.* 1994-95, 532, noot.

358 Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *B.S.* 20 oktober 2003, 50820, *NjW* 2003, 884, noot RdC en *J.L.M.B.* 2003, 1120, noot D. PIRE.

prejudiciële vraag aan het Arbitragehof gepeild of het Hof ook in het contentieux van (het oude) artikel 319, § 4 B.W. niet op zijn eerdere rechtspraak zou terugkomen. In een arrest van 7 maart 2007 is het Arbitragehof effectief teruggekomen op zijn arrest van 14 juli 1994 door te oordelen dat artikel 319, § 4 B.W., 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 dan 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 B.W. – zijnde het gevolg van het arrest van 14 juli 1994 – onbestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.[359]

Het nieuwe recht heeft komaf gemaakt met deze anno 1994 door het Arbitragehof zelf gecreëerde vorm van discriminatie, maar het is niet denkbeeldig dat het Grondwettelijk Hof in de toekomst zal worden ondervraagd over het discriminatoire karakter van de nieuwe wettelijke regeling ex artikel 329*bis*, § 3, 5de lid B.W., waardoor het belang van het kind enkel in aanmerking wordt genomen voor kinderen ouder dan één jaar op het ogenblik waarop de vordering tot vernietiging van de erkenning werd ingeleid en niet voor kinderen die op dat ogenblik nog jonger waren dan één jaar.

401. 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[360], zijn van overeenkomstige toepassing (art. 329*bis*, § 3, 6de lid B.W.). Het was de uitdrukkelijke bedoeling van de regering om de bescherming tegen de verkrachter ook te behouden wanneer de moeder overleden is, onbekend is of in de onmogelijkheid verkeert haar wil te kennen te geven.[361]

---

359 Arbitragehof nr. 35/2007, 7 maart 2007, *http://www.grondwettelijkhof.be*.

360 Zie *supra*, nrs. 295 e.v.

361 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/3, amendement nr. 23 (regering), verantwoording, 13 – aangenomen.

Gelet op het feit dat de erkenning in deze context al heeft plaatsgevonden, houdt de toepassing van artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. in de procedure ex artikel 329*bis*, § 3 B.W. 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 300ste en de 180ste 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 jaar[362] 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.

[362] In de zin van art. 329*bis*, § 2, 4de lid B.W.

DEEL IV.
HET ONDERZOEK NAAR HET MOEDERSCHAP EN NAAR HET VADERSCHAP

Frederik Swennen

Hoofddocent Universiteit Antwerpen
Advocaat balie Brussel (Greenille)

HOOFDSTUK I.
INLEIDING

402. De derde wijze om de afstamming vast te stellen, is de *gerechtelijke vaststelling gebaseerd op een onderzoek naar het moederschap* (art. 314 B.W.) *resp. het vaderschap* (art. 322-325 B.W.).[1]

403. De wetsbepalingen in verband met de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap hebben minder wijzigingen ondergaan dan die over de andere wijzen tot vaststelling van de afstamming.

Ten eerste had het Arbitragehof over de relevante bepalingen slechts één arrest geveld[2], waarin het enkel oordeelde over het verschil in bescherming van kinderen in het raam van een onderzoek naar het vaderschap, naargelang die kinderen ja (oud art. 323 B.W.) dan neen (art. 322 B.W.) in overspel door de moeder waren verwekt. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet 2006 werd aan dit arrest onterecht een veel ruimere draagwijdte toegedicht.[3] Het geviseerde artikel 323 B.W. werd ten andere opgeheven.

Ten tweede waren in de relevante bepalingen minder aanpassingen nodig om de vereiste gelijkheid voor alle kinderen te bereiken in de vaststelling en de betwisting van de afstamming.

Wat betreft *enerzijds* de *vaststelling* van de afstamming werden in een nieuw artikel 332*quinquies* grotendeels, maar niet geheel, eenvormige ontvankelijkheids- en grondvoorwaarden voor het onderzoek naar het

---

1 Zie, in verband met deze terminologie, P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 9e uitg., 2006, nr. 765 en 844 en G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 145 en 457.

2 Arbitragehof nr. 104/98, 21 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 917 (verkort); *J. dr. jeun.* 1999, 57, noot A. JONCKHEERE, "Les art. 322 et 323 C. civ. examinés à la lumière des principes d'égalité et de non-discrimination".

3 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 12; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 15; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 36. Zie ook de 'terechtwijzing' in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 117.

moederschap en naar het vaderschap opgenomen.[4] Deze stemmen grotendeels, maar niet geheel, overeen met de voorwaarden voor de erkenning.[5] Ook artikelen 314, 2de lid en 325 B.W. in verband met de incestueuze afstamming werden aangepast.

Wegens het gerechtelijke verloop van het onderzoek naar het ouderschap, met bijzondere bevoegdheden voor de rechtbank (art. 331*sexies* en 331*decies* B.W.), hoefde de *betwisting* van de afstamming *anderzijds*, net als onder de Afstammingswet 1987, niet uitgebreid te worden geregeld.

De algemene doelstellingen van de Afstammingswet 2006, werden op de *derde plaats* in de betreffende bepalingen ingeschreven. Die algemene doelstellingen werden eerder toegelicht.

In deze bijdrage ga ik enkel in op de nieuwigheden die door de Afstammingswet 2006 werden ingevoerd.

404. Enkel in verband met het opgeheven artikel 323 B.W. werd in een *eerbiedigende overgangsbepaling* voorzien (art. 25, § 5 Afstammingswet 2006).

Bij gebreke van andersluidende aanduiding heeft de Afstammingwet 2006 daarnaast met inwerkingtreding op 1 juli 2007 *onmiddellijke*, dus geen retroactieve of eerbiedigende, *werking*.[6] Het temporele toepassingsgebied kan worden afgebakend met de volgende algemene stelregels[7] waarnaar ik verderop dit Deel en in het volgende Deel zal terugverwijzen.[8]

---

4 Circulaire 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, *B.S.* 30 mei 2007, 29203, 29204 (verder geciteerd als: Circulaire).

5 M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev. not. b.* 2007, 114, nr. 5; N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (coord.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, 43, nr. 15.

6 Over die terminologie: W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Inleiding tot het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, nr. 20.

7 Voor nadere toelichting bij die regels: H. DE PAGE, *Traité,* t. I, Brussel, Bruylant, 3e uitg., 1961, nr. 231 e.v.; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Inleiding tot het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, nr. 20 e.v. In verband met de Afstammingswet 1987: J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 321, nr. 451-460.

8 Mijn dank gaat naar collega prof. dr. Patricia POPELIER voor het overleg over de overgangsrechtelijke problemen bij de Afstammingswet 2006.

405. *Eerste regel*: de oude wet beheerst de rechts*toestanden* die volledig zijn ontstaan of uitgedoofd onder de oude wet evenals de rechts*gevolgen* daarvan die zich volledig onder de oude wet hebben verwezenlijkt.

406. *Tweede regel*: de nieuwe wet beheerst *enerzijds* het ontstaan en de uitdoving van rechtstoestanden, die aanvangen vanaf de inwerkingtreding van de wet, bv. een verjaring die dan pas begint te lopen.

De nieuwe wet beheerst ook het verdere ontstaan of de verdere uitdoving van rechtstoestanden, die onder de oude wet is aangevangen.[9] Het gaat bv. om een verjaringstermijn is aangevangen onder de oude wet maar doorloopt onder de nieuwe wet. De voorwaarden voor ontstaan of uitdoving van de rechtstoestand – bv. de verjaring – die zich voordeden onder de oude wet, worden definitief beheerst door de oude wet. De nog niet vervulde voorwaarden – bv. voor verjaring – die zich voordoen onder de nieuwe wet, worden beheerst door de nieuwe wet.

Het is in dat verband erg belangrijk het juiste aanknopingspunt voor de toepasselijkheid van een wetsbepaling te determineren, om te kunnen bepalen of dit zich onder de oude dan wel onder de nieuwe wet situeert.[10]

407. Met toepassing van de *tweede regel* beheerst de nieuwe wet *anderzijds* de onder de nieuwe wet te verwezenlijken, voortdurende, rechtsgevolgen ook van rechtstoestanden die volledig onder de oude wet zijn ontstaan of uitgedoofd.[11] Zo is artikel 212, 3de lid B.W., in verband met de handelingsbekwaamheid van de echtgenoten (rechtsgevolg), ook van toepassing op vrouwen die vóór 1976 in het huwelijk traden (ontstane rechtstoestand).

408. De tweede regel is ook van toepassing op wetten betreffende de staat en de bekwaamheid[12] en zelfs op verhoudingen van staat die op declaratieve wijze worden vastgesteld, zoals de afstamming.[13] Zo heeft

---

9 W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Inleiding tot het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, nr. 24.

10 P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 60.

11 *Ibid.*, nr. 24.

12 *Ibid.*, nr. 20.

13 H. DE PAGE, *Traité,* t. I, Brussel, Bruylant, 3e uitg., 1961, nr. 231*ter*, p. 339, noot 2 en nr. 232; J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstam-*

de nieuwe wet geen retroactieve werking als de afstamming van een kind dat onder de oude wet is geboren, na de inwerkingtreding van de wet wordt vastgesteld volgens de nieuwe voorwaarden. De vastgestelde afstamming werkt inderdaad terug tot een tijdstip onder de oude wet, maar de rechtstoestand ontstaat pas door een beslissing die kracht van gewijsde krijgt onder de nieuwe wet zodat de voorwaarden van die wet moeten worden toegepast.

409. *Derde regel* (hier minder relevant): de oude wet beheerst alle rechtsgevolgen van overeenkomsten die onder de oude wet zijn gesloten.

410. *Vierde regel* (hier minder relevant): de nieuwe wet van openbare orde beheerst de nog niet verwezenlijkte rechtsgevolgen van overeenkomsten die onder de oude wet zijn gesloten.

411. Ten slotte kan als *vijfde regel* worden vooropgesteld dat, bij interpretatiemoeilijkheden onder de oude wet, de oude wet wordt geïnterpreteerd in functie van de nieuwe wet.[14]

mingsrecht, Leuven, Acco, 1987, 321, nr. 484; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Inleiding tot het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, nr. 24.

14 J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 321, 458.

HOOFDSTUK II.
VESTIGING VAN DE AFSTAMMING

§ 1. MATERIEEL TOEPASSINGSGEBIED

A. Onderzoek naar het moederschap

412. Het materiële toepassingsgebied van het onderzoek naar het moederschap is ongewijzigd gebleven.

Onderzoek naar het moederschap is *op de eerste plaats* mogelijk als het moederschap nog niet vaststaat doordat er geen akte van geboorte voorhanden is, de moeder in de akte van geboorte niet wordt vermeld en het kind niet is erkend (art. 314, 1ste lid B.W.).

413. Onderzoek naar het moederschap is *op de tweede plaats* mogelijk in één geval waarin het moederschap wel al vaststaat, nl. wanneer het kind "onder valse namen is ingeschreven" (art. 314, 1ste lid B.W.), dit is: in de geboorteakte aan een vrouw is toegeschreven die van het kind niet is bevallen (vgl. art. 363 Sw.).

De vordering tot onderzoek naar het moederschap impliceert dan een vordering tot betwisting van het moederschap dat in de geboorteakte werd gevestigd. Deze laatste vordering hoeft niet meer afzonderlijk te worden ingesteld. De rechtsleer onder de Afstammingswet 1987 nam wel terecht aan dat de vordering niet-ontvankelijk was indien het gevestigde moederschap bevestigd werd door bezit van staat.[15] Deze voorwaarde werd enkel vermeld bij de rechtstreekse (oud art. 312, § 3 B.W.) en niet bij de impliciete (art. 314, 1ste lid B.W.) betwisting van het moederschap van rechtswege. De oplossing moet dezelfde zijn onder de nieuwe wet (art. 312, § 2 B.W.).

Net als onder de Afstammingswet 1987 staat de vordering tot onderzoek naar het moederschap niet open als het moederschap niet door een leugenachtige aangifte van de geboorte, maar door een leugenachtige

[15] P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 9e uitg., 2006, nr. 766; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 146.

erkenning vaststaat.[16] Rechtstreekse betwisting van de erkenning is in dat geval wel mogelijk. Bovendien gaat het voor de eisende bevallen vrouw om een gecombineerde vordering, in de mate haar moederschap meteen moet kunnen worden vastgesteld (art. 330, § 3 B.W.). Deze laatste mogelijkheid bestond onder de oude wet niet.[17]

B. Onderzoek naar het vaderschap

1. Regeling

414. Onderzoek naar het vaderschap is enkel mogelijk zo het vaderschap niet vaststaat op grond van het vaderschapsvermoeden of op grond van een erkenning (art. 322, 1ste lid B.W.).

415. De Dienst Wetsevaluatie van de Senaat had er bezwaar tegen gemaakt dat de vordering tot onderzoek naar het vaderschap, anders dan het onderzoek naar het moederschap (art. 314, 1ste lid B.W.), niet openstond ingeval het kind "onder valse namen is ingeschreven".[18]

Voor zover die situaties al vergelijkbaar zijn – *quod non*, verloor de Dienst wellicht het opgeheven artikel 323 B.W. uit het oog. Onder de Afstammingswet 1987 stond de vordering tot onderzoek naar het vaderschap ook open wanneer het vaderschap op grond van het vaderschapsvermoeden was gevestigd, maar het onwaarschijnlijk was dat de echtgenoot van de moeder de verwekker was (oud art. 323 *jo.* 320 B.W.). De vordering tot onderzoek naar het vaderschap impliceerde dan een vordering tot betwisting van het vaderschapsvermoeden. Impliciete betwisting van een leugenachtige erkenning was niet mogelijk.[19]

Artikel 323 B.W. is door de Afstammingswet 2006 opgeheven. De werking van het vaderschapsvermoeden is als regel immers *ab initio* uitgeschakeld in de meeste gevallen waarin de bepaling van toepassing was (art. 316*bis* B.W.). Bovendien kunnen de titularissen van het onderzoek

---

16 Afkeurend: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 314 B.W., nr. 1.

17 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 147.

18 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 24.

19 Afkeurend: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 322 B.W., nr. 2.

naar het vaderschap het vaderschapsvermoeden nu altijd, en niet alleen in geval van een wankel huwelijk met de moeder, aanvechten (art. 318, § 1 B.W.).[20]

Het voordeel van de gecombineerde vordering verdwijnt bovendien niet geheel. Het vaderschap van de man die het vaderschap opeist, moet in het raam van zijn vordering tot betwisting van het vaderschapsvermoeden resp. de leugenachtige erkenning meteen kunnen worden vastgesteld (art. 318, § 3 B.W. resp. art. 330, § 3 B.W.). Deze laatste mogelijkheid bestond onder de oude wet niet.[21]

2. Overgangsregeling

416. Niet alle hypothesen van het opgeheven artikel 323 B.W. worden 'gedekt' door artikel 316*bis* B.W.[22] Bovendien kunnen de echtgenoten de toepassing van artikel 316*bis* B.W. uitsluiten door middel van een verklaring. Ten slotte kon de vordering *ex* oud artikel 323 B.W. worden ingesteld gedurende een verjaringstermijn van 30 jaar (art. 331*ter* B.W.), terwijl het vaderschapsvermoeden als regel binnen een vervaltermijn van één jaar moet worden betwist (art. 318, § 2 B.W.).[23]

Om die redenen kan de vordering *ex* oud artikel 323 B.W., dankzij de Wet van 27 december 2006, nog tot 1 juli 2008 worden ingesteld door degenen die er op 1 juli 2007, datum van inwerkingtreding van de wet, titularis van waren (art. 25, § 5 Afstammingswet 2006).[24]

Anders dan in artikel 25, § 3, en zoals in artikel 25, § 2 Afstammingswet 2006, heeft de wetgever geen aanduiding opgenomen over de *maximale* verjarings- of vervaltermijn. Bijgevolg kan de vordering gedurende een volledig jaar worden ingesteld, ook al overschrijdt de totale duur van de termijn de voordien geldende dertigjarige verjaringstermijn of de één-

---

20 Over deze *ratio legis*: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 9.

21 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 461. *Toepassingen*: Brussel, 3e Kamer, 8 juni 2006, A.R. 2002/AR/727, onuitg.; Rb. Brussel 28 juni 1988, *Pas.* 1989, III, 21.

22 Zie over de nadelen van de opheffing van art. 323 B.W. D. PIGNOLET, "Het nieuw afstammingsrecht", *T. Not.* 2007, 56, nr. 24; N. MASSAGER, "Le nouveau droit de la filiation: questions choisies", *Div. Act.* 2007, 81, 89 e.v.

23 Over dit alles N. MASSAGER, "La proposition de Loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, 193, nr. 21.

24 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/001, Wetsontwerp, deel I, 240.

jarige vervaltermijn voor de afstammelingen van het overleden kind (art. 332*ter*, 2de lid B.W.).

§ 2. ONTVANKELIJKHEID EN GEGRONDHEID VAN DE VORDERING

A. Inleiding

417. De ontvankelijkheids- en grondvoorwaarden voor het onderzoek naar het moederschap resp. het vaderschap zijn *enerzijds* geregeld in artikel 314 B.W. resp. artikelen 322-325 B.W.

Voor beide vorderingen samen was het *anderzijds* de bedoeling eenvormige voorwaarden te formuleren in een nieuw artikel 332*quinquies* B.W. In functie van de algemene doelstellingen van de Afstammingswet 2006 moesten daartoe *ten eerste* de voorwaarden voor het onderzoek naar het vaderschap worden uitgebreid tot het onderzoek naar het moederschap. *Ten tweede* moesten die eenvormige voorwaarden dan worden afgestemd op de voor vrouwen en mannen (bijna) eenvormige voorwaarden om tot erkenning over te gaan.[25] Ondanks de nodige waarschuwingen uit verschillende hoeken is de wetgever er niet in geslaagd deze eenvoudige "*copy-paste*"-oefening tot een goed einde te brengen[26], zoals hierna zal blijken.

B. Ontvankelijkheid van de vordering

418. De vordering tot onderzoek naar het ouderschap is niet-ontvankelijk in twee gevallen. *Op de eerste plaats* kan de afstamming niet gerechtelijk worden vastgesteld ten opzichte van een tweede ouder wanneer uit die vaststelling zou blijken dat met de eerste ouder bepaalde huwelijksbeletselen bestaan. De vordering is *op de tweede plaats* niet-ontvankelijk

---

25 Zie over deze doelstelling *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 67. Voorts M. DEMARET, "La réforme du droit de la filiation", in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, nr. 44, Brussel, Larcier, 2006, 303, nr. 46.

26 Zie de verschillende fasen: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 12; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 49; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 55.

indien het meerderjarige of ontvoogde kind zich tegen de vaststelling van het ouderschap verzet.[27]

1. Incestueuze afstamming (art. 314, 2de lid en 325 B.W.)

a. Regeling

419. Enerzijds is de vordering niet-ontvankelijk ingeval tussen de ouders een absoluut huwelijksbeletsel wegens oorspronkelijke of adoptieve *verwantschap* bestaat[28] dan wel de vader als vermoedelijke verwekker van de moeder werd veroordeeld tot een uitkering tot levensonderhoud.[29]

Een absoluut huwelijksbeletsel wegens verwantschap bestaat tussen (oorspronkelijke, vol adoptieve en eerstegraads gewoon adoptieve) verwanten in de rechte lijn enerzijds en tussen (oorspronkelijke en vol adoptieve) broers en zusters anderzijds.

420. Wat betreft anderzijds de huwelijksbeletselen wegens *aanverwantschap*, zijn twee opeenvolgende wetswijzigingen van belang.

421. Afstammingswet. Ten tijde van de voorbereiding van de Afstammingswet bestond een absoluut huwelijksbeletsel tussen aanverwanten – zowel schoon- als stiefverwanten door huwelijk – in de rechte lijn.[30] In geval van gewone adoptie bestaat zelfs een absoluut huwelijksbeletsel tussen de gewoon geadopteerde en de huwelijkse *of samenwonende* (ex-) partner van de gewoon adoptant en omgekeerd.[31]

Krachtens de nieuwe artikelen 313, § 2 en 325 B.W. moet het onderzoek naar het ouderschap evenwel niet meer als niet-ontvankelijk worden afgewezen ingeval *het huwelijk* waardoor de aanverwantschap is ontstaan,

---

27 In het wetsvoorstel was dit verzetrecht niet als een ontvankelijkheidsvoorwaarde geformuleerd. Na amendering was de tekst in dit zin aangepast (*Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/029, Amendement nr. 135 (Déom c.s.)). De Raad van State had ten slotte de kwalificatie als ontvankelijkheidsvoorwaarde bevestigd. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 6.

28 Artt. 161, 162, 353-13, 356-1, 1ste en 2de lid B.W.

29 Art. 341 B.W.

30 Artt. 161 en 356-1, 1ste en 2de lid B.W.

31 Art. 353-13 B.W.

op het ogenblik van de vordering[32] is vernietigd of ontbonden door overlijden of door echtscheiding.

Concreet mag de afstamming dus wél dubbelzijdig worden vastgesteld ten opzichte van schoon- of stiefverwanten in de rechte lijn, als het huwelijk waardoor de aanverwantschap ontstond, is vernietigd of ontbonden. Bijvoorbeeld kan voortaan het vaderschap van een ex-schoonvader aldus worden vastgesteld.

Deze aanpassing is doorgevoerd naar aanleiding van arrest nr. 169/2003 van het Arbitragehof.[33] In dat arrest werd het verbod tot erkenning (art. 321 B.W.) door een stiefvader van het kind dat hij bij zijn stiefdochter verwekte, als discriminerend aangemerkt in de mate dat de stiefvader uit de echt was gescheiden van de moeder van zijn stiefdochter.

In een wetsvoorstel naar aanleiding van arrest nr. 169/2003 was onterecht voorgesteld enkel artikel 321 B.W. aan de termen van het arrest aan te passen.[34]

Tijdens de bespreking in de subcommissie familierecht werden dan alle relevante bepaling voor aanpassing aangemerkt, zodat de vestiging van de afstamming steeds mogelijk zou zijn in geval van aanverwantschap tussen de ouders, als het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan is vernietigd of ontbonden.[35]

In eerste instantie werd hierbij de onjuiste terminologie van het Arbitragehof overgenomen, dat het verbod tot dubbelzijde vaststelling van de afstamming vervalt als *de band van aanverwantschap is verdwenen*. De band

---

32 Zie mijn advies in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 73. Voor deze interpretatie ook G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 768, p. 442.

33 Arbitragehof nr. 169/2003, 17 december 2003, *NjW* 2004, 409, noot G. VERSCHELDEN; *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 349, noot E. LANGENAKEN, "Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?".

34 *Parl. St.* Kamer 51-701/1, Wetsvoorstel tot wijziging van art. 321 van het Burgerlijk Wetboek, teneinde een door het Arbitragehof aangestipte vorm van discriminatie weg te werken (Marghem c.s.).

35 Zie de bespreking van de amendementen nrs. 1, 2, 69, 71 (Van der Auwera), 84, 85, 90, 93 (consensusamendementen) in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 13, 14, 15, 16, 37, 38, 39 en van amendementen nrs. 100-103 (Marghem), 126-128 en 137 (Déom c.s.) in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 8, 9, 19, 21, 41, 44 en 45.

van aanverwantschap verdwijnt evenwel niet door ontbinding door overlijden of door echtscheiding van het huwelijk dat die band deed ontstaan. De uiteindelijk aangehouden formulering is beter.[36]

Naar mijn oordeel hoefde niet te worden bepaald dat het verbod ook vervalt als het huwelijk, waardoor de aanverwantschap ontstond, is vernietigd. De vernietiging werkt *ex tunc* zodat er juridisch nooit een huwelijk is geweest en *ab initio* geen hinderpaal was tegen de vaststelling van de afstamming.[37]

Ingevolge deze eerste wetswijziging worden gewoon adoptieve aanverwanten gediscrimineerd. *Quid* als een kind wordt verwekt door een gewoon geadopteerde en de ex-wettelijk of feitelijk samenwonende partner van de gewoon adoptant? Naar luid van artikel 353-13 B.W. bestaat tussen hen een absoluut huwelijksbeletsel, terwijl de nieuwe artikelen 313, § 3 en 325 B.W. enkel verwijzen naar de vernietiging of ontbinding van het *huwelijk* dat de aanverwantschap deed ontstaan. In een Grondwetsconforme interpretatie moet daar ook de beëindiging van de wettelijke of de feitelijke samenwoning mee zijn bedoeld.

422. Wet van 15 mei 2007. De zaken zijn verder gecompliceerd door de Wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het huwelijk tussen aanverwanten.[38]

Naar luid van het gewijzigde artikel 164 B.W. kan de Koning om gewichtige redenen dispensatie verlenen van het – relatief geworden – huwelijksverbod tussen aanverwanten bedoeld in artikel 161 B.W. Die wetswijziging is er gekomen naar aanleiding van de arresten B. en L. t./ V.K. van het E.H.R.M.[39] en arrest nr. 157/2006 van het Arbitragehof.[40]

---

36 Zie de technische adviezen in die zin en de bespreking van de betreffende amendementen 126, 127, 128 en 138 in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 41, 51, 55 (advies-Gerlo) en 71-74 (advies-Swennen).

37 Bijgevallen door J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé !", deel 2, *J.T.* 2007, p. 391, voetnoot 227.

38 *B.S.* 29 juni 2007.

39 Zie mijn bespreking in F. SWENNEN, "O tempora, o mores! The evolving marriage concept and the impediments to marriage", in M. ANTOKOLSKAIA (ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 121 e.v.

40 W. VERRIJDT, "Absoluut huwelijksbeletsel tussen aanverwanten op de helling", (noot onder Arbitragehof 18 oktober 2006), *T. Fam.* 2007, 44-50.

Lex posterior derogat priori. Aangezien tussen schoon- en stiefverwanten in de rechte lijn geen huwelijksbeletsel meer bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen, moet worden aangenomen dat de afstamming van het kind dubbelzijdig moet kunnen worden vastgesteld. Dit is *ook* zo als is het huwelijk dat de aanverwantschap heeft doen ontstaan, nog niet is vernietigd of ontbonden: die voorwaarde uit artikelen 313, § 3 en 325 B.W. geldt immers enkel voor de absolute huwelijksbeletselen. Zo zal bv. het vaderschap van de stiefvader gerechtelijk worden vastgesteld, ook al is hij nog met de moeder van de stiefdochter gehuwd!

Aanverwantschap op basis van de oorspronkelijke afstamming levert bijgevolg in geen enkel geval nog een verbod tot dubbelzijdige vaststelling van de afstamming op.[41]

De artikelen 313, § 3 en 325 B.W. blijven, wat betreft de aanverwantschap, wel van toepassing op de "gewoon adoptieve aanverwantschap". De Wet van 15 mei 2007 heeft immers een absoluut huwelijksbeletsel laten bestaan tussen de gewoon geadopteerde en de echtgenoot en de wettelijk of feitelijk samenwonende partner van de adoptant en andersom. Die vergetelheid levert wellicht een discriminatie op. Hoe dan ook kan in de huidige stand van zaken bv. niet het vaderschap van de echtgenoot van de gewoon adoptant over het kind van de gewoon geadopteerde worden vastgesteld, als het huwelijk met de gewoon adoptant nog niet is vernietigd of ontbonden.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 15 mei 2007 is op geen enkel ogenblik gedacht aan de afstammingsrechtelijke gevolgen van de doorgevoerde wijzigingen.

423. Samenvatting van de regeling sinds de inwerkingtreding van alle wetswijzigingen. De cursief gemarkeerde hypothesen zijn wellicht discriminatoir.

De afstamming kan *nooit* dubbelzijdig worden vastgesteld tussen
- (... groot) ouder en (... klein) kind in oorspronkelijke afstamming;
- (... groot) ouder en (... klein) kind in vol adoptieve afstamming;
- gewoon adoptant en ((...klein) kind van) gewoon geadopteerde;

41 Cf. Y.-H. LELEU en E. LANGENAKEN, "Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale", *J.T.* 2007, 269, nr. 6.

- vermoedelijke verwekker en ((...)kleinkinderen van) de onderhoudsgerechtigde;
- broer en zuster in oorspronkelijke of vol adoptieve verwantschap;
- *wettelijk of feitelijk samenwonende partner van gewoon adoptant en ((... klein)kind van gewoon geadopteerde.*

De afstamming kan dubbelzijdig worden vastgesteld *na vernietiging of ontbinding van het huwelijk* dat de aanverwantschap deed ontstaan tussen
- *echtgenoot van gewoon adoptant en ((...klein)kind van) gewoon geadopteerde*

De afstamming kan *altijd* dubbelzijdig worden vastgesteld tussen
- stief(...groot)ouder en stief(...klein)kind
- schoon(...groot)ouder en stief(...klein)kind.

424. Algemene bedenking. De verenigbaarheid van om het even welk verbod tot vestiging van de incestueuze afstamming met het Verdrag Mensenrechten en met de Grondwet kan in vraag worden gesteld.[42]

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet was dan ook voorgesteld meteen een ruimere oplossing te bieden voor de problematiek van de incestueuze afstamming.

Enerzijds werd geadviseerd meteen de betreffende huwelijksbeletselen tussen aanverwanten af schaffen, zodat ook in het afstammingsrecht geen probleem meer zou rijzen.[43]

Anderzijds is ook voorgesteld om, zelfs met behoud van de huwelijksbeletselen, het verbod tot dubbelzijdige vestiging van om het even welke incestueuze afstamming – ook die op basis van verwantschap – af te schaffen.[44] 'Onwenselijke' ouders zouden dan via een ontzetting van het ouderlijk gezag kunnen worden uitgesloten, terwijl het kind toch de

---

42 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 313 B.W., 7 (in verband met de erkenning); G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, 24 (in geval van aanverwantschap); G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 758-769.

43 Bv. het advies-Senaeve met de verwijzingen in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 110-111. Voorts N. MASSAGER, La proposition de Loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, 193, nr. 35.

44 Mijn advies in die zin in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 73-74 en vergelijk het (onduidelijke) advies van de Dienst Wetsevaluatie

voordelen van de afstammingsband, zoals de onderhoudsaanspraak en het erfrecht, zou behouden.

De Minister van Justitie was tegen die ruimere oplossingen gekant omdat ze de doelstelling van het wetsvoorstel overstegen.[45]

b. Overgangsregeling

425. Afstammingswet. Het temporele aanknopingspunt voor de toepassing van de nieuwe wet is niet erg duidelijk. In artikel 325 B.W. wordt algemeen gesteld dat "het onderzoek naar het vaderschap" niet ontvankelijk is ingeval de afstamming incestueus is; in artikel 314, 2de lid B.W. wordt meer in het bijzonder verwezen naar de niet-ontvankelijkheid van "de vordering". Grammaticaal bekeken is het relevante rechtsfeit dus *hetzij* de beoordeling van de ontvankelijkheid, *hetzij* de inleiding van de vordering.

In de *tweede interpretatie* zou de nieuwe regeling enkel van toepassing zijn op vorderingen die na 1 juli 2007 worden ingesteld.

Nochtans zou de vaststelling van de incestueuze afstamming binnen de hiervoor beschreven grenzen ook mogelijk zijn in verband met reeds ingestelde vorderingen, nu artikelen 314, 2de lid en 325 B.W. in die mate als discriminerend moeten worden beschouwd. Aan de *eerste interpretatie*, die Grondwetsconform is, kan de voorkeur worden gegeven. De bepalingen zijn dan in hun nieuwe formulering ook van toepassing op hangende vorderingen, ingesteld vóór 1 juli 2007.

426. Wet van 15 mei 2007. De Wet van 15 mei 2007 is in werking getreden de tiende dag na de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*. Met ingang van die dag is ook in hangende afstammingsvorderingen de dubbelzijdige vestiging van de afstamming ten opzichte van aanverwanten mogelijk, zelfs al is het huwelijk dat de aanverwantschap heeft doen ontstaan, nog niet vernietigd of ontbonden.

van de Senaat in *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 22.

45 *Ibid.*, 29.

2. Vetorecht meerderjarig of ontvoogd kind (art. 332*quinquies*, § 1 B.W.)

a. Regeling

427. De vordering is *op de tweede plaats* niet-ontvankelijk indien het meerderjarige of ontvoogde kind zich tegen de vaststelling van het ouderschap verzet.[46] Dit kind heeft bijgevolg een vetorecht.

Onder de Afstammingswet 1987 had het kind al een vetorecht tegen de gerechtelijke vaststelling van de vaderlijke afstamming (oud art. 322, 1ste lid B.W.). In overeenstemming met de algemene doelstellingen van de Afstammingswet 2006, wordt de gerechtelijke vaststelling van de moederlijke afstamming nu aan dezelfde voorwaarde onderworpen. Bovendien wordt zij op deze manier afgestemd op de vestiging van de afstamming door erkenning. In verband daarmee had het Arbitragehof duidelijk geoordeeld dat het vetorecht van het kind tegen de vaderlijke erkenning discriminerend was in de mate het niet tegen de moederlijke erkenning bestond.[47]

b. Overgangsregeling

428. Naar luid van artikel 332*quinquies*, § 1 B.W. is de vordering niet-ontvankelijk als het kind zich daartegen verzet. Het relevante aanknopingspunt is bijgevolg het verzet. Het vetorecht is dan ook meteen van toepassing op alle hangende rechtsgedingen tot onderzoek naar het moederschap. Zoals vermeld, zijn aan het vetorecht tegen het onderzoek naar het vaderschap geen wijzigingen aangebracht.

---

46 In het wetsvoorstel was dit verzetrecht niet als een ontvankelijkheidsvoorwaarde geformuleerd. Na amendering was de tekst in dit zin aangepast (*Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/029, Amendement nr. 135 (Déom c.s.)). De Raad van State had ten slotte de kwalificatie als ontvankelijkheidsvoorwaarde bevestigd. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 6.

47 Arbitragehof nr. 112/2002, 26 juni 2002, www.grondwettelijkhof.be.

C. De gegrondheid van de vordering

1. Kennelijke strijdigheid van de vaststelling van de afstamming met de belangen van het kind (art. 332*quinquies*, § 2 B.W.)

a. Regeling

429. Voortaan kan niet alleen de vordering tot onderzoek naar het vaderschap (oud art. 322, 1ste lid B.W.), maar ook de vordering tot onderzoek naar het moederschap als *ongegrond* worden afgewezen indien de vaststelling van de afstamming kennelijk strijdig zou zijn met de belangen van het kind (art. 332*quinquies*, § 2 B.W.). De vereiste gelijke behandeling van moeders en vaders, zoals inzake de erkenning, viel af te leiden uit een aantal arresten van het Arbitragehof in verband met de erkenning.[48]

De wetgever heeft zich niet beperkt tot die gelijkschakeling tussen moeders en vaders, maar heeft ook een aantal andere ingrepen doorgevoerd.

430. De toets aan het belang van het kind moet worden *geactiveerd* door verzet te doen tegen het onderzoek naar het ouderschap.

Onder de Afstammingswet 1987 kwam dit verzetrecht *op de eerste plaats* toe aan het minderjarige niet-ontvoogde kind vanaf de leeftijd van vijftien jaar. In verband met de erkenning had het Arbitragehof echter geoordeeld dat de toets aan het belang van jongere kinderen moest kunnen worden geactiveerd *hetzij* door het kind onder de vijftien zelf als hij in staat is zijn mening te uiten *hetzij* door de personen die voor hem verplichtingen opnemen als hij daartoe niet in staat is.[49] De ouder (zie verder) mag in dat geval niet de enige initiatiefnemer zijn om het belang van het kind door de rechter te laten beoordelen. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd, niet geheel correct, in dat arrest gelezen dat het zou volstaan dat aan minderjarige niet-ontvoogde kin-

---

48 Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1231, noot; Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992, www.grondwettelijkhof.be; Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994, *R.W.* 1994-95, 532, noot; Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 331, noot J. GERLO, "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht"; *J.L.M.B.* 1996, 1684, noot D. PIRE, "Cour d'arbitrage et filiation : du neuf ?"; *R.W.* 1996-97, 977, noot F. APS, "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht: opnieuw een stap achteruit".

49 Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *J.L.M.B.* 2003, 1120, noot D. PIRE, "Filiation et Cour d'arbitrage : les prêtres d'Apollon de la place Royale"; *NjW* 2003, 884, noot RDC; *R.W.* 2003-04, 311, noot.

deren vanaf twaalf jaar een verzetrecht toekomt.[50] In het arrest wordt immers geen vaste leeftijd aangehouden. De leeftijd van twaalf jaar werd naar analogie van het *veto*recht van de adoptandus tegen de adoptie gekozen.[51] Zoals inzake de adoptie, werd ook bepaald dat (enkel) met het verzet van het minderjarige niet-ontvoogde kind geen rekening moet worden gehouden als hij gerechtelijk onbekwaam verklaard is, in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard of wilsongeschikt is (art. 332*quinquies*, § 1, 2de lid B.W.).[52]

Verzet kan *op de tweede plaats* worden gedaan door diegene van de ouders van het minderjarige niet-ontvoogde kind ten aanzien van wie de afstamming vaststaat. Anders dan in oud artikel 322, 1ste lid B.W. het geval was, kende het oorspronkelijke wetsvoorstel geen verzetrecht toe aan de ouder van een minderjarig kind. Om de parallellie met de erkenning te bewaren, werd dit alsnog ingevoerd tijdens de bespreking in de Kamercommissie voor de justitie.[53]

Anders dan in oud artikel 322, 1ste lid B.W. het geval was, en ondanks de net beschreven aanpassing, bevat de wet geen regeling voor het geval het minderjarige niet-ontvoogde kind geen bekende ouder heeft, die ouder is overleden of in de onmogelijkheid is zijn wil te kennen te geven. In die hypothesen had *op de derde plaats* de wettelijke vertegenwoordiger verzet moeten kunnen doen, naar analogie van artikel 319, § 3 B.W.[54] Op deze vergetelheid is tijdens de parlementaire voorbereiding herhaaldelijk gewezen[55], maar de wetgever heeft daar geen gevolg aan gegeven. In afwachting van een wetgevende oplossing, zou men de stelling kunnen voorstaan dat namens de minderjarige hoe dan ook verzet kan worden gedaan door zijn wettelijke vertegenwoordiger, op grond van diens algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid[56], zeker na arrest

---

50 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 5.

51 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 54; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 29; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 37.

52 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 55 en *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 37.

53 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 49, op basis van Amendement nr. 135 (Déom).

54 Over dit parallellisme onder de Afstammingswet 1987: G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, 463.

55 Bv. in mijn advies in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 85 en in *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 6.

56 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 322 B.W., nr. 6; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 9e uitg., 2006, nr. 854.

nr. 66/2003 van het Arbitragehof.[57] Voor de minderjarige beneden de twaalf jaar gaat die stelling m.i. niet op: bij gebreke van verzetrecht is vertegenwoordiging bij de uitoefening van dat recht niet mogelijk. Voor minderjarigen boven de twaalf jaar rijst het probleem dat de vertegenwoordiging bij de uitoefening van het verzetrecht in artikel 331*sexies* B.W. net lijkt te worden uitgesloten.

Bijgevolg bevat de wet de volgende lacunes die in een reparatiewet zouden moeten worden verholpen. Op basis van arrest nr. 66/2003 van het Arbitragehof kan *op de eerste plaats* de stelling worden verdedigd dat ook wilsgeschikte niet-ontvoogde minderjarigen beneden de twaalf jaar verzet moeten kunnen doen[58] of dat een andere persoon dan hun ouder dat in hun naam moet kunnen zo zij zelf wilsongeschikt zijn. *Op de tweede plaats* moet een verzetrecht voor de wettelijke vertegenwoordiger van het minderjarige niet-ontvoogde kind worden ingevoerd als de ouder onbekend, onbeschikbaar of ongeschikt is.

431. De vordering tot onderzoek naar het ouderschap kan, na verzet, door de rechter worden afgewezen als de vaststelling van de afstamming *kennelijk strijdig is met het belang van het kind* (art. 332*quinquies*, § 2, 1ste lid B.W.).[59] In oud artikel 322, 1ste lid B.W. was sprake van loutere "strijdigheid". Nochtans werd deze voorwaarde zo geïnterpreteerd dat aan de rechter slechts een marginaal toetsingsrecht toekwam.[60] Die marginale toetsing is nu uitdrukkelijk in de wet ingeschreven.[61]

De mogelijkheid om de vaststelling van de afstamming te weigeren in het belang van het kind, ook al wordt de biologische band niet betwist, is niet strijdig met artikel 8 E.V.R.M.[62] noch met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.[63] De biologische werkelijkheid moet niet altijd voorgaan.[64]

---

57 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 468 en 341.

58 Vgl. *Ibid.*, nr. 468.

59 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 57.

60 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 11.

61 Zie nochtans in verband met mogelijke interpretatieproblemen D. PIGNOLET, "Het nieuw afstammingsrecht", *T. Not.* 2007, 56, nr. 27.

62 Hof Mensenrechten 5 november 2002, Yousef t. Nederland, *NjW* 2003, 161, noot E. BREMS.

63 Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *J.L.M.B.* 2003, 1120, noot D. PIRE, "Filiation et Cour d'arbitrage : les prêtres d'Apollon de la place Royale"; *NjW* 2003, 884, noot RDC; *R.W.* 2003-04, 311, noot.

64 Vgl. ook Hof Mensenrechten 18 mei 2006, Różański t. Polen, www.echr.coe.int, §§ 67 en 75.

Wel zijn ook minder verregaande oplossingen dan een verbod tot vestiging van de afstamming denkbaar, zoals maatregelen van jeugdbescherming.

432. De rechter kan de vordering niet afwijzen in het belang van het kind, als dit minder dan één jaar oud is op het ogenblik van de inleiding van de vordering (art. 332*quinquies*, § 2, 1ste lid B.W.).

De scharniertermijn van één jaar is er gekomen om de vaststelling van de afstamming door erkenning en door onderzoek naar het ouderschap, de van rechtswege vastgestelde afstamming zoveel als mogelijk te laten benaderen.[65] Door de toets aan het belang van het kind achterwege te laten, wordt het ouderschap immers '*quasi*-van rechtswege' gevestigd als het initiatief hiertoe tijdig wordt genomen. Het initiatief wordt tijdig geacht als het binnen het jaar na de geboorte wordt genomen.

Dat de beoordeling van het belang van het kind kan afhangen van de leeftijd waarop wordt gepoogd het ouderschap te laten vaststellen, werd in het wetsvoorstel[66] onterecht afgeleid uit de arresten 112/2002 en 66/2003 van het Arbitragehof, die een dergelijke stelling niet bevatten.[67]

Op de invoering van een dergelijke scharniertermijn is veel kritiek gekomen[68] en het is maar de vraag of zij het oordeel van het Arbitragehof dan wel een rechtstreekse toetsing door de rechter aan de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. kan overleven. Zowel ouders als kinderen worden immers verschillend behandeld naargelang de leeftijd van het kind, criterium waarvan de pertinentie in vraag kan worden gesteld.[69] *Ten eerste* werd de duur van de scharniertermijn onvoldoende verantwoord. *Ten*

---

65 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 5-6.

66 *Ibid.*, 9.

67 Zie het advies van de Dienst Familierecht in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 48.

68 Bv. *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 48 en 55-56; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 27 e.v.; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 3; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 25 en 41-42. Zie ook mijn advies in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 82-83. Voorts: M. DEMARET, "La réforme du droit de la filiation", in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, nr. 44, Brussel, Larcier, 2006, 303, nr. 28; N. MASSAGER, La proposition de Loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, 193, nrs. 28-29; N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (coord.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, 43, nr. 28-29.

69 Zie immers Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *J.L.M.B.* 2003, 1120, noot D. PIRE, "Filiation et Cour d'arbitrage : les prêtres d'Apollon de la place Royale"; *NjW* 2003, 884, noot RDC; *R.W.* 2003-04, 311, noot, r.o. B.6.

tweede is het aanvangspunt van de termijn – wellicht met het oog op de rechtszekerheid[70] – bij de geboorte bepaald en niet, zoals elders in de Afstammingswet 2006, bij de ontdekking van de geboorte of van de biologische waarheid.[71] *Ten derde* gaat de wetgever ervan uit dat onwenselijke ouders wier ouderschap vóór de éénjarige leeftijd van het kind is gevestigd, op afdoende wijze kunnen worden uitgesloten via de maatregelen van jeugdbescherming. Waarom volstaat die oplossing na die leeftijd niet meer?

De wetgever had beter *hetzij* altijd *hetzij* nooit[72] de toets aan het belang van het kind mogelijk moeten maken.

b. Overgangsregeling

433. Voor de bepaling van het temporele toepassingsgebied van de nieuwe regeling, is het van belang de relevante aanknopingspunten aan te duiden.

Op de eerste plaats is het verzet het relevante aanknopingspunt dat aanleiding geeft tot een rechterlijke toets. De mogelijkheid om verzet te doen wordt beheerst door de wet die van toepassing is op het ogenblik waarop het wordt gedaan. De nieuwe regeling is daarom meteen van toepassing op alle hangende rechtsvorderingen. Het verzet dat in hangende rechtsvorderingen vóór 1 juli 2007 werd gedaan, blijft beheerst door de oude regeling.

Bijgevolg kan de minderjarige tussen de twaalf en de vijftien jaar alsnog verzet doen in hangende rechtsvorderingen tegen zowel het onderzoek naar het moederschap als het onderzoek naar het vaderschap.[73]

---

70 Vgl. *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 45 en 56.

71 Zie nochtans in het wetsvoorstel anders: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 10.

72 In die zin *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0209/001, Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 319, § 3 en § 4, van het Burgerlijk Wetboek, teneinde het door het Arbitragehof vastgestelde discriminerende karakter ervan weg te werken (Maingain c.s.). Voorts M. DEMARET, "La réforme du droit de la filiation", in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, nr. 44, Brussel, Larcier, 2006, 303, nr. 28.

73 Vgl. Brussel 15 mei 2003, *NjW* 2003, 1004, noot RDC; Antwerpen 7 november 2001, *R.W.* 2002-03, 907 in verband met minderjarigen die in de loop van het geding, onder de Afstammingswet 1987, de leeftijd van vijftien jaar bereikten.

Voorts geeft het verzet dat de wettelijke vertegenwoordiger geldig deed onder de oude wet, aanleiding tot een rechterlijke toets aan het belang van het kind onder de nieuwe wet.

Op de tweede plaats lijkt het aanknopingspunt voor de scharniertermijn van één jaar grammaticaal het ogenblik waarop de vordering wordt ingesteld. Wat die scharniertermijn betreft, is de nieuwe regeling dus enkel van toepassing op vorderingen die na 1 juli 2007 worden ingesteld.

2. Bewijs van (de afwezigheid van) de biologische band (art. 332*quinquies*, § 3 B.W.)

434. De vordering tot onderzoek naar het ouderschap is hoe dan ook maar gegrond als de vermeende ouder ook de biologische ouder is.

Door de invoering van artikel 332*quinquies*, § 3 B.W. is de bewijslast ter zake kennelijk omgekeerd.[74] Weliswaar draagt artikel 314, 3de-5de lid B.W., wat betreft de moederlijke afstamming, het bewijs op *aan de eiser* dat de vermeende moeder van het kind is bevallen. Wat de vaderlijke afstamming betreft, legt artikel 324 B.W. de bewijslast van het vaderschap minstens impliciet bij de eiser. Niettemin wijst de rechtbank de vordering tot onderzoek naar het ouderschap volgens de nieuwe bewijsregels af indien het bewijs wordt geleverd dat de beweerde ouder *niet* de biologische vader of moeder van het kind is (art. 332*quinquies*, § 3 B.W. – *lex posterior derogat priori*). Deze omkering van de bewijslast is bewust doorgevoerd om de vestiging van de afstamming zoveel als mogelijk te begunstigen.[75]

Nochtans mag men ook artikel 870 Ger.W. niet uit het oog verliezen: van de eiser mag – in overeenstemming met artikelen 314 en 324 B.W. – worden verwacht dat hij zijn vordering enigszins staaft.

---

74 *Anders*: G. VERSCHELDEN, "Personen- en familierecht", in *Rechtskroniek voor het notariaat,* Deel 10, Brugge, die Keure, 2007, 1, nr. 76 die art. 332*quinquies* B.W. onterecht enkel met de ontvankelijkheid van de vordering in verband brengt.

75 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 69.

3. De 'exceptie van verkrachting' (art. 332*quinquies*, § 4 B.W.)

a. Inleiding

435. In de Afstammingswet 2006 is onterecht een idee opgevist dat het tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet 1987 niet had gehaald.

De basisidee is dat de getraumatiseerde moeder moet worden beschermd tegen de poging van haar verkrachter om zijn vaderschap te laten vaststellen.[76] Nochtans moge duidelijk zijn dat de vaststelling van de afstammingsbanden van het kind niet in het belang van de moeder maar in het belang van het kind zelf moet worden georganiseerd.

b. Regeling

436. De exceptie is enkel van toepassing indien de vordering tot onderzoek naar het vaderschap uitgaat van de beweerde vader zelf. Bijgevolg kan de getraumatiseerde moeder de exceptie niet aanvoeren zo de vordering wordt ingeleid door het kind; het kind kan de exceptie niet aanvoeren in een vordering uitgaande van zijn moeder.

437. De exceptie kan enkel worden aangevoerd als tegen eisende beweerde vader op het ogenblik van de inleiding van de afstammingsvordering een strafvordering *is* ingesteld wegens verkrachting.

Naar de letter van de wet – wellicht wel naar de geest – kan de exceptie dus niet worden aangevoerd als de strafvordering pas nadien wordt opgestart.

De exceptie is niet meer van toepassing zo de beweerde vader al schuldig is bevonden aan verkrachting vooraleer hij de vordering tot onderzoek naar zijn vaderschap instelt. Op dat ogenblik is er immers geen strafvordering meer ingesteld. Vordert de reeds schuldig bevonden verkrachter het onderzoek naar zijn vaderschap bovendien binnen het jaar na de geboorte van het kind, dan staat niets de vestiging van zijn vaderschap in de weg: er is geen toets mogelijk aan het belang van het kind.

---

76 *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-597/26, Amendement nr. 107 (Déom).

438. De beslissing in de afstammingsvordering wordt op vraag van één van de partijen verdaagd totdat de beslissing over de strafvordering in kracht van gewijsde is getreden. Dit verzoek kan niet uitgaan van de man die het vaderschap opeist. [77]

Men moet aannemen dat door die schorsing het voordeel van het tijdige initiatief binnen de hiervóór beschreven scharniertermijn niet verloren gaat. Ook als het kind op het ogenblik van de uitspraak ouder is dan één jaar, kan het vaderschap '*quasi*-van rechtswege' worden gevestigd zo de vader niet schuldig is bevonden aan verkrachting.

439. Wordt de eisende vermeende vader ten slotte "*veroordeeld*" wegens verkrachting, dan wordt de vordering tot onderzoek naar het vaderschap[78] afgewezen op vraag van één van de partijen. Dit verzoek kan opnieuw niet uitgaan van de verkrachter zelf. [79]

Volgens de Nederlandse tekst van artikel 332*quinquies*, § 4 B.W. moet de vermeende vader zijn "*veroordeeld*" opdat zijn vordering tot onderzoek naar het vaderschap zou worden afgewezen. In de Nederlandse tekst van artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. inzake de erkenning volstaat dan weer dat de vermeende vader "*schuldig wordt verklaard*". Tussen beide formuleringen bestaat een verschil. De geïnterneerde, de minderjarige die niet uit handen wordt gegeven en over wie een maatregel van jeugdbescherming wordt bevolen en de verkrachter die opschorting van veroordeling krijgt, worden allen schuldig bevonden, maar niet veroordeeld.[80] De exceptie van verkrachting zou op hen dan wel van toepassing zijn als ze willen erkennen, maar niet als ze een vordering tot onderzoek naar hun vaderschap instellen. De Franse tekst van zowel artikel 329*bis*, § 2, 4de lid B.W. als artikel 332*quinquies*, § 4 B.W. leert dat tweemaal is bedoeld: "*reconnu coupable*", dus "*schuldig wordt verklaard*". Artikel 332*quinquies*, § 4 B.W. moet in die zin worden gelezen. Het is betreurenswaardig dat de wetgever dergelijke vergissingen maakt bij het louter kopiëren van een tekst.

---

77 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 4; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, Tweede verslag namens de commissie voor de justitie, 9; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/002, Wetsontwerp, deel II, 567. Voorts D. PIGNOLET, "Het nieuw afstammingsrecht", *T. Not.* 2007, 56, nr. 15.

78 De formulering is verbeterd door art. 371 Wet 27 december 2006.

79 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 4; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, Tweede verslag namens de commissie voor de justitie, 9; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/002, Wetsontwerp, deel II, 567.

80 C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen,* Antwerpen, Maklu, 6de uitg., 412 e.v. en 459.

c. Overgangsregeling

440. Artikel 332*quinquies*, § 4 B.W. is *enerzijds* van toepassing op de man die een vaderschapsonderzoek vordert. De inleiding van de vordering is dus het temporele aanknopingspunt voor de nieuwe regeling. *Anderzijds* is in de bepaling sprake van de strafvordering die *is* – en niet: *wordt* – ingesteld. Het relevante aanknopingspunt hier is dus de hangende strafvordering.

Artikel 332*quinquies,* § 4 B.W. is bijgevolg enkel van toepassing op vorderingen tot onderzoek naar het vaderschap die na 1 juli 2007 worden ingesteld, voor zover de strafvordering nog hangende is en ook al is de strafvordering vóór 1 juli 2007 ingesteld. Ook de verkrachting mag logischerwijze vóór 1 juli 2007 hebben plaatsgevonden.

d. Beoordeling

441. In het algemeen bevat de regeling *ten eerste* tal van (mogelijke) discriminaties[81]:

- Zij treft enkel de man die de moeder verkracht; niet de man die het kind zelf verkracht[82] en niet de moeder die de vader of het kind verkracht.
- Zij treft enkel de man die niet met de moeder is gehuwd, dus niet de man die zijn echtgenote verkracht.
- De regeling geldt enkel in verband met minderjarige niet-ontvoogde kinderen.
- De regeling geldt enkel in geval van verkrachting en niet in geval van andere misdrijven. Dit werd verantwoord doordat verkrachting het enige misdrijf is dat duidelijk in verband staat met de afstamming.[83] Bovendien zou bij ruimere uitzonderingen de invoering van de principiële scharniertermijn van één jaar zinloos zijn geworden.[84]

---

81 M. DEMARET, "La réforme du droit de la filiation", in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, nr. 44, Brussel, Larcier, 2006, 303, nr.32; N. MASSAGER, La proposition de Loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, 193, nr. 8 en 31-32; N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (coord.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, 43, nr. 8 en 31-32; D. PIGNOLET, "Het nieuw afstammingsrecht", *T. Not.* 2007, 56, nr. 28.

82 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 28.

83 *Ibid.*, 27; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 3.

84 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 45-46.

– Nochtans geldt de regeling niet enkel voor de verkrachting die de verwekking tot gevolg had[85], maar voor elke verkrachting gedurende het wettelijke tijdvak van verwekking (art. 326 B.W.)[86]; nochtans niet voor de verkrachting nadien.
– Zij geldt enkel indien tegen de verkrachter een strafvervolging *is* ingesteld op grond waarvan hij nadien bovendien schuldig moet worden verklaard; niet indien de strafvervolging pas nadien wordt ingesteld[87] of is afgerond.
– Zij is bij het onderzoek naar het vaderschap enkel van toepassing op de vordering die uitgaat van de beweerde vader zelf.

Kortom is deze bepaling minstens wat betreft het toepassingsgebied ervan voer voor het Grondwettelijk Hof. Wellicht zal de mogelijkerwijze discriminatoire formulering van dit toepassingsgebied veeleer worden aangekaart in de gevallen waarin de regeling *niet* van toepassing is dan in de gevallen waarin zij dat *wel* is.

442. *Ten tweede* is de uitsluiting van de verkrachter als vader niet zonder meer in het belang van het kind, bv. doordat het niet erfgerechtigd zal zijn. Wellicht ware meer proportioneel geweest de afstammingsband vast te stellen en de verkrachter vervolgens van het ouderlijk gezag te ontzetten.[88]

443. *Ten derde* is de concrete toepassing van de 'exceptie van verkrachting' onduidelijk geregeld en zijn er verschilpunten naargelang de exceptie wordt aangevoerd bij de erkenning (art. 329*bis*, § 2, 4de lid B.W.) dan wel bij het onderzoek naar het vaderschap (art. 332*quinquies*, § 4 B.W.).

444. De wetgever had de 'exceptie van verkrachting' beter achterwege gelaten.

---

85 Zie nochtans *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 27.

86 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 44. Voorts N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (coord.), *Droit des familles*, Luik, Anthemis, 2007, 43, nr. 31, p. 82.

87 M. DEMARET, "La réforme du droit de la filiation", in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, nr. 44, Brussel, Larcier, 2006, 303, nr. 31.

88 N. MASSAGER, La proposition de Loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, 193, nr. 8; D. PIGNOLET, "Het nieuw afstammingsrecht", *T. Not.* 2007, 56, nr. 28.

De regeling is logischerwijze enkel van toepassing op kinderen die op het ogenblik van de inleiding van de vordering minder dan één jaar oud zijn, nu de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap nadien als kennelijk strijdig met het belang van het kind kan worden afgewezen.

Beter ware geweest de toets aan het belang van kind vanaf de geboorte mogelijk te maken. Op die manier zou zowel de mogelijks discriminerende scharniertermijn van één jaar als de mogelijks discriminerende 'exceptie van verkrachting' zijn vermeden.

§ 3. PARTIJEN IN HET GEDING

A. Titularissen van de vordering (art. 332ter, 1ste en 2de lid B.W.)

445. Naar luid van het *ongewijzigde* artikel 332*ter*, 1ste lid B.W. kan de vordering tot onderzoek naar het ouderschap als regel worden ingesteld "door het kind en door elk van zijn ouders persoonlijk".

446. Onder de Afstammingswet 1987 kon *het kind* zich vanaf de leeftijd van vijftien jaar verzetten tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (oud art. 322, 1ste lid B.W.), naar analogie van zijn toestemmingsrecht bij de vaderlijke erkenning (oud art. 319, § 3, 2de lid B.W.). Het Hof van Cassatie had over die laatste bepaling geoordeeld dat het kind onder de leeftijd van vijftien geen partij is in de betreffende procedures.[89] Een auteur leidde hieruit af dat het kind onder de vijftien jaar geen vorderingsrecht had tot onderzoek naar het vaderschap zodat noch het kind noch zijn wettelijke vertegenwoordiger *q.q.* de vaderschapsvordering vóór die leeftijd kon instellen.[90]

Onder de Afstammingswet van 2006 zou die stelling impliceren dat noch de vordering tot onderzoek naar het moederschap noch de vordering tot onderzoek naar het vaderschap kan worden ingesteld door of namens het kind beneden de twaalf jaar. Vanaf die leeftijd kan hij zich immers verzetten tegen de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap (art. 332*quinquies*, § 2 B.W.).

---

89 Cass. 29 april 1993, *R.W.* 1993-94, 508, *T.B.B.R.* 1994, 219, noot N. DENIES, "Reconnaissance par le père".

90 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 470, die deze beperking niet vermeldt in nrs. 517 en 557.

Met andere auteurs en verscheidene rechtscolleges ben ik een andere mening toegedaan. Dat het kind pas vanaf de leeftijd van twaalf jaar een verzetrecht heeft, impliceert niet dat hem voordien geen vorderingsrecht toekomt. Evenmin kan dit worden afgeleid uit het feit dat hij vóór die leeftijd geen partij is in de procedure bedoeld in artikel 329*bis*, § 2 B.W. Het verzetrecht betreft ten andere de *gegrondheid* van de vordering, terwijl de *hoedanigheid* om de vordering in te stellen wordt bepaald in artikel 332*ter*, 1ste lid B.W. In die laatste bepaling wordt het kind beneden de twaalf jaar niet van de vordering uitgesloten. Vóór die leeftijd kan de vordering tot onderzoek van het ouderschap bijgevolg door zijn wettelijke vertegenwoordiger of een voogd *ad hoc* worden ingesteld (art. 331*sexies* B.W., waarover verder meer).[91]

447. Met *de ouders* zijn *op de eerste plaats* ongetwijfeld de juridische ouders bedoeld, dit zijn de personen met wie een afstammingsband is vastgesteld. Aldus kan de vordering tot onderzoek naar het vaderschap onder de Afstammingswet 1987 en tot 1 juli 2008 (art. 25, § 5 Afstammingswet 2006) binnen de grenzen van oud artikel 323 B.W. worden ingesteld door moeders ex-echtgenoot op wie het vaderschapsvermoeden werd toegepast.[92]

448. *Op de tweede plaats* was onder Afstammingswet 1987 betwist of met *de ouders* ook de *beweerde* ouders waren bedoeld, zodat een vrouw of een man een vordering tot onderzoek naar het eigen ouderschap zou kunnen instellen.

Tegen die interpretatie werd aangevoerd dat met ouders enkel de juridische ouders zijn bedoeld, zoals ook blijkt uit de bewoordingen van artikel 332*ter*, 3de lid B.W. Bovendien blijkt uit de opbouw van Titel VII. Afstamming dat het onderzoek naar het ouderschap duidelijk de meest subsidiaire wijze van vaststelling van de afstamming is. Ten slotte wordt de beweerde vader in artikel 322, 2de lid B.W. enkel vermeld als verweerder. De gerechtelijke vaststelling van het ouderschap zou bijgevolg niet

---

91 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 314 B.W., nr. 3 en 6; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 322 B.W., nr. 6. *Toepassingen*: Brussel 15 mei 2003, *NjW* 2003, 1004, noot RDC; Antwerpen 7 november 2001, *R.W.* 2002-03, 907.

92 Zie, over deze vordering, G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 525.

mogelijk zijn op de vordering van de beweerde ouder zelf, voor wie de erkenning openstaat.[93]

Vóór die interpretatie werd aangevoerd dat artikel 332*ter*, 1ste lid B.W. *elk* van de ouders vermeldt en dat ook in artikelen 313 en 319 B.W. de termen moeder en vader worden gebruikt zelfs al is de afstammingsband nog niet vastgesteld.[94] Bovendien had de beweerde ouder zeker een belang bij gerechtelijke vaststelling van het ouderschap veeleer dan een erkenning, nu de gerechtelijke vaststelling zekerder en standvastiger is. De gerechtelijke vaststelling van het ouderschap zou daarom mogelijk moeten zijn op verzoek van de beweerde ouder.[95]

Wat daar ook van zij, tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet 2006 is er duidelijk en herhaaldelijk van uitgegaan dat de vordering tot onderzoek naar het ouderschap ook openstaat voor de beweerde ouder zelf, ook al waren de indieners van het wetsvoorstel[96] en de subcommissie familierecht eerst een ander oordeel toegedaan[97] en ook al werd toegegeven dat over dit punt geen unanieme rechtspraak en rechtsleer bestonden.[98] Deze – nieuwe – visie komt het duidelijkste tot uiting in (de voorbereiding van) artikel 332*quinquies*, § 4 B.W., waarin de beweerde vader uitdrukkelijk als titularis van het onderzoek naar het vaderschap wordt aangemerkt.[99] Een voorstel om die mogelijkheid uit te sluiten[100], werd niet aanvaard.

449. De Afstammingswet 1987 moet in diezelfde zin worden geïnterpreteerd, zodat geen overgangsrechtelijke problemen rijzen.

---

93 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 322 B.W., nr. 5; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 9e uitg., 2006, nr. 770 en 852 (impliciet). *Toepassing*: Brussel 3e Kamer, 8 juni 2006, A.R. 2002/AR/727, *onuitg.*, p. 5.

94 Hetzelfde is nu waar in art. 332*quinquies*, § 1, 1ste lid B.W., waarin sprake is van de "degene van de ouders ten aanzien van wie de afstamming vaststaat".

95 N. MASSAGER, La proposition de Loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, 193, nr. 21; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 166 en 526-527.

96 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 12.

97 Zij het niet uitdrukkelijk. Zie mijn advies in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 82.

98 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, Tweede verslag namens de commissie voor de justitie, 10-11.

99 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 4; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/037, Tweede verslag namens de commissie voor de justitie, 9; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2760/002, Wetsontwerp, deel II, 567.

100 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/036, Amendement nr. 150 (Van der Auwera).

B. Vertegenwoordiging (art. 331sexies B.W.)

450. Artikel 331*sexies* B.W. laat toe dat onbekwamen en "wilsonbekwamen" worden vertegenwoordigd in gedingen betreffende hun afstamming. De bepaling heeft twee wijzigingen ondergaan met onzekere gevolgen.

451. *Enerzijds* geldt de vertegenwoordiging "onverminderd artikel 329*bis*, § 2, tweede lid en § 3, eerste lid en artikel 332*quinquies*": de kruisverwijzingen naar de bepalingen waarin inspraak wordt verleend aan minderjarigen, zijn geactualiseerd.

Onder de Afstammingswet 1987 bestond geen eensgezindheid over de draagwijdte van die kruisverwijzing in verband met de vordering tot onderzoek naar het vaderschap. Artikel 331*sexies* B.W. verwees m.n. naar artikel 322, 1ste lid B.W., naar luid waarvan de minderjarige vanaf de leeftijd van vijftien jaar kon bewijzen dat de vaststelling van het vaderschap strijdig zou zijn met zijn belangen.

Sommige auteurs leidden hieruit af dat de minderjarige vanaf de leeftijd van vijftien jaar (mee) procesbekwaam was om de procedure als eiser en als verweerder te voeren, maar hiertoe niet verplicht was.[101] Een andere auteur verdedigde dat de minderjarige zelf en zelfstandig kon én moest optreden.[102]

Naar mijn mening kan oud artikel 331*sexies jo.* artikel 322, 1ste lid B.W. echter ook beperkend in die zin worden gelezen dat elke niet-ontvoogde minderjarige proces*on*bekwaam is en verplicht wordt vertegenwoordigd als procespartij, maar dat de minderjarige boven de vijftien jaar (enkel) zijn verzetrecht persoonlijk moet uitoefenen.[103]

De draagwijdte van de problematiek is gewijzigd sinds de Afstammingswet 2006.

De eerste visie op de kruisverwijzing die in artikel 331*sexies* B.W. wordt gemaakt, zou nu impliceren dat de minderjarige vanaf de leeftijd

---

101 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 322 B.W., nr. 5 en 6; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 331*sexies* B.W., nr. 3; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, nr. 664, noot 279; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 470 en 558 en de verwijzingen daar. De laatstgenoemde auteur gaat niet meer in op deze problematiek in G. VERSCHELDEN, "Personen- en familierecht", in *Rechtskroniek voor het notariaat,* Deel 10, Brugge, die keure, 2007, 1, nr. 73.

102 G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 853.

103 Vgl. Antwerpen 7 november 2001, *R.W.* 2002-03, 907: "bekwaam is om, zonder bijstand of vertegenwoordiging, zich te verzetten".

van twaalf jaar procesbekwaam zou zijn om als eiser en als verweerder op te treden in de vordering tot vaststelling van het moederschap en van het vaderschap. De wetgever is niet ingegaan op de vraag om dit te verduidelijken.[104]

De nieuwe formulering van artikel 332*quinquies*, § 2, 1ste lid B.W. gaat m.i. veeleer in de richting van de genoemde beperkende interpretatie. In de nieuwe bepaling is enkel sprake van het verzet dat uitgaat van de minderjarige boven de twaalf jaar: die minderjarige is dus enkel bekwaam om persoonlijk verzet te doen (art. 331*sexies* B.W.), niet om de procedure zelf en zelfstandig te voeren. De wetgever is echter ook niet ingegaan op de vraag van de Dienst Wetsevaluatie om een en ander in die zin te verduidelijken.[105]

In afwachting van een wetgevende verduidelijking, verdient de beperkende interpretatie m.i. de voorkeur op grond van de tekst van de wet, zoals te lezen in functie van vergelijkbare inspraakmogelijkheden voor minderjarigen vanaf twaalf jaar elders in het Burgerlijk Wetboek. De minderjarige moet dus steeds als procespartij worden vertegenwoordigd, maar mag vanaf de leeftijd van twaalf jaar (enkel) zijn persoonlijke verzet uiten of zijn akkoord verlenen.[106]

452. Naar luid van oud artikel 331*sexies* B.W. werden *anderzijds* "de niet-ontvoogde minderjarige, de onbekwaam verklaarde en de geesteszieke" vertegenwoordigd door "hun wettelijke vertegenwoordiger en, indien er tegenstrijdigheid van belangen is, door een voogd *ad hoc*", aangewezen door de rechtbank van eerste aanleg.

Het voorstel[107] om de voogd *ad hoc* voortaan te laten aanstellen door de vrederechter als voogdijrechter, is *ten eerste* terecht niet aangehouden. De voogd *ad hoc* wordt best aangewezen door de rechtbank die ook ten gronde bevoegd is.[108]

Ten tweede was met de geesteszieke in 1987 bedoeld: de gecolloceerde of gesekwestreerde krankzinnige voor wie een algemene of bijzondere

---

104 Nota van P. SENAEVE in *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 69.

105 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 27.

106 Deze opvatting werd bijgevallen door J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé !", deel 2, *J.T.* 2007, p. 391, voetnoten 171 en 223.

107 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 11; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 66; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 35-36.

108 Zie de adviezen van A.-C. VAN GYSEL en N. MASSAGER resp. F. SWENNEN in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 68 resp. 90-91.

voorlopige bewindvoerder kon optreden. Sinds de Wet Voorlopig Bewind is omstreden of de beschermde persoon als geesteszieke dan wel als onbekwaam verklaarde kan worden beschouwd voor wie de voorlopige bewindvoerder als wettelijke vertegenwoordiger kan optreden. De voorlopige bewindvoerder heeft als regel enkel een vermogensrechtelijke opdracht. Ik achtte hem daarom niet vertegenwoordigingsbevoegd. Een meerderheid in de rechtsleer[109] en ook de rechtspraak[110] waren (gedeeltelijk) een ander oordeel toegedaan. De wetgever heeft dit punt niet getrancheerd.

Belangrijker was *ten derde* het antwoord op de vraag hoe het begrip "geesteszieke" moest worden geïnterpreteerd. Meer bepaald was het van belang te weten of een bekwame maar geestesgestoorde persoon zonder onbekwaamverklaring zou kunnen worden vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc*. Ik was van oordeel van niet, omdat naar de letter van de wet een voogd *ad hoc* enkel kan worden aangesteld in geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen een *onbekwame* en zijn wettelijke vertegenwoordiger. Om die reden had ik voorgesteld de wettekst in die zin te wijzigen dat "de niet-ontvoogde minderjarige, de onbekwaam verklaarde en de wilsongeschikte persoon" worden vertegenwoordigd door "hun wettelijke vertegenwoordiger *of, bij gebreke daarvan of indien er tegenstrijdigheid van belangen is*, door een voogd *ad hoc*".[111] De wetgever heeft die suggestie niet gevolgd en heeft zich kennelijk aangesloten bij een andere interpretatie. In die interpretatie moet onder geesteszieke inderdaad elke geestesgestoorde worden begrepen en kan, naar analogie van artikel 232, 2de lid B.W., ook een voogd *ad hoc* worden aangesteld over een bekwame.[112] De term "geesteszieke" is met dat doel, met enkele omwegen[113], gewijzigd naar "wilsonbekwame". Het valt te betreuren dat de wetgever zo een interpretatie van de wettekst *contra legem* voorstaat, die met een eenvoudige ingreep had kunnen worden vermeden.

---

109 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 185 en 553 en de verwijzingen aldaar.

110 Antwerpen 18 december 2001, *R.W.* 2002-03, 949, noot F. SWENNEN en de verwijzingen aldaar.

111 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 90-91.

112 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 185 en 552 en de verwijzingen aldaar.

113 Waarover *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 53, 57 en 90-91.

§ 4. TERMIJN VOOR DE VORDERING (ART. 331*TER* B.W.)

453. Bij gebreke van kortere termijn door de wet gesteld, moet de vordering tot onderzoek naar het ouderschap worden ingesteld binnen een termijn van dertig jaar (art. 331*ter* B.W.). In artikel 331*ter* B.W. zijn gelukkige en minder gelukkige ingrepen gebeurd.

454. Tot de gelukkige ingrepen behoort de verduidelijking dat de dertigjarige termijn van artikel 331*ter* B.W. een *verjaringstermijn* is waarop artikel 2252 B.W. van toepassing is. De verjaring loopt bijgevolg (enkel) niet tegen onbekwamen, m.n. minderjarigen. De wetgever verklaart artikel 2253 B.W., op grond waarvan de verjaring tussen echtgenoten wordt geschorst, buiten toepassing. Deze laatste ingreep was overbodig, nu de afstammingsvorderingen tussen echtgenoten steeds aan korte vervaltermijnen zijn onderworpen.

De rechtsleer was onder de Afstammingswet 1987 al van oordeel dat de dertigjarige termijn een verjaringstermijn was en de kortere termijnen vervaltermijnen[114]; nochtans was erop aangedrongen dit in de wet zelf te verduidelijken.[115]

455. In het wetsontwerp dat in de Kamer was goedgekeurd, was de *verjaringstermijn verkort* tot de gemeenrechtelijke tien jaar (art. 2262*bis* B.W.)[116], zij het met een nadere omschrijving van het aanvangspunt van die termijn, waarover meteen meer. Op die manier zouden vorderingen om zuiver erfrechtelijke redenen kunnen worden vermeden.[117]

Tijdens de bespreking in de Senaat stelde de regering vervolgens voor de dertigjarige termijn toch te behouden wegens de specificiteit van afstammingsvorderingen tegenover persoonlijke vorderingen in

---

114 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 331*ter* B.W., nr. 4; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, nr. 665; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 178; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 9e uitg., 2006, nrs. 771 en 855; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 532-534.

115 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 532. Zie ook *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 11.

116 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 64-66.

117 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 48.

het algemeen.[118] In de rechtsleer was hierop aangedrongen.[119] Bovendien wees de Regering ook op het advies van de Raad van State in die zin; nochtans had de Raad ten onrechte artikel 2252 B.W. uit het oog verloren zodat zijn advies op een verkeerde premisse berustte.[120]

Beter ware m.i. geweest de afstammingsvorderingen, zoals vorderingen van staat in het algemeen, *onverjaarbaar* te maken.[121]

456. De dertigjarige verjaringstermijn is van toepassing op alle *rechtstreekse* vorderingen tot onderzoek naar het ouderschap, met inbegrip van de vordering waarmee impliciet het van rechtswege vastgestelde moederschap wordt betwist (*supra* nr. 413). De éénjarige vervaltermijn voor die laatste vordering, kan dus enkel in de hypothese van artikel 314, 1ste lid B.W. worden omzeild.[122]

Op de *impliciete* vorderingen tot onderzoek naar het ouderschap, die samenhangen met de vorderingen tot betwisting van het vaderschapsvermoeden (art. 318, § 3 B.W.) of de erkenning (art. 330, § 3 B.W.), zijn daarentegen de korte vervaltermijnen van de hoofdvordering van toepassing.

457. Een gelukkige én een ongelukkige ingreep zijn gebeurd wat betreft het *aanvangspunt van de verjaringstermijn*.

Voor de vordering tot onderzoek naar het ouderschap is de gelukkige ingreep van belang.[123] Oud artikel 331*ter* B.W. bepaalde het aanvangspunt van de *vordering tot inroeping van staat* op "de dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd". De rechtsleer merkte hiertoe twee relevante tijdstippen aan. Als regel liep de verjaringstermijn vanaf de geboorte. Verwierf het kind nadien bezit van staat tegenover de beweerde ouder, dan begon de verjaring pas te lopen wanneer het bezit

118 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/003, Amendement nr. 26 (Regering). Voorts *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 11 e.v. en 54.

119 N. MASSAGER, La proposition de Loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, 193, nr. 40.

120 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/2, Advies van de Raad van State, 3-4 (opmerking 4).

121 Zie mijn advies in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 123 en 129.

122 Cf., over dezelfde verhouding van oud art. 323 B.W. tegenover de vervaltermijn van art. 332 B.W.: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 322 B.W., nr. 2.

123 M. DEMARET, "La réforme du droit de la filiation", in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, nr. 44, Brussel, Larcier, 2006, 303, nr. 48.

van staat eindigde, dus op een datum na de geboorte.[124] Artikel 331*ter* B.W. is, op advies van VAN GYSEL en MASSAGER dienovereenkomstig aangepast.[125]

Op hetzelfde advies, dat ter zake geen enkele verantwoording bevat, is een ongelukkige ingreep gepleegd op het aanvangspunt van de *vordering tot betwisting van staat*. Oud artikel 331*ter* B.W. bepaalde het aanvangspunt daarvan op "de dag waarop (het kind) in het bezit van de betwiste staat is gekomen". In de rechtsleer was er terecht op gewezen dat hiermee enkel kon zijn bedoeld: de dag waarop de betwiste staat formeel werd gevestigd in een akte. Zeker niet kon zijn bedoeld: de dag waarop het kind bezit van staat verkreeg, omdat de vordering tot betwisting van staat vanaf dan niet-ontvankelijk is.[126] Het wekt dan ook verbazing dat artikel 331*bis* B.W. net in die zin is aangepast. De vordering tot betwisting van staat begint te verjaren "van de dag waarop het kind *in het bezit van staat is gekomen* overeenkomstig de staat die hem werd betwist".[127] Over deze wijziging zijn geen opmerkingen gemaakt. Het verdient hoe dan ook aanbeveling de oude interpretatie aan te houden.

458. *Pro memorie* zij nog vermeld dat de verjaringstermijn niet van toepassing wordt verklaard op de vorderingen in verband met de totstandkoming van de erkenning (art. 331*ter*, 3de lid B.W.). Dit is ook logisch, omdat dat geen afstammingsvorderingen zijn en de erkenning (en bijhorende vorderingen) onbeperkt in de tijd mogelijk blijft.

---

124 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 314 B.W., nr. 8; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 331*ter* B.W., nr. nr. 3, a); Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, nr. 665; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 176; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 9e uitg., 2006, nr. 771 en 885; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 170 en 537.

125 Het advies is opgenomen in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 66-67. Zie voorts *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/029, Amendement nr. 132 (Déom c.s.).

126 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 331*ter* B.W., nr. 3, b); G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 1087.

127 Onderlijning F.S. M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev. not. b.* 2007, 114, nr. 54 knoopt dit aanvangspunt onterecht aan bij de termijn voor de vordering tot *inroeping* van staat.

§ 5. DE VERPLICHTING TOT BETEKENING VAN DE BESLISSING (ART. 322, 2DE LID B.W.)

459. Naar luid van het ongewijzigde artikel 322, 2de lid B.W. moet de beslissing waarbij het overspelige vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld, worden betekend aan vaders echtgenoot of echtgenote – als die niet in het geding werd betrokken. Tot aan de betekening is de beslissing niet tegenwerpelijk aan de echtgenoot of echtgenote noch aan de huwelijkse of geadopteerde kinderen.[128]

Een vergelijkbare regel bestaat niet bij de gerechtelijke vaststelling van het overspelige moederschap. De bedrogen echtgenoot van de moeder moet doorgaans wel in het geding worden geroepen met toepassing van artikel 332*ter*, 4e lid B.W., maar bij gebreke daarvan is van enige niet-tegenwerpelijkheid geen sprake.

Kennisgeving of betekening is op straffe van niet-tegenwerpelijkheid overigens wel verplicht bij erkenning zowel door een overspelige moeder (art. 313, § 3 B.W.) als door een overspelige vader (art. 319*bis* B.W.).

Artikel 322, 2de lid B.W. is daarom problematisch vanuit drie oogpunten.

460. *Ten eerste* wordt een verschillende behandeling ingesteld van kinderen, naargelang zij binnen dan wel buiten het huwelijk van de vader worden geboren. De Afstammingswet 2006 had net tot doel deze verschillen weg te werken (zie Deel V). Artikel 322, 2de lid B.W. staat daarom duidelijk op gespannen voet met artikel 14 E.V.R.M. *jo.* artikel 8 E.V.R.M. dan wel artikel 1, Eerste Protocol.[129]

De verschillende behandeling kan bijzonder vervelende gevolgen hebben op het vlak van het erfrecht als de betekening niet voor het overlijden van de echtgenoot is gebeurd en men ervan uitgaat dat de vereiste van betekening dan niet vervalt.[130] In de mate kinderen (gedeeltelijk) van het erfrecht zouden worden uitgesloten als de betekening niet

---

128 Over deze bepaling G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 750-752.

129 M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE, N. GEELHAND en I. VERHAERT, "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen 1996-2004", *T.P.R.* 2005, 449, nr. 93 en 96-97.

130 Daarover recentelijk G. VERSCHELDEN, "Personen- en familierecht", in *Rechtskroniek voor het notariaat,* Deel 10, Brugge, die Keure, 2007, 1, nr. 67 e.v.

voor het overlijden is gebeurd, moet artikel 322, 2de lid B.W. als strijdig met artikelen 8 en 14 E.V.R.M. worden beschouwd.[131]

461. Gaat men ervan uit dat de betekening ook nog na het overlijden kan gebeuren en met name de uitoefening van de erfaanspraken niet in de weg staat, dan kan ze wellicht als evenredige "voorzorgsmaatregel" worden beschouwd[132] – hoewel de bedrogen echtgenoot of echtgenote en de kinderen er geen eigenlijke bescherming uit putten.

Maar dan nog stelt artikel 322, 2e lid B.W. *ten tweede* een verschillende behandeling in tussen kinderen naargelang de moederlijke dan wel de vaderlijke overspelige afstamming gerechtelijk wordt vastgesteld. Ik zie hiervoor niet meteen een verantwoording.

462. *Ten slotte* worden de andere kinderen van de overspelige vader verschillend behandeld, naargelang zij al dan niet binnen diens huwelijk zijn geboren of werden geadopteerd. In eerste geval is de beslissing hen niet tegenwerpelijk, in het andere wel. Voor dit verschil in behandeling op basis van geboorte of adoptie binnen het huwelijk, bestaat evenmin een verantwoording.

---

131 M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE, N. GEELHAND en I. VERHAERT, "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen 1996-2004", *T.P.R.* 2005, 449, nr. 97, onder verwijzing naar E.H.R.M. 3 oktober 2000, Camp en Bourimi t. Nederland, www.echr.coe.int.

132 *Ibid.,* nr. 97.

HOOFDSTUK III.
BETWISTING VAN DE AFSTAMMING

463. Tegen de gerechtelijk vastgestelde afstamming staat uit de aard geen bijzondere *vordering tot betwisting van staat* open.

De partijen in de vordering tot onderzoek naar het ouderschap kunnen tegen de beslissing de gewone en de buitengewone rechtsmiddelen aanwenden.

Voor derden staat derdenverzet open volgens de algemene regels (art. 331*decies* B.W.)[133], met dien verstande dat bezit van staat een bijzondere grond van niet-ontvankelijkheid is.[134]

Door de Afstammingswet 2006 zijn op dit punt geen wijzigingen aangebracht.

464. Onder de Afstammingswet 1987 bestond wel betwisting over het antwoord op de vraag *welke derden* derdenverzet konden aantekenen.[135]

Volgens een *eerste stelling* stond derdenverzet enkel open voor de personen die zelf titularis waren van de vordering tegen de beslissing waarop derdenverzet wordt aangetekend of die zich op die vordering hadden kunnen verweren.

Volgens een *tweede stelling* stond derdenverzet – ruimer – open voor eenieder die de afstammingsvordering kon instellen waarop het derdenverzet feitelijk neerkwam. Derdenverzet tegen de gerechtelijke vaststelling van de afstamming zou aldus niet enkel kunnen worden aangetekend door de personen opgesomd in artikel 332*ter* B.W., maar door "eenieder die van enig belang doet blijken dat niet vermogensrechtelijk is" (oud art. 332*bis*, 1ste lid B.W.).

Op grond van artikel 1122 Ger.W. verdiende de eerste stelling de voorkeur.[136]

---

133 Daarover G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 817 e.v. en 1159 e.v.

134 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 331*decies* B.W., nr. 10; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 818 en 1160.

135 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 331*decies* B.W., nr. 4.

136 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 819 en 1161. Vgl. in verband met het (niet-ontvankelijke) derdenverzet van grootouders tegen een beslissing over het ouderlijk gezag: Gent (jeugdkamer) 30 mei 2005, *R.A.B.G.* 2005, 1815; *P&B* 2005, 313.

Onder de Afstammingswet 2006 rijst dit interpretatieprobleem niet meer wegens de opheffing van artikel 332*bis*, 1ste lid B.W. en wegens de beperkende opsomming van de titularissen van de vordering tot betwisting van staat.

DEEL V.
DE GEVOLGEN VAN DE AFSTAMMING

DE VORDERING TOT UITKERING VOOR LEVENSONDERHOUD TEGEN DE VERMOEDELIJKE VERWEKKER

Frederik Swennen

Hoofddocent Universiteit Antwerpen
Advocaat balie Brussel (Greenille)

HOOFDSTUK I.
INLEIDING

465. Door de vestiging van de oorspronkelijke afstamming ontstaat (of verdwijnt) een (socio-juridische) verhouding van staat, met wederzijdse rechten en plichten tussen het kind en zijn ouders. De afstamming vormt ook (mee) het aanknopingspunt voor de verwantschap en de aanverwantschap, waardoor verhoudingen van staat ontstaan met leden uit de bredere gezins- en familiekring.

Sinds de Afstammingswet 1987 geldt als regel dat kinderen en hun afstammelingen dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen hebben ten opzichte van de ouders en hun bloed- en aanverwanten en andersom, ongeacht de wijze waarop de afstamming is vastgesteld (art. 334 B.W.).

Uit Deel IV is al gebleken dat op het vlak van de *vaststelling* van de afstamming soms andere regels gelden naargelang de huwelijkse staat van de ouders.

Onder de Afstammingswet 1987 werden overspelige – en soms ook andere buitenhuwelijkse – kinderen, ondanks artikel 334 B.W., bovendien op verschillende plaatsen benadeeld wat betreft de *gevolgen* van de afstamming. Eén van de doelstellingen van de Afstammingswet 2006 was deze discriminaties uit de wet te schrijven. De wetgever is niet geheel in dat opzet geslaagd. Ik overloop hierna de relevante wijzigingen per wetsbepaling (Hoofdstuk II).

466. Met de Afstammingswet 2006 is ook een beperkte wijziging aangebracht in de bepalingen over de vordering tot uitkering voor levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker van het kind (Hoofdstuk III).

467. De Afstammingswet 2006 bevat in verband met de hier behandelde punten geen overgangsbepalingen. Het temporele toepassingsgebied van de wijzigingen moet daarom worden afgebakend aan de hand van de algemene stelregels ter zake; zie daarvoor Deel IV, nrs. 404 e.v.

HOOFDSTUK II.
DE GEVOLGEN VAN DE AFSTAMMING

§ 1. DE VERPLICHTING TOT BETEKENING VAN DE BESLISSING WAARBIJ DE OVERSPELIGE VADERLIJKE AFSTAMMING WORDT VASTGESTELD (ART. 322, 2DE LID B.W.)

468. Een mogelijks discriminerende bepaling is ten eerste *ongewijzigd behouden*. Naar luid van artikel 322, 2de lid B.W. moet de beslissing waarbij de overspelige vaderlijke afstamming gerechtelijk wordt vastgesteld, aan de echtgenoot of echtgenote worden betekend. Vóór die betekening kan het vonnis niet worden tegengeworpen aan de bedrogen echtgenoot of echtgenote, noch aan de huwelijkse en gezamenlijk geadopteerde kinderen. Artikel 322, 2de lid B.W. stelt bijgevolg een verschillende behandeling in tussen:

– kinderen wier afstamming wordt vastgesteld, naargelang ze binnen of buiten het huwelijk van hun vader zijn geboren;
– kinderen wier overspelige afstamming gerechtelijk wordt vastgesteld, naargelang het om hun moederlijke dan wel vaderlijke afstamming gaat;
– kinderen aan wie de beslissing tegenwerpelijk is, naargelang ze al dan niet binnen het huwelijk van hun vader werden geboren of geadopteerd.

Erfrechtelijk zijn de gevolgen mogelijks bijzonder vervelend. Ik heb daarom eerder besloten dat deze bepaling discriminerend is.[1]

Vergelijkbare problemen rijzen in verband met artikel 313, § 3, 3de lid en 319*bis*, 3de lid B.W.

[1] Deel IV, nrs. 459 e.v.

§ 2. DE OPVOEDING VAN HET OVERSPELIGE KIND IN DE ECHTELIJKE VERBLIJFPLAATS (OUD ART. 334*BIS* B.W.)

469. Onder de Afstammingswet 1987 mocht het *a matre* of *a patre* overspelige kind maar in de echtelijke verblijfplaats[2] worden opgevoed met de toestemming van de bedrogen echtgenoot.

De opvoeding in de echtelijke verblijfplaats zou voor de bedrogen echtgenoot niet alleen emotioneel moeilijk zijn; hij – meestal zij – zou ook financieel mee opdraaien voor de overspelige kinderen door de werking van artikelen 221-222 en 1408, 2de streepje B.W.[3]

Deze gevolgen voor de bedrogen echtgenoot wogen volgens bepaalde rechtsleer evenwel niet op tegen de disproportionele gevolgen voor de – ook letterlijk – uitgesloten overspelige kinderen, bv. in verband met de verdeling van de nalatenschap (oud art. 837 B.W., waarover verder meer). De bepaling werd om die reden door de rechtsleer als discriminerend beschouwd.[4]

Zij is opgeheven door artikel 24 Afstammingswet 2006, op basis van het voorstel daartoe in het wetsvoorstel.[5]

470. Op overgangsrechtelijk vlak is de wijziging onmiddellijk van toepassing, ook op overspelige kinderen geboren vóór 1 juli 2007. Zij kunnen voortaan zonder de toestemming van de bedrogen echtgenoot in de echtelijke verblijfplaats worden opgevoed – al wordt het huwelijk daarmee wellicht in gevaar gebracht.

---

2 In de wet was sprake van *woonplaats*; zie nochtans art. 214, 1ste lid B.W.

3 G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 190. Zie nochtans ook art. 1408, 6de streepje B.W. in verband met alle kinderen van een van de echtgenoten.

4 J. DE GAVRE, "Le principe d'égalité dans le droit de la filiation: limites, exceptions et contrôle", *Rev. dr. ULB* 1990, 11, 15; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 193; zie ook A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 334bis B.W., nr. 2.

5 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 12.

§ 3. DE VERMOGENSRECHTELIJKE BESTRAFFING VAN DE OVERSPELIGE ECHTGENOOT (ART. 334*TER* B.W.)

471. De vaststelling van de overspelige afstamming heeft tot gevolg dat de overspelige echtgenoot[6] automatisch[7] de huwelijksvoordelen en in de huwelijksovereenkomst gedane schenkingen[8] verliest, tenzij de bedrogen echtgenoot ze handhaaft. De bedrogen echtgenoot kan bovendien het erfrecht aan de overspelige ontnemen, met uitzondering van de concrete reserve (art. 334*ter* B.W.).

Deze bepaling vormt de – niet geheel eenvormige – pendant van de vermogensrechtelijke gevolgen van de echtscheiding (art. 299, 1429 en 1459 B.W.).[9]

Voor lesbische echtparen die een beroep doen op kunstmatige voortplantingstechnieken, kan artikel 334*ter* B.W. onverwachte gevolgen hebben.

472. In het wetsvoorstel was onterecht de opheffing van artikel 334*ter* B.W. voorgesteld als bepaling die de rechten van overspelige *kinderen* beperkt.[10] Artikel 334*ter* B.W. omvat enkel een beperking van de rechten van echtgenoten, waarin de meerderheid van de rechtsleer geen graten zag.[11] Om die reden is de bepaling behouden[12], al had ze kunnen worden verplaatst.

---

6 Daaronder begrepen: de overspelige echtgenote wier moederschap van rechtswege komt vast te staan. Over de betwistingen in dit verband: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 334*ter* B.W., nr. 3.

7 G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 135 wijzen wel op de gebrekkige informatiemogelijkheden voor notarissen.

8 Het is betwist of ook de contractuele erfstelling die in het huwelijkscontract werd opgenomen, onder deze sanctie valt. Positief antwoord: Gent 16 februari 2006, *T.B.B.R.* 2006, 432, afkeurende noot C. CASTELEIN, "Overspel wordt niet vergeven, wel gewroken. Over het verval van de contractuele erfstelling na vaststelling van overspelige afstamming"; *T. Not.* 2006, 400, afkeurende noot C. CASTELEIN, "Leidt overspel tot buitenspel? Over het verval van de contractuele erfstelling na vaststelling van overspelige afstamming".

9 C. CASTELEIN EN M. MUYLLE, "Hoe wassend is het water van een schuldechtscheiding. Het verval van voordelen nader bekeken", (noot onder Arbitragehof 23 november 2005), *Not. Fisc. M.* 2006, 145 e.v.

10 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 12.

11 J. DE GAVRE, "Le principe d'égalité dans le droit de la filiation: limites, exceptions et contrôle", *Rev. dr. ULB* 1990, 11, nr. 20; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 140.

12 Op basis van *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/014, Amendement nr. 62 (Marghem).

Artikel 334*ter* B.W. zou vanuit afstammingsrechtelijk oogpunt enkel met een beroep op artikel 8 E.V.R.M. in vraag kunnen worden gesteld in de mate zij overspelige kinderen benadeelt door de overspelige ouder – vermogensrechtelijk – te ontraden de afstammingsband vrijwillig te laten vaststellen.[13] Wellicht volstaat evenwel dat in dat geval voor het kind de vordering tot onderzoek naar het ouderschap openstaat.

§ 4. DE NAAM (ART. 335 B.W.)

473. In artikel 335 B.W., betreffende de toekenning van de familienaam op basis van de oorspronkelijke afstamming, zijn vier ingrepen gebeurd om de bepaling in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Arbitragehof en het Hof van Cassatie en mogelijke andere discriminaties weg te werken.

De wetgever heeft de principiële voorkeur voor de toekenning van vadersnaam niet verlaten; het Arbitragehof[14] ziet in die voorkeur ook geen Grondwettelijk probleem.[15]

A. Ook het a patre *overspelige kind krijgt vadersnaam (art. 335, § 1 en § 3, 2de lid B.W.)*

474. Op de principiële toekenning van vadersnaam werd in oud artikel 335 B.W. een dubbele uitzondering gemaakt voor *a patre* overspelige kinderen.

Stond de overspelige vaderlijke afstamming *ten eerste* vast bij de geboorte, dan kreeg het overspelige kind in afwijking van de algemene regel niet vadersnaam (oud art. 335, § 1 B.W.).

Komt de afstamming langs vaderszijde pas na de afstamming langs moederszijde vast te staan, dan behoudt het kind in principe moedersnaam, tenzij beide ouders in een verklaring voor de ambtenaar van de

---

13 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 334ter B.W., nr. 17.

14 Arbitragehof nr. 161/2002, 6 november 2002, *NjW* 2003, 309, noot RDC.

15 Zie nochtans de bedenkingen bij C. AERTS, "Naamrecht en Arbitragehof", *NjW* 2006, 392, nr. 4-8; P. SENAEVE, "De naam van het kind: overblijfsel van een achterhaalde patriarchale traditie of paradepaard van een overtrokken feministische retoriek?", *in* W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en H. WILLEKENS, *Met rede ontleed, de rede ontkleed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 157; Y.-H. LELEU, "Le nom et les prénoms de l'enfant", in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, vol. II, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 277, nr. 4-18, i.h.b. 5 en 13-15.

burgerlijke stand kiezen voor een wijziging naar vadersnaam. Tijdens het huwelijk van de overspelige vader of na ontbinding van diens huwelijk door zijn overlijden, kon van die verklaring *ten tweede* geen akte worden genomen zonder de instemming van de bedrogen echtgenote (oud art. 335, § 3, 2de lid B.W.).

475. In arrest nr. 38/93 heeft het Arbitragehof de *tweede uitzondering* aangemerkt als discriminerend.[16] Oud artikel 335, § 3, 2de lid B.W. beoogde de bescherming van het wettige gezin. Welnu, deze bescherming kon door de bedrogen echtgenote niet worden aangevoerd om de vaststelling van de *a patre* overspelige afstamming te verhinderen (oud art. 319*bis* B.W.). Het loutere aanvoeren van de gezinsbelangen kon daarom evenmin een redelijke verantwoording uitmaken voor het vetorecht van de bedrogen echtgenote bij de toekenning van vadersnaam, zonder dat enige beoordelingsbevoegdheid toekomt aan de rechtbank.

Naar de bewoordingen van dit arrest had de wetgever kunnen volstaan met de invoering van een verhaalsrecht bij de rechtbank tegen het vetorecht van de bedrogen echtgenote.[17] Maar ook een dergelijk systeem bestond niet in verband met de vaststelling van de afstamming. Bovendien is onduidelijk hoe de rechtbank haar beoordelingsbevoegdheid dan zou moeten uitoefenen.

Om die reden is, in overeenstemming met de overheersende opvatting in de rechtsleer[18], het vetorecht van de bedrogen echtgenote zonder meer afgeschaft door opheffing van artikel 335, § 3, 2de lid B.W.[19]

---

16 Arbitragehof nr. 38/93, 19 mei 1993, *R.W.* 1993-94, 121; *J.T.* 1995, 701, noot A.-C. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé". Over dit arrest C. AERTS, "Naamrecht en Arbitragehof", *NjW* 2006, 392, nr. 23; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 335 B.W., nr. 25; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 199.

17 A.-C. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé", (noot onder Arbitragehof 19 mei 1993 en 14 juli 1994), *J.T.* 1995, 701, nr. 3, noot 14.

18 J. DE GAVRE, "Le principe d'égalité dans le droit de la filiation: limites, exceptions et contrôle", *Rev. dr. ULB* 1990, 11, nr. 16; Y.-H. LELEU, "Le nom et les prénoms de l'enfant", in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, vol. II, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 277, nrs. 49-54; P. SENAEVE, "Naar een nieuwe, partiële hervorming van het afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 257, nr. 558; A.-C. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé", (noot onder Arbitragehof 19 mei 1993 en 14 juli 1994), *J.T.* 1995, 701, nr. 3.

19 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0338/001, Wetsvoorstel tot opheffing van art. 335, § 3, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (Chastel en Marghem).

476. De opheffing heeft onmiddellijke werking. Het aanknopingspunt is het ogenblik waarop akte wordt genomen van de verklaring tot toekenning van vadersnaam. De akte kan dus, binnen de grenzen van artikel 335, § 3, 1ste en nieuw 2de lid B.W., ook worden opgesteld met betrekking tot kinderen van wie de *a patre* overspelige afstamming vóór 1 juli 2007 is komen vast te staan.

477. In het wetsvoorstel was geen sprake van de opheffing van de *eerste uitzondering*. Die uitzondering was ook nog niet aan het oordeel van het Arbitragehof voorgelegd. Nochtans was de rechtsleer van oordeel dat zij even discriminerend was als de tweede uitzondering, zodat zij moest worden opgeheven.[20] *A patre* overspelige kinderen werden *enerzijds* immers op basis van hun geboorte buiten het huwelijk verschillend behandeld van andere kinderen wier vaderlijke afstamming bij de geboorte vaststaat. *Anderzijds* werden kinderen wier overspelige vaderlijke afstamming bij de geboorte vaststaat, verschillend behandeld van kinderen wier overspelige vaderlijke afstamming pas later komt vast te staan. Dit was althans zo als men oud artikel 335, § 3, 2de lid B.W. niet van toepassing achtte op de overspelige kinderen bedoeld in artikel 335, § 1 B.W.[21]

In de loop van de besprekingen in de subcommissie familierecht is daarom met succes voorgesteld het laatste zinsdeel van artikel 335, § 1 B.W. te schrappen, zodat aan elk kind van wie de vaderlijke afstamming bij de geboorte vaststaat, vadersnaam wordt toegekend.[22]

478. VAN GERVEN geeft het recht op naam als voorbeeld van een voortdurende verhouding van staat op de rechtsgevolgen waarvan de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is. De wijziging is daarom ook van toepassing op kinderen geboren vóór 1 juli 2007. Die kinderen kunnen aanspraak maken op vadersnaam.[23] De wetgever heeft niet gere-

---

20 C. AERTS, "Naamrecht en Arbitragehof", *NjW* 2006, 392, nr. 2; J. DE GAVRE, "Le principe d'égalité dans le droit de la filiation : limites, exceptions et contrôle", *Rev. dr. ULB* 1990, 11, nr. 13; P. SENAEVE, "Naar een nieuwe, partiële hervorming van het afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 257, nr. 558.

21 C. AERTS, "Naamrecht en Arbitragehof", *NjW* 2006, 392, nr. 3.

22 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 70.

23 W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Inleiding tot het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, nr. 24. Zie ook J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 321, nr. 455 en 506.

geld op welke wijze die aanspraak kan worden uitgeoefend. Voor meerderjarigen moet de nieuwe regeling grondwetsconform naar analogie van het nieuwe artikel 335, § 4 B.W. worden toegepast, zodat zij zelf een verklaring tot wijziging van de familienaam moeten afleggen.[24] Voor minderjarigen volstaat wellicht een verklaring van één van de ouders, nu een gezamenlijke verklaring niet is vereist wanneer de vaderlijke afstamming van bij de geboorte vaststaat. Op de inspraakmogelijkheid van het minderjarige kind, ga ik kort in onder punt C.

B. De wijziging van moedersnaam naar vadersnaam (art. 335, § 3, 2de lid B.W.)

479. In het nieuwe artikel 335, § 3, 2de lid B.W. (oud 3de lid) is m.i. een ongelukkige aanpassing aangebracht. Zoals vermeld, behoudt het kind in principe moedersnaam als de vaderlijke afstamming na de moederlijke wordt vastgesteld. Beide ouders, of de enige overlevende ouder, kunnen dan wel voor de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren te kiezen voor een wijziging naar vadersnaam (art. 335, § 3, 1ste lid B.W.). Deze verklaring moet worden afgelegd binnen het jaar[25] vanaf de dag waarop zij de vaststelling van de vaderlijke afstamming hebben vernomen. Bovendien moet de verklaring hoe dan ook worden gedaan vóór de meerderjarigheid of ontvoogding van het kind (art. 335, § 3, 2de lid B.W.).

Bij die regeling zijn de nodige bedenkingen te maken, bv. wat betreft de afwezigheid van *automatische* toekenning van vadersnaam[26], het *vetorecht van de moeder*[27] en de verplichting de verklaring te doen *vóór de*

---

24 Zie immers Arbitragehof nr. 171/2005, 23 november 2005, *R.W.* 2005-06, 1536, noot C. AERTS, "Kan een meerderjarige aanspraak maken op behoud van zijn naam bij wijziging van zijn afstamming?".

25 Die termijn is tijdens de parlementaire voorbereiding niet verantwoord. Zie J. SOSSON, "L'article 335, § 3, du Code civil : une disposition légale problematique", (noot onder Rb. Antwerpen 8 april 1992), *J.T.* 1993, 189, nr. 2.

26 A.-C. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé", (noot onder Arbitragehof 19 mei 1993 en 14 juli 1994), *J.T.* 1995, 701, nr. 4.
Zie echter Arbitragehof nr. 64/96, 7 november 1996, www.grondwettelijkhof.be; *J. dr. jeun.* 1997, 293, noot A. JONCKHEERE en nr. 68/97, 6 november 1997, www.grondwettelijkhof.be.

27 C. AERTS, "Naamrecht en Arbitragehof", *NjW* 2006, 392, nr. 19 en 20; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 196; A.-C. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé", (noot onder Arbitragehof 19 mei 1993 en 14 juli 1994), *J.T.* 1995, 701, nr. 5.
Zie echter Arbitragehof nr. 64/96, 7 november 1996, www.grondwettelijkhof.be; *J. dr. jeun.* 1997, 293, noot A. JONCKHEERE en nr. 68/97, 6 november 1997, www.grondwet-

ontvoogding of meerderjarigheid van het kind.[28] Aangezien het Arbitragehof geen van die punten als discriminerend heeft aangemerkt, werden ze ongewijzigd behouden.

480. Onder de Afstammingswet 1987 bestond wel betwisting over het aanvangspunt van de termijn van één jaar om de verklaring af te leggen, ingeval het kind door een overspelige man was erkend. Naar luid van oud artikel 319*bis*, 3de lid B.W. werd die erkenning pas *definitief* vanaf de inschrijving van het vonnis van homologatie van de erkenning in de akte van erkenning. Kon de termijn dan vanaf de erkenning zelf beginnen lopen? In navolging van de rechtsleer[29] oordeelde het Hof van Cassatie dat dit niet het geval was. Aangezien de erkenning pas definitief wordt door de randmelding, kon de eenjarige termijn pas daags nadien beginnen lopen.[30]

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd voorgesteld artikel 335, § 3, nieuw 2de lid B.W. dienovereenkomstig aan te passen.[31] De wetgever verloor daarbij m.i. de draagwijdte uit het oog van de wijzigingen die aan artikel 319*bis* B.W. werden aangebracht.[32] De overspelige vaderlijke erkenning moet voortaan niet meer worden gehomologeerd opdat zij definitief zou worden. De erkenning is meteen definitief en moet

---

telijkhof.be. Goedkeurend over die arresten: C. AERTS, "Naamrecht en Arbitragehof", *NjW* 2006, 392, nr. 20: Y.-H. LELEU, "Le nom et les prénoms de l'enfant", in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, vol. II, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 277, nrs. 40-44.

28 Zeker in het licht van het nieuwe art. 335, § 4 B.W., dat enkel de *meerderjarige* en niet de *ontvoogde* kinderen betreft.
C. AERTS, "Naamrecht en Arbitragehof", *NjW* 2006, 392, nr. 19 en 22; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 200; J. SOSSON, "L'article 335, § 3, du Code civil: une disposition légale problematique", (noot onder Rb. Antwerpen 8 april 1992), *J.T.* 1993, 189, nr. 2.
Zie echter Arbitragehof nr. 65/94, 14 juli 1994, *J.L.M.B.* 1995, 170, noot D. PIRE, "A propos des arrêts de la Cour d'arbitrage en matière de filiation et de leurs effets, lorsqu'ils sont rendus sur questions préjudicielles", *J.T.* 1995, 701, noot A.-C. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé", *R.W.* 1994-95, 668, *T.B.B.R.* 1996, 209, noot A. DE WOLF, "Verklaring tot naamswijziging van een buitenhuwelijks kind: ook na de meerderjarigheid?". Voorts goedkeurend over dit arrest Y.-H. LELEU, "Le nom et les prénoms de l'enfant", in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, vol. II, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 277, nr. 46.

29 Bv. J. SOSSON, "L'article 335, § 3, du Code civil: une disposition légale problematique", (noot onder Rb. Antwerpen 8 april 1992), *J.T.* 1993, 189, nr. 4.

30 Cass. 10 februari 2000, *R.W.* 2000-01, 1527.

31 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 72-73.

32 Zie mijn advies in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 92.

enkel met het oog op de tegenwerpelijkheid ter kennis worden gebracht of betekend aan de bedrogen echtgenoot of echtgenote. Bijgevolg kan de eenjarige termijn beginnen lopen vanaf de erkenning zelf. De wetgever heeft echter op basis van het genoemde cassatiearrest artikel 335, § 3, nieuw 2de lid B.W. in die zin aangepast dat de termijn maar aanvangt daags na de kennisgeving of betekening van de erkenning. De verklaring kan wel al voordien worden gedaan.[33]

De nieuwe regeling stelt *enerzijds* een verschillende behandeling in van ouders van *a patre* overspelige kinderen, naargelang de vaderlijke afstamming door erkenning dan wel gerechtelijk wordt vastgesteld. In het tweede geval vormt de betekening van de beslissing aan de bedrogen echtgenoot of echtgenote (art. 322, 2de lid B.W.) immers niet het aanknopingspunt voor de eenjarige termijn. In de Circulaire wordt dit knelpunt niet uitgeklaard. *Anderzijds* wordt een verschillende behandeling ingesteld naargelang de erkenning al dan niet een overspelig kind betreft, hoewel de erkenning in beide gevallen op hetzelfde ogenblik definitief wordt. De nieuwe bepaling staat met andere woorden op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel.

481. Wat betreft de overgangsrechtelijke regeling, kan worden verwezen naar de bespreking van artikel 319*bis*, 2de lid B.W.[34]

C. Weerslag van de vaststelling van afstammingsbanden van een meerderjarig kind op zijn naam (art. 335, § 4 B.W.)

482. De familienaam heeft als dubbele functie *enerzijds* de familiebanden aan te duiden en *anderzijds* een individu te identificeren in het rechtsverkeer.[35] In verband met die laatste functie moet de familienaam stabieler zijn voor meerderjarigen, die zelf en zelfstandig in het rechtsverkeer optreden.

Het Arbitragehof heeft die stelregel onder de Afstammingswet 1987 als volgt toegepast in verband met artikel 335 B.W. Staat de vaderlijke afstamming vast bij de geboorte, dan krijgt het kind vadersnaam (art. 335, § 1 B.W.). Staat die afstamming niet vast, dan krijgt het kind moedersnaam (als de moeder bekend is) (art. 335, § 2 B.W.). Wordt de

33 Circulaire, p. 29210.
34 *Supra* nrs. 320-321.
35 C. AERTS, "Naamrecht en Arbitragehof", *NjW* 2006, 392, nr. 12.

vaderlijke afstamming die vaststond bij de geboorte nadien met succes betwist, dan wordt de familienaam van het kind met toepassing van die regels van rechtswege van vadersnaam naar moedersnaam gewijzigd. In arrest nr. 171/2005 oordeelde het Arbitragehof dat dit automatisme onevenredige gevolgen heeft als het kind intussen meerderjarig is.[36] Dat kind moet, als beste beoordelaar van zijn belangen, enige inspraak krijgen.[37]

Tijdens de bespreking in de Senaat[38] is in overeenstemming met dit arrest een 4de paragraaf aan artikel 335 B.W. toegevoegd. Als de afstammingsbanden van het kind na zijn meerderjarigheid worden vastgesteld, mag zonder zijn akkoord geen enkele wijziging aan zijn familienaam worden aangebracht. In de Circulaire wordt aanbevolen een schriftelijk document houdende het akkoord van de betrokkene op te maken.[39]

Een voorstel om ook de ontvoogde minderjarige een vetorecht toe te kennen (vgl. art. 335, § 3, nieuw 2de lid B.W.)[40], is niet aangehouden. Evenmin is eraan gedacht de inspraakmogelijkheden, zoals elders in het nieuwe afstammingsrecht, af te stemmen op het adoptierecht. Daar komt aan de minderjarige vanaf twaalf jaar inspraak toe. Het behoud van de oorspronkelijke familienaam is evenwel enkel mogelijk voor meerderjarige gewoon geadopteerden (art. 353-3 B.W.). Artikel 335, § 4 B.W. is daarom wellicht niet discriminerend.

---

36 Arbitragehof nr. 171/2005, 23 november 2005, *R.W.* 2005-06, 1536, kritische noot C. AERTS, "Kan een meerderjarige aanspraak maken op behoud van zijn naam bij wijziging van zijn afstamming?".

37 Zie immers Arbitragehof nr. 65/94, 14 juli 1994, *J.L.M.B.* 1995, 170, noot D. PIRE, "A propos des arrêts de la Cour d'arbitrage en matière de filiation et de leurs effets, lorsqu'ils sont rendus sur questions préjudicielles", *J.T.* 1995, 701, noot A.-C. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé", *R.W.* 1994-95, 668, *T.B.B.R.* 1996, 209, noot A. DE WOLF, "Verklaring tot naamswijziging van een buitenhuwelijks kind: ook na de meerderjarigheid?".

38 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/007, Verslag namens de commissie voor de justitie, 27-28 en 55-56.

39 Circulaire, p. 29210.

40 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1403/003, Amendement nr. 13 (Nyssens).

§ 5. VRUCHTGEBRUIK VAN DE LANGSTLEVENDE ECHTGENOOT IN SAMENLOOP MET OVERSPELIGE KINDEREN (OUD ART. 745*QUATER*, § 1, 2DE LID B.W.)

A. Regeling

483. Waar het erfrecht van overspelige kinderen door de Afstammingswet 1987 *kwantitatief* was gelijkgesteld met dat van de andere kinderen, bleef toch een aantal *kwalitatieve* verschillen bestaan. Die zijn nu grotendeels afgeschaft.

Eén van de verschillen betrof het *initiatiefrecht tot omzetting van het vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot*, dat niet kon uitgaan van overspelige kinderen (oud art. 745*quater*, § 1, 2de lid B.W.), maar wel van alle andere, ook niet-huwelijkse, kinderen van de overledene.

Als verantwoording daarvoor was aangevoerd dat de bedrogen langstlevende echtgenoot niet mocht worden bedreigd in het genot van goederen waarmee hij een gevoelsband had[41] en het overspelige kind per hypothese niet (cf. oud art. 334*bis* B.W.).

Nochtans werd die doelstelling niet bereikt. Zo kon het initiatief voor de omzetting worden genomen door stiefkinderen die niet in de gezinswoning waren opgevoed en niet door overspelige kinderen die wel in die woning waren opgevoed. [42] Door het initiatiefrecht aan overspelige kinderen te ontzeggen, dwong de wetgever hen én de overlevende echtgenoot overigens in een weinig comfortabele '*cohabitation*'.[43]

484. Niet enkel de kwantitatieve maar ook de kwalitatieve erfaanspraken vallen onder de bescherming van het E.V.R.M.[44] Meer bepaald kan een kwalitatief verschillende behandeling in verband met kwantitatief gelijke erfaanspraken in een opengevallen nalatenschap in vraag worden gesteld met een beroep op artikel 14 E.V.R.M. *jo.* artikel 1, 1ste lid, Eerste Protocol, dat het recht op eigendom beschermt.

---

41 Doorgaans de voornaamste gezinswoning en het huisraad: art. 915*bis*, § 2, 1ste lid B.W.

42 W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Universitaire Pers Leuven, 2002, nr. 1282.

43 J. DE GAVRE, "Le principe d'égalité dans le droit de la filiation : limites, exceptions et contrôle", *Rev. dr. ULB* 1990, 11, nr. 19. Zie ook Arbitragehof nr. 52/2007, 28 maart 2007, www.grondwettelijkhof.be, r.o. B.7.

44 Hof Mensenrechten 28 oktober 1987, Inze t. Oostenrijk, www.echr.coe.int.

De rechtsleer was daarom op basis van de genoemde ontoereikende verantwoording overwegend van oordeel dat oud artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. de genoemde bepalingen schond, bij gebreke van redelijke verhouding tussen een wettig doel en de aangewende middelen.[45]

485. De verenigbaarheid van artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel werd ook aan het Arbitragehof voorgelegd. Nu "de controle door het Hof strikter (is) wanneer het fundamentele beginsel van gelijkheid op grond van de geboorte in het geding is" [46], besloot het Hof logischerwijze dat artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. het gelijkheidsbeginsel schond.[47]

De morele belangen van de bedrogen echtgenoot wegen enerzijds niet op tegen de bestraffing van één categorie van erfgenamen die zelf geen schuld treft en die anderzijds in een mogelijks conflictueuze '*cohabitation*' wordt gedwongen.

Ten andere worden de morele belangen van elke overlevende echtgenoot voldoende beschermd door zijn vetorecht tegen de omzetting van het vruchtgebruik op de voornaamste gezinswoning, dat tegen elke erfgenaam kan worden uitgeoefend.

486. Artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. is opgeheven door artikel 24 Afstammingswet 2006, op basis van een voorstel daartoe in het wetsvoorstel.[48]

Het initiatiefrecht tot omzetting van het vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot komt bijgevolg met ingang van 1 juli 2007 (zie verder) toe aan alle kinderen van de erflater.

---

45 Zie de genuanceerde analyse bij M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2e uitg., 1996, nr. 96. Voorts J. DE GAVRE, "Le principe d'égalité dans le droit de la filiation: limites, exceptions et contrôle", *Rev. dr. ULB* 1990, 11, nr. 19; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 193; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Universitaire Pers Leuven, 2002, nr. 1282; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE, N. GEELHAND en I. VERHAERT, "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen 1996-2004", *T.P.R.* 2005, 449, nr. 90 e.v., i.h.b. 98-99.

46 Arbitragehof nr. 52/2007, 28 maart 2007, www.grondwettelijkhof.be, r.o. B.4 en eerder Arbitragehof nr. 140/2004, 22 juli 2004, *NjW* 2005, 126, noot GV, *T. Not.* 2004, 36, noot R. EEMAN, "Artikel 1465 B.W. beschermt alle stiefkinderen".

47 Arbitragehof nr. 52/2007, 28 maart 2007, www.grondwettelijkhof.be.

48 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 12.

487. Bepaalde auteurs zijn van oordeel dat het initiatiefrecht door de erflater aan de kinderen kan worden ontnomen bij testament, zij het binnen de grenzen van artikel 745*quinquies*, § 2, 2e lid B.W. (zie verder).[49] Dit geeft erflaters onder de nieuwe wet echter geen vrijbrief om een testamentaire beschikking met de inhoud van oud artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. te nemen. De indirecte werking van de mensenrechten kan tot gevolg hebben dat een dergelijke beschikking ongeldig zou zijn.[50]

Volgens andere auteurs behoort het initiatiefrecht tot omzetting van het vruchtgebruik hoe dan ook tot de reservebescherming, zodat het nooit aan de kinderen kan worden ontnomen buiten het beschikbare deel.[51]

B. Overgangsregeling

488. Over het temporele toepassingsgebied van artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. kunnen, bij gebreke van overgangsbepalingen, twee stellingen worden ingenomen. De problematiek van de temporele werking is erg vergelijkbaar met de vragen die in 1981 rezen na de invoering van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot.[52]

489. Volgens een *eerste strekking* wordt het initiatiefrecht voor de omzetting, als definitief ontstane rechtstoestand, beheerst door de wet die van toepassing was op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap. Op dat ogenblik zouden inderdaad niet enkel de orde van de erfopvolging[53], maar ook kwantitatieve en kwalitatieve gerechtigdheden van de erfgenamen[54], definitief worden vastgelegd. Tot die gerech-

---

49 A. VASTERSAVENDTS, *Comm. Erf.*, Art. 745quater B.W., 6.

50 Hof Mensenrechten 13 juli 2004, Pla en Puncernau t. Andorra, www.echr.coe.int. Zie nochtans de bedenkingen van N. VAN LEUVEN in haar weergave van dit arrest in *R.W.* 2005-06, 1158, nr. 7.

51 Zie de analyse bij M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2e uitg., 1996, nr. 104 en de verwijzingen aldaar.

52 Voor een samenvatting van de algemene regels in deze context H. CASMAN en A. VASTERSAVENDTS, *De langstlevende echtgenote*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nr. 573; M. PUELINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *T.P.R.* 1981, 593, nr. 158.

53 H. DE PAGE, *Traité*, t. I, Brussel, Bruylant, 3e uitg., 1961, nr. 231*bis* en 232; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Inleiding tot het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, nr. 23.

54 M. PUELINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *T.P.R.* 1981, 593, nr. 159.

tigdheden zouden ook de aard en omvang van het vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot behoren.[55] Alle verdelings- en vereffeningsverrichtingen zijn niet meer dan loutere gevolgtrekkingen van een vaststaande rechtstoestand[56], die niet meer mag worden beïnvloed door de nieuwe wet. Het initiatiefrecht voor de omzetting van het vruchtgebruik in nalatenschappen opengevallen vóór 1 juli 2007, zou dus beheerst blijven door artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. Dit neemt niet weg dat het initiatiefrecht voor de omzetting op basis van arrest nr. 52/2007 van het Arbitragehof zal kunnen worden opgeëist door de overspelige kinderen.

490. Volgens een *tweede strekking* wordt het initiatiefrecht voor de omzetting beheerst door de wet die van toepassing is op het ogenblik van de uitoefening ervan. De nieuwe regels over de vereffening-verdeling, die enkel de rechtsgevolgen en niet de ontstane rechtstoestand betreffen, zijn namelijk onmiddellijk van toepassing, ook met betrekking tot voordien opengevallen nalatenschappen.[57] Op grond van deze strekking zou het initiatiefrecht voor de omzetting onder de vereffenings- en verdelingsregels vallen.[58]

Met toepassing van deze tweede strekking geldt de opheffing van artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. dus ook voor het vruchtgebruik van de langstlevende op grond van een nalatenschap die vóór 1 juli 2007 is opengevallen.

491. Samengevat is de centrale vraag of het initiatiefrecht voor de omzetting wordt aangeknoopt bij het ontstaan van de rechtstoestand dan wel bij de rechtsgevolgen ervan. Bij evenwaardige interpretatiemogelijkheden geeft men best de voorkeur aan de tweede, verdrags- en grondwetsconforme, strekking.

---

55 H. CASMAN en A. VASTERSAVENDTS, *De langstlevende echtgenote*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nr. 579; M. PUELINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *T.P.R.* 1981, 593, nr. 159-160; E. VAN HOVE, "Het overgangsrecht in verband met het erfrecht van de langstlevende echtgenoot", *T. Not.* 1981, 193, 194.

56 R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, I, Brussel, Bruylant, 2e uitg., 1972, nr. 19, a); M. PUELINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *T.P.R.* 1981, 593, nr. 159; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Inleiding tot het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, nr. 23.

57 H. DE PAGE, *Traité*, t. I, Brussel, Bruylant, 3e uitg., 1961, nr. 232.

58 *Afkeurend*: M. PUELINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *T.P.R.* 1981, 593, nr. 160 en de verwijzingen aldaar.

§ 6. VRUCHTGEBRUIK VAN DE LANGSTLEVENDE ECHTGENOOT IN SAMENLOOP MET STIEFKINDEREN (ART. 745*QUINQUIES*, § 2, 1STE LID B.W.)

492. Het *ongewijzigde* artikel 745*quinquies* B.W. bevat een dubbele bescherming van stiefkinderen in verband met het vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot. *Enerzijds* kan het initiatiefrecht voor de omzetting niet worden ontnomen aan "afstammelingen uit een vorig huwelijk van de vooroverleden echtgenoot" (art. 745*quinquies*, § 2, 1ste lid B.W.). Zo men ervan uitgaat dat het initiatiefrecht hoe dan ook tot de reservebescherming behoort[59], heeft deze bepaling slechts een beperkte draagwijdte. *Anderzijds* wordt de langstlevende echtgenoot geacht minstens twintig jaar ouder te zijn dan de oudste afstammeling "uit een vorig huwelijk" (art. 745*quinquies*, § 3 B.W.).

In deze bepaling wordt bijgevolg op twee punten een verschillende behandeling ingesteld op basis van de geboorte binnen of buiten een vorig huwelijk. De draagwijdte van deze verschillende behandeling is vergelijkbaar met deze bedoeld in artikel 1465 B.W.[60]; ik behandel ze daar (*infra*, § 8.).

§ 7. UITSLUITING VAN OVERSPELIGE KINDEREN UIT DE VERDELING IN NATURA VAN DE NALATENSCHAP (OUD ART. 837 B.W.)

A. Regeling

493. Een tweede *kwalitatief verschillende erfaanspraak* van overspelige kinderen, naast oud artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W., was ingesteld door oud artikel 837 B.W.[61]

Naar luid van die bepaling konden overspelige kinderen op verzoek van de langstlevende echtgenoot of van de huwelijkse afstammelingen uit de verdeling in natura van de nalatenschap worden gesloten.

---

59 M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2e uitg., 1996, nr. 104 en hierboven nr. 23.

60 K. BOONE, *Comm. Pers.*, Art. 1458, 1464 en 1465 B.W., nr. 21; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 204. *Anders*: A. VASTERSAVENDTS, *Comm. Erf.*, Art. 745quinquies B.W., p. 7.

61 F. SWENNEN, *Comm. Erf.*, art. 837.

Als verantwoording werd daarvoor gegeven dat het "wettige gezin" moest worden beschermd tegen aanspraken van overspelige kinderen op erfgoederen, waarmee zij per hypothese geen band hadden.[62] Om die reden was de uitsluiting niet mogelijk van overspelige kinderen die in de echtelijke verblijfplaats waren opgevoed (oud art. 334*bis* B.W.).

Nochtans werd die doelstelling niet bereikt, bv. doordat stiefkinderen niet van de verdeling *in natura* konden worden uitgesloten en overspelige kinderen wel van de verdeling *in natura* van het onroerend goed waar ze eventueel met de erflater woonden. Wellicht zijn er betere criteria voor de verdeling van de erfgoederen dan de geboorte binnen of buiten het huwelijk.[63]

494. Daarom rezen tegen oud artikel 837 B.W. dezelfde bezwaren vanuit verdragsrechtelijk oogpunt als tegen artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. (*supra* nr. 484). In de rechtsleer werd terecht betwijfeld of voor oud artikel 837 B.W. een redelijke verhouding bestond tussen een wettig doel en de aangewende middelen.[64] De gevolgen van de bepaling werden als onevenredig beschouwd. De bepaling stond dan ook op gespannen voet met artikel 14 E.V.R.M. *jo.* artikel 8 E.V.R.M. dan wel artikel 1, 1ste lid, Eerste Protocol.[65]

Het Arbitragehof had zich nog niet over deze bepaling te buigen. De nodige besluiten waren wel af te leiden uit het besproken arrest nr. 52/2007 met betrekking tot artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W.

495. Oud artikel 837 B.W. is daarom opgeheven door artikel 24 Afstammingswet 2006, wegens de verschillende behandeling van overspelige kinderen die de bepaling instelde.[66] Er bestaan overigens geen gepubliceerde toepassingen van deze bepaling.

---

62 Y.-H. LELEU, "La réduction et le rapport en valeur. Réflexions critiques en vue d'une réforme législative", in K.F.B.N. (ed.), *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld*, t. II, Brussel, Bruylant, 1997, 213, nr. 21-22.

63 Zie de uitgebreide en genuanceerde analyse bij M. COENE, *Comm. Erf.*, Art. 837 B.W., nr. 15 e.v.

64 *Ibid.*, nr. 20; G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 193; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2e uitg., 1996, nr. 175;. J. DE GAVRE, "Le principe d'égalité dans le droit de la filiation : limites, exceptions et contrôle", *Rev. dr. ULB* 1990, 11, nr. 18 scheen geen bezwaren te maken tegen de bepaling.

65 Zie over het onderscheid M. COENE, *Comm. Erf.*, Art. 837 B.W., nr. 17 en 18.

66 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/001, Toelichting, 12.

B. Overgangsregeling

496. Op overgangsrechtelijk vlak rijzen dezelfde vragen als bij de opheffing van artikel 745*quater*, § 1, 2de lid B.W. (*supra* nrs. 488-491).

Knoopt men oud artikel 837 B.W. *enerzijds* aan bij de *erfaanspraken* die definitief ontstaan bij het openvallen van de nalatenschap, dan is de nieuwe regeling enkel van toepassing op nalatenschappen opengevallen na 1 juli 2007. In dat geval kunnen overspelige kinderen tegen de uitsluiting van de verdeling *in natura* opkomen met een beroep op het E.V.R.M. of het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.

Knoopt men *anderzijds* oud artikel 837 B.W. aan bij de *verdelingsverrichtingen*, dan is de nieuwe regeling van toepassing op alle nog niet verdeelde nalatenschappen, ook al zijn die vóór 1 juli 2007 opengevallen. Hierbij mag artikel 828 B.W. niet uit het oog worden verloren.

Ook hier moet de voorkeur gaan naar de tweede, Verdrags- en Grondwetsconforme, strekking.

§ 8. HUWELIJKSVOORDELEN IN SAMENLOOP MET NIET-GEMEENSCHAPPELIJKE KINDEREN (ART. 1465 B.W.)

497. Een laatste verschillende behandeling op grond van (het tijdstip van[67]) geboorte binnen of buiten het huwelijk van de erflater is niet in de Afstammingswet 2006[68], maar pas bij Wet van 10 mei 2007 verholpen.

Naar luid van het oude artikel 1465 B.W. (*jo.* art. 295 B.W.) kregen huwelijksvoordelen ten voordele van de langstlevende echtgenoot slechts beperkt uitwerking als er "kinderen zijn uit een vroeger huwelijk" van de vooroverleden echtgenoot.[69]

De interpretaties van die bepaling konden in twee strekkingen worden samengevat.[70]

---

67 In deze zin M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2e uitg., 1996, nr. 254-255, p. 327.

68 Zie ook D. PIGNOLET, "Het nieuw afstammingsrecht", *T. Not.* 2007, 56, nr. 22.

69 Zie voor een recente bespreking: K. BOONE, *Comm. Pers.*, Art. 1458, 1464 en 1465 B.W., nr. 22 e.v.

70 W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Universitaire Pers Leuven, 2002, nr. 546 en W. PINTENS, "Familiaal vermogensbeheer in recente nationale en internationale rechtspraak", in W. PINTENS en J. DU MONGH (eds.), *Familiaal vermogensbeheer*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1, nr. 10 geven alle verschillende strekkingen weer.

498. Volgens een *eerste strekking* had artikel 1465 B.W. als doelstelling de kinderen te beschermen tegen een *nieuw* huwelijk(scontract) waarin goederen van hun ouder worden toebedeeld aan de stiefouder, omdat zij immers geen erfgenamen zijn van die stiefouder. Aan de *verworven eventuele erfaanspraken van de kinderen* op het ogenblik van de opstelling van het huwelijkscontract mag met andere woorden geen afbreuk meer worden gedaan.[71]

In overeenstemming met die doelstelling werd artikel 1465 B.W. aldus geïnterpreteerd dat het van toepassing is op *alle kinderen* van de vooroverledene die *vóór het huwelijk(scontract)* waren geboren of geadopteerd.[72]

De uitbreiding tot voorhuwelijkse adoptiekinderen door de vooroverledene alleen geadopteerd, werd aanvaard op grond van een cassatiearrest van 27 oktober 1961.[73]

Vervolgens heeft het Arbitragehof artikel 1465 B.W. enkel als grondwetsconform beschouwd in de interpretatie dat het ook van toepassing is op buitenhuwelijkse kinderen, *geboren* vóór het huwelijk(scontract). Die kinderen mogen niet worden benadeeld omdat hun ouders niet voor het huwelijk kozen. Het is niet duidelijk of volstond dat de kinderen vóór het huwelijk(scontract) zijn *geboren*, dan wel dat ook de *afstamming moet zijn vastgesteld* vóór het huwelijk(scontract).[74]

Nu artikel 1465 B.W. volgens deze strekking enkel de bescherming van verworven erfaanspraken van stiefkinderen beoogde, zou de bepaling *niet* van toepassing zijn op kinderen van de vooroverledene die *tijdens het huwelijk* (of ná het huwelijkscontract) worden geboren of geadop-

---

71 J. DU MONGH en C. DECLERCK, "Actualia familiaal vermogensrecht *capita selecta*", in *C.B.R. Jaarboek 2004-2005,* Antwerpen, Maklu, 2005, 109, 126; R. EEMAN, "Artikel 1465 B.W. beschermt alle stiefkinderen", (noot onder Arbitragehof 22 juli 2004), *T. Not.* 2004, 642, 643-644.

72 Bv. G. MAHIEU en D. PIRE, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 204, a).

73 Cass. 27 oktober 1961, *Pas.* 1962, I, 22.

74 K. BOONE, *Comm. Pers.*, Art. 1458, 1464 en 1465 B.W., nr. 25 en 27.
In de zin van de tweede interpretatie: J. DU MONGH en C. DECLERCK, "Actualia familiaal vermogensrecht *capita selecta*", in *C.B.R. Jaarboek 2004-2005,* Antwerpen, Maklu, 2005, 109, 126; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2e uitg., 1996, nr. 254-255, p. 324; A. SIBIET, "Bescherming van kinderen bij tweede huwelijk. Artikel 1465 B.W.: renovatiewerken gewenst", *NjW* 2005, 110, nr. 31 (die voor deze stelling evenwel onterecht verwijst naar W. PINTENS, "Familiaal vermogensbeheer in recente nationale en internationale rechtspraak", in W. PINTENS en J. DU MONGH (eds.), *Familiaal vermogensbeheer*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1, nr. 10); A. WYLLEMAN, "Huwelijkse voorwaarden bij hersamengestelde gezinnen", in K.F.B.N. (ed.), *Familie op maat*, Mechelen, Kluwer, 2005, 315, 321-322.

teerd[75], en met name niet op *overspelige kinderen*.[76] Aan de *verworven eventuele aanspraken van de langstlevende echtgenoot* mag in dit geval geen afbreuk meer worden gedaan.[77]

499. Volgens een *tweede strekking* wegen de eventuele erfaanspraken van de langstlevende echtgenoot niet op tegen het fundamentele beginsel van de gelijkheid van alle kinderen. Volgens deze strekking had artikel 1465 B.W. als doelstelling: de bescherming van *alle kinderen* van de vooroverledene *die geen erfgenaam zijn van de langstlevende*. Bijgevolg moest artikel 1465 B.W. in die zin worden geïnterpreteerd dat het ook van toepassing was op kinderen die *tijdens* het huwelijk of ná het huwelijkscontract worden geboren of geadopteerd door de vooroverledene alleen, met inbegrip van *overspelige kinderen*.[78] De bepaling zou enkel niet van toepassing zijn op *gemeenschappelijke (voorhuwelijkse) kinderen*.[79] Dat is ook de strekking van het Franse artikel 1527 *C. civ.*[80], zoals aangepast na het arrest-Mazurek. [81]

Ten andere hebben kinderen (verwekt,) geboren of geadopteerd tijdens het huwelijk hoe dan ook erfaanspraken ten nadele van de langstlevende, zodat moeilijk valt in te zien waarom deze niet erfrechtelijk maar wel huwelijksvermogensrechtelijk tegen die stiefkinderen zou worden beschermd.[82]

---

75 Zie nochtans in verband met adoptiekinderen: W. PINTENS, "Familiaal vermogensbeheer in recente nationale en internationale rechtspraak", in W. PINTENS en J. DU MONGH (eds.), *Familiaal Vermogensbeheer*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1, nr. 10, p. 13.

76 A. SIBIET, "Bescherming van kinderen bij tweede huwelijk. Artikel 1465 B.W.: renovatiewerken gewenst", *NjW* 2005, 110, nr. 35.

77 M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2e uitg., 1996, nr. 254-255, p. 325.

78 C. DE WULF, "De wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en het patrimoniaal familierecht", *R.W.* 1987-88, 273, 284-285; W. PINTENS, "Familiaal vermogensbeheer in recente nationale en internationale rechtspraak", in W. PINTENS en J. DU MONGH (eds.), *Familiaal vermogensbeheer*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1, nr. 10, p. 13.

79 *Ibid.,* nr. 10, p. 14.

80 Art. 1527 C. civ.: "(...) Néanmoins, au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1, au titre «Des donations entre vifs et des testaments», sera sans effet pour tout l'excédent ; (…)".

81 Hof Mensenrechten 1 februari 2000, *R.W.* 2002-03, 232 (weergave P. LEMMENS); *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, 390, noot Y.-H. LELEU, "De l'arrêt Marckx à l'arrêt Mazurek, la longue marche des enfant adultérins".

82 C. DE WULF, "De wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en het patrimoniaal familierecht", *R.W.* 1987-88, 273, 284-285.

Voor deze tweede interpretatie zijn aanknopingspunten te vinden in arrest nr. 140/2004 van het Arbitragehof.[83] Daarin wordt eerst als algemene strekking van artikel 1465 B.W. genoemd: "de belangen van de kinderen van de overledene te beschermen, die immers geen wettelijke erfgenamen zijn van hun stiefouder". Deze regel wordt vervolgens enkel toegepast op kinderen geboren vóór het huwelijk, zonder andere categorieën van kinderen uit te sluiten. Bovendien wordt in het arrest ook verwezen naar de algemene regel van artikel 334 B.W.

500. De wetgever heeft de kwestie uiteindelijk terecht in de zin van de *tweede strekking* getrancheerd bij Wet van 10 mei 2007.[84] Voortaan is artikel 1465 B.W. (*jo.* art. 295 B.W.) van toepassing op alle *niet-gemeenschappelijke* kinderen. Daarmee zijn erfrecht en huwelijksvermogensrecht beter op elkaar afgestemd.

---

83 *Anders*: K. BOONE, *Comm. Pers.*, Art. 1458, 1464 en 1465 B.W., nr. 27.

84 Wet 10 mei 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van de erfrechtelijke bescherming van de buitenhuwelijkse kinderen, *B.S.* 3 augustus 2007.

HOOFDSTUK III.
DE VORDERING TOT UITKERING VOOR LEVENSONDERHOUD TEGEN DE VERMOEDELIJKE VERWEKKER

501. Ten slotte is artikel 337 B.W. in overeenstemming gebracht met arrest nr. 79/2004 van het Arbitragehof.[85]

Sinds de invoering ervan in 1908, moest de vordering tot uitkering voor levensonderhoud – waardoor de afstamming *niet* komt vast te staan – worden ingesteld binnen een vervaltermijn van drie jaar vanaf de geboorte of vanaf het staken van de hulp door de vermoedelijke verwekker verleend. Die korte termijn was ingegeven door de geringere betrouwbaarheid na verloop van tijd van getuigenissen, waarmee de geslachtsgemeenschap toen doorgaans werd bewezen of ontkend.

Door de Afstammingswet 1987 werd de regeling in het belang van het kind versoepeld, doordat de rechtbank de laattijdige vorderingen om gegronde redenen toch nog ontvankelijk kon verklaren. De rechter had een ruime beoordelingsbevoegdheid over de gegronde redenen, die niet mochten worden beperkt tot uitzonderlijke omstandigheden.[86]

Sinds de Afstammingswet 1987 kan het (tegen)bewijs van de geslachtsgemeenschap echter worden geleverd met alle wettelijke middelen (art. 338*bis* B.W.), zoals een DNA-test.[87] Doordat die bewijsmiddelen wel betrouwbaar blijven, is er geen verantwoording meer voor de korte vervaltermijn. Door de onzekere invulling van het begrip "gegronde redenen" volstaat de mogelijkheid om een laattijdige vordering in te stellen bovendien niet.[88]

---

85 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1353/001, Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 337, § 1, van het Burgerlijk Wetboek betreffende de door een kind ingestelde vordering tot uitkering voor levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding, om een door het Arbitragehof aangestipte discriminatie op te heffen (Courtois c.s.); *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/017, Amendement nr. 74 (Van der Auwera c.s.); *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 73-74.

86 Cass. 13 september 1990, *R.W.* 1990-91, 1087; *J.L.M.B.* 1990, 1237, noot C. PANIER, "La notion de 'justes motifs' dans l'article 337, paragraphe premier, nouveau, du Code civil".

87 Cass. 24 oktober 2002, *R.W.* 2004-05, 436.

88 Arbitragehof nr. 79/2004, 12 mei 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1660, noot N. BANNEUX, "Le délai d'action en réclamation d'une pension alimentaire non déclarative de filiation censuré par la Cour d'Arbitrage"; *NjW* 2004, 1202, noot G. VERSCHELDEN; *T.J.K.*

Daarom is elke termijn uit artikel 337, § 1 B.W. geschrapt. Deze afschaffing was al eerder in de rechtsleer voorgesteld, gelet op de mogelijke strijdigheid met het E.V.R.M.[89]

502. Zoals andere vorderingen tot levensonderhoud, kan de vordering tot uitkering voor levensonderhoud dus onbeperkt in de tijd worden ingesteld.

Wegens de kwalificatie als vordering tot levensonderhoud[90], moet nu[91] wel artikel 2277 B.W. van toepassing worden geacht.[92] De uitkering kan bijgevolg maar tot vijf jaar terug worden gevorderd. Deze verkorte verjaringstermijn geldt ook voor de invordering van achterstallen van onderhoudsgeld waartoe de onderhoudsplichtige werd veroordeeld. Op de veroordeling tot betaling van de opgelopen achterstallen is de verkorte verjaring niet van toepassing.[93]

SENAEVE had voorgesteld om de toekenning van de uitkering onmogelijk te maken voor een langere periode dan één jaar voorafgaand aan de instelling van de vordering.[94]

2005, 94, noot S. BROUWERS, "Over de termijn en andere oorzaken van verval van de alimentatievordering tegen de vermoedelijke verwekker".

89 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 337 B.W., nr. 7; K. TOBBACK, "De onderhoudsvordering tegen de verwekker", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 197, nrs. 420-422; P. SENAEVE, "Naar een nieuwe, partiële hervorming van het afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 257, nr. 456.

90 Arbitragehof nr. 79/2004, 12 mei 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1660, noot N. BANNEUX, "Le délai d'action en réclamation d'une pension alimentaire non déclarative de filiation censuré par la Cour d'Arbitrage"; *NjW* 2004, 1202, noot G. VERSCHELDEN; *T.J.K.* 2005, 94, noot S. BROUWERS, "Over de termijn en andere oorzaken van verval van de alimentatievordering tegen de vermoedelijke verwekker", r.o. B.4.

91 Onder de Afstammingswet 1987 was dit betwist: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 337 B.W., nr. 11; K. TOBBACK, "De onderhoudsvordering tegen de verwekker", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 197, nr. 419.

92 N. BANNEUX, "Le délai d'action en réclamation d'une pension alimentaire non déclarative de filiation censuré par la Cour d'arbitrage", (noot onder Arbitragehof 12 mei 2004), *J.L.M.B.* 2004, 40, nr. 10; M. DEMARET, "Le droit de la filiation réformé", *Rev. not. b.* 2007, 114, nr. 60; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, *Comm. Pers.*, Art. 337 B.W., nr. 8; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, nr. 675; N. MASSAGER, "La nouvelle loi sur la filiation", in D. PIRE (coord.), *Droit des familles*, Luik , Anthemis, 2007, 43, nr. 41 ; G. VERSCHELDEN, "Onderhoudsvordering tegen verwekker kan ook nog na drie jaar", *Juristenkrant* 2004, afl. 93, p. 5.

93 Cass. 7 maart 2003, *R.W.* 2004-05, 225, noot.

94 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-0597/024, Verslag namens de subcommissie familierecht, 113. Zie eerder P. SENAEVE, "Naar een nieuwe, partiële hervorming van het afstammings-

503. De nieuwe voorwaarden gelden onmiddellijk voor alle vorderingen die na 1 juli 2007 worden ingesteld. Het ogenblik van de instelling van de vordering is het relevante aanknopingspunt.

Belangrijker is dat nieuwe voorwaarden inzake verjaring of verval met toepassing van dezelfde regel ook van toepassing zijn op vorderingen die onder gelding van de oude wet nog niet waren verjaard of vervallen. Door de mogelijkheid om onbeperkt in de tijd laattijdige vorderingen tot uitkering voor levensonderhoud in te stellen, moet men aannemen dat die vorderingen niet konden vervallen. De voorwaarde om gegronde redenen aan te voeren, vervalt dus zonder meer. De vordering kan bijgevolg nog worden ingesteld door of namens het kind indien de vervaltermijn van drie jaar al was verstreken en er geen gegronde redenen aanwezig waren vóór 1 juli 2007.

recht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 257, nr. 546, waar hij een periode van drie jaar voorstelde.

DEEL VI.
DE AFSTAMMING NA MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING

Tim Wuyts

Aspirant F.W.O.-Vlaanderen
K.U.Leuven

INLEIDING

504. De wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten[1] (hierna: MBV-wet) werd op 15 maart 2007 in de Kamer aangenomen. Voordien bestonden er specifiek over deze materie slechts drie KB's[2] en twee wetten[3] die bepaalde randaspecten ervan behandelen.

505. Wat betreft de gevolgen op *afstammingsrechtelijk* vlak voegde de wet van 31 maart 1987 één bepaling toe aan het B.W. die bij de recente hervorming van het afstammingsrecht ongewijzigd is gebleven, nl. artikel 318, § 4 B.W. De wetgever was zich reeds in 1987 bewust van het feit dat belangrijke afstammingsrechtelijke vragen zouden rijzen i.v.m. voortplantingstechnieken, maar buiten voornoemde bepaling moesten deze vragen in de toekomst door een bijzondere wetgeving worden geregeld.[4] Gevolg daarvan was dat in afwachting van deze wetgeving alle principes uit het vigerende afstammingsrecht inzake de vaststelling en de betwisting van de afstamming (art. 312-333 B.W.) ook na medisch begeleide voortplanting moesten worden toegepast.[5]

506. De aanleiding tot deze wet was ditmaal geen schandaal of enige bijzonder onbillijke situatie.[6]

---

1 *B.S.* 17 juli 2007, 38575. Bij ontstentenis van een bepaling inzake de inwerkingtreding, is deze wet in werking getreden op de tiende dag na de bekendmaking, dus op 27 juli 2007.

2 Zie KB van 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden, *B.S.* 25 maart 1999; KB van 15 februari 1999 tot vaststelling van de programmatiecriteria die van toepassing zijn op het zorgprogramma "reproductieve geneeskunde", *B.S.* 25 maart 1999 en art. 74*bis* KB van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van ziekenhuizen, *B.S.* 30 mei 2002 zoals ingevoegd bij KB 4 juni 2003, *B.S.* 16 juni 2003, met ingang van 1 juli 2003. Laatstgenoemd KB regelt de terugbetaling van de laboratoriumkosten van een I.V.F.-behandeling.

3 Zie Wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, *B.S.* 28 mei 2003; Wet van 7 mei 2004 inzake de experimenten op de menselijke persoon, *B.S.* 18 mei 2004.

4 Zie *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, Verslag namens de commissie voor de Justitie, 55.

5 G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, E. Story-Scientia, 2004, p. 646, nr. 1183.

6 De minister oordeelde dat de praktijk in alle sereniteit (buiten emotie en dringendheid) met respect voor de essentiële verschillen die iedere mens kenmerken moest wor-

De Belgische fertiliteitscentra hebben een goede naam. Precies om reden van de vlekkeloze reputatie van deze centra werd primordiaal de vraag opgeworpen of België wel *nood* heeft aan dergelijke wetgeving.[7] Die vraag gaat terug tot eind de jaren '80[8] en werd uiteindelijk positief beantwoord.[9] De wetgever acht het belangrijk om met deze wet op een aantal fundamentele vraagstukken een antwoord te bieden[10] en alzo de praktijk inzake medisch begeleide voortplanting af te bakenen teneinde wantoestanden te voorkomen.[11]

De wet vormt het sluitstuk van jarenlange intensieve besprekingen over maatschappelijk en ethisch gevoelige vraagstukken die verband houden met medisch begeleide voortplanting.[12] Aan het Raadgevend Comité

---

den afgebakend, zie: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 4.

7 Zie Wetsvoorstel betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en de gameten, *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, Toelichting, 1-2; Deze vraag werd voorgelegd aan een aantal deskundigen uit de medische wereld, zie het verslag van de hoorzittingen bij het wetsvoorstel inzake de medisch begeleide voortplanting gehouden door de werkgroep bio-ethiek van de Senaat: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2.

8 Zie het verslag van het Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken onder de bescherming van de Secretaris-generaal van de Raad van Europa, georganiseerd op 4-5 mei 1987 te Brussel, *Belgisch Staatsblad* 1988; en verder: Ontwerp aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa betreffende kunstmatige voortplanting bij de mens van 1989 dat werd voorbereid door het Comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomèdicales (CAHBI), sedert 1992: Comité Directeur pour la Bioéthique (CDBI). De bekendmaking had tot doel een gedragslijn voor de lidstaten te bieden en op die manier een bijdrage te leveren tot de harmonisatie van toekomstige nationale wetgeving; P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (625), kol. 639-640.

9 Zie in die zin ook: Advies nr. 27 van 8 maart 2004 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende de donatie van sperma en eicellen, 45.

10 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 91-93; zie ook: Wetsvoorstel over de medisch begeleide voortplanting, *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1067/1, Toelichting, 3-4.

11 Er werd gevreesd dat de megalomanie van sommigen zou kunnen leiden tot wantoestanden zoals er onlangs in Italië en Roemenië werden vastgesteld, zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, Toelichting, 2; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 4.

12 Zie de vele parlementaire vragen hieromtrent: *Vr. en Antw.* Kamer 1992-93, 5 april 1993, 4705 (Vr. nr. 132 DE MOL) inzake de anonimiteit van het donorschap; *Vr. en Antw.* Kamer 1993-94, 16 november 1993, 7751 (Vr. nr. 327 VAN DEN EYNDE) inzake de toepassing ervan bij lesbische paren; *Vr. en Antw.* Kamer 1994-95, 6 maart 1995, 15303 (Vr. nr. 636 DE MAN) inzake de toepassing van MBV buiten het huwelijk; *Vr. en Antw.* Kamer 1996-97, 27 januari 1997, 8946 (Vr. nr. 215 BROUNS) inzake het bewaren van ingevroren embryo's; *Vr. en Antw.* Kamer 1999-2000, 5 juni 2000, 3834 (Vr. nr. 97 BORGINON); *Vr. en Antw.* Kamer 1999-2000, 26 juni 2000, 4136 (Vr. nr. 115 BORGINON)

voor Bio-Ethiek[13] werden diverse vraagstukken hieromtrent voorgelegd. Dit leidde tot tal van adviezen waarin duidelijk de uiteenlopende maatschappelijke en ethische opvattingen dienaangaande tot uiting kwamen.[14]

Op 29 januari 2004 werd door de plenaire vergadering van de Senaat een *werkgroep* "bio-ethiek" opgericht. Deze werkgroep besloot om als eerste thema de problematiek van de medisch begeleide voortplanting te behandelen.[15]

Het wetsvoorstel dat uiteindelijk aanleiding gaf tot de MBV-wet bouwt voort op de wetsvoorstellen en adviezen van de werkgroep bio-ethiek betreffende de prenatale en de pre-implantatiediagnostiek[16], de medisch begeleide voortplanting[17] en regeling inzake het verzamelen, het bewaren en het verstrekken van gegevens bij de donatie van gameten[18], alsook het advies van de Raad van State bij de wetsvoorstellen inzake draagmoederschap en medisch begeleide voortplanting[19].[20]

---

inzake de invoering van een RIZIV-bijdrage voor de laboratoriumkost van I.V.F.; *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 4 april 2005, 11993 (Vr. nr. 244 BULTINCK) inzake de terugbetaling van de kosten van kunstmatige inseminatie; *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 6 juni 2005, 13805 (Vr. nr. 420 VAN THEMSCHE) inzake de problematiek van het draagmoederschap; *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 6 juni 2005, 13807 (Vr. nr. 422 VAN THEMSCHE) inzake de toepassing van I.V.F. bij lesbische paren; *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 25 juli 2005, 15510 (Vr. nr. 309 BULTINCK) inzake de toepassing van non-I.V.F.-vruchtbaarheidsbehandelingen; *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 25 juli 2005, 15444 (Vr. nr. 700 VAN THEMSCHE) inzake het aantal draagmoederschappen.

13 Het Belgische Raadgevend Comité voor Bio-ethiek werd opgericht bij een Samenwerkingsakkoord van 15 januari 1993, ondertekend door de federale staat, de Vlaamse, Franse en Duitstalige Gemeenschappen en door de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, *B.S.* 12 mei 1993.

14 Zie meer in het bijzonder volgende adviezen: Advies nr. 6 van 6 juni 1998 betreffende de ethische normen voor de optimalisering van het aanbod en van de werkingscriteria van de centra voor in-vitrofertilisatie, Advies nr. 19 van 14 oktober 2002 over de bestemming van ingevroren embryo's, Advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende de donatie van sperma en eicellen, Advies nr. 28 van 21 juni 2004 betreffende voortplanting na het overlijden van de partner, Advies nr. 29 van 21 juni 2004 betreffende embryodonatie en Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap voor een ander (draagmoederschap).

15 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 1.

16 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-416/1 en het advies van de werkgroep: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-416/2.

17 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/1 en het advies van de werkgroep: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2; zie verder ook: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1067/1.

18 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-559/1 en *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1011/1 en het advies van de werkgroep: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-559/2.

19 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State.

20 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 4-5.

507. Het resultaat is een *kaderwet*[21] waarin niet enkel de medisch begeleide voortplanting als medische handeling in het bijzonder wordt geregeld, maar ook de bestemming van de overtallige embryo's en gameten, de afstammingsrechtelijke gevolgen in geval er een beroep wordt gedaan op gedoneerde embryo's of gameten, de anonimiteit van de donor, de toepassing van genetische pre-implantatiediagnostiek en de inseminatie van gameten of implantatie van een embryo dat bewaard werd ter vervulling van een toekomstige kinderwens na overlijden van de wensvader. De MBV-wet doet daarenboven geen afbreuk aan de wet betreffende de rechten van de patiënt[22] die als *lex generalis* integraal van toepassing blijft op de medisch begeleide voortplanting.[23] Ook aan andere wetten en KB's wordt niet getornd. Desgevallend moeten de bepalingen ervan cumulatief met die van de MBV-wet worden toegepast.[24]

Het *draagmoederschap* blijft evenwel buiten het vizier. De bespreking ervan maakt het voorwerp uit van andere wetsvoorstellen die specifiek deze problematiek beogen te regelen.[25]

508. De MBV-wet regelt naast de *afstammingsrechtelijke gevolgen* van medisch begeleide voortplanting met donormateriaal ook tal van aspecten van medisch recht. Het opzet van deze bijdrage is enerzijds beperkt tot het eerste aspect, anderzijds ruimer omdat ook de afstammingsrechtelijke gevolgen van medisch begeleide voortplanting die niet worden geregeld door de nieuwe MBV-wet in het licht van de nieuwe afstammingswet worden onderzocht. Na de fundamentele vraag of er vanuit mensenrechtelijk perspectief en na de MBV-wet een recht op een kind bestaat te hebben beantwoord (hoofdstuk I), worden achtereenvolgens het toepassingsgebied van de MBV-wet (hoofdstuk II), de afstamming

---

21 *Ibid.*, 6.

22 *B.S.* 26 september 2002; Zie hierover uitgebreid: H. NYS, "De wet betreffende de rechten van de patiënt", *R.W.* 2002-03, 1121-1131; C. TROUET en I. DREEZEN, "Rechtsbescherming van de patiënt. De wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt", *NjW* 2003, afl. 16, 2-12.

23 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State, 84-85; in de oorspronkelijke versie van het wetsvoorstel werd dit zelfs in een aantal artikelen uitdrukkelijk bepaald, zie art. 7, § 3, art. 66, 2de lid en art. 70, 1ste lid van het wetsvoorstel: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, 25 en 44-45.

24 Zie o.m. art. 3, 1ste lid MBV-wet; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State, 85-86.

25 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 6 en 70.

na medisch begeleide voortplanting (hoofdstuk III), de anonimiteit van het donorschap (hoofdstuk IV), het draagmoederschap (hoofdstuk V) en de afstamming na overlijden van één van de wensouders (hoofdstuk VI) bestudeerd.

HOOFDSTUK I.
BESTAAT ER EEN RECHT OP EEN KIND?

§ 1. VANUIT MENSENRECHTELIJK PERSPECTIEF

509. In de rechtsleer wordt soms de vraag opgeworpen of artikel 8 en 12 E.V.R.M. naast het recht op procreatie, nl. de vrijheid om zelf te beslissen of men wel of geen kinderen wil voortbrengen en bij het uitoefenen van die keuze niet gehinderd te worden door de Staat[26] of – voor zover er aan dit recht horizontale werking wordt toegekend – door derden, ook het recht omvat om zelf te bepalen op welke wijze men kinderen wil voortbrengen.

Aangenomen wordt dat het recht op procreatie een *vrijheidsrecht* is en niet een claimrecht, zodat er geen sprake kan zijn van een recht *op* kinderen, en evenmin – althans niet zonder meer – van een recht op hulp bij het krijgen van kinderen, als men ze niet langs natuurlijke weg kan krijgen.[27]

---

26 Zie Hof Mensenrechten, Evans t./ Verenigd Koninkrijk, nr. 6339/05, arrest van 7 maart 2006, www.echr.coe.int, § 57: *"The Court agrees, since "private life", witch is a broad term, encompassing, inter alia, aspects of an individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (Pretty, § 61), incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent"*; in dezelfde zin ook: Hof Mensenrechten (grote Kamer), Evans t./ Verenigd Koninkrijk, nr. 6339/05, arrest van 10 april 2007, *www.echr.coe.int*, § 71 met die nuancering dat het recht om ouder te worden in de genetische zin ook valt binnen de bescherming van art. 8 E.V.R.M. (§ 72).

27 J.K.M. GEVERS, "Kunstmatige voortplanting in gezondheidsrechtelijk perspectief", *Vl. T. Gez.* 1988, (213), 214; E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, 1107; N. COLETTE-BASECQZ, "Utilisation des techniques de procréation médicalement assistée pour satisfaire le désir d'enfant chez un couple homosexuel. Questions éthiques et juridiques", (noot onder Jeugdrb. Kortrijk 18 maart 1997), (246), 248, die aangeeft dat het belang van het kind schijnt te primeren boven het recht op zelfbeschikking van homoseksuelen; I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 63, nr. 59; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 371, nr. 489; Y.-H. LELEU, "Droit des personnes et des familles", in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2005, p. 113, nr. 118, i.h.b. voetnoot 95; vgl. A. ROUVROY, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.* 1997, (769), 770.

510. In die zin wierp het E.H.R.M. in de zaak *Evans* t./ Verenigd Koninkrijk[28] de vraag op of er op de Staat een positieve verplichting rust om ervoor te zorgen dat een vrouw, die een beroep heeft gedaan op een behandeling teneinde een kind ter wereld te kunnen brengen dat genetisch verwant is met haar, het embryo bij haar kan laten inplanten niettegenstaande de intrekking van de toestemming van haar voormalige partner, de zaadceldonor (§ 58).

Na te hebben vastgesteld dat de Staten op dit vlak een brede beoordelingsmarge behouden (§§ 61-62), oordeelde het Hof dat bij het uitvaardigen van een wetgeving die een duidelijke en heldere regel poneert, die aan beide partijen bij de I.V.F.-behandeling werd uiteengezet en op duidelijke wijze werd opgenomen in een document dat ze beiden ondertekenden, waarbij de toestemming van iedere partij kan worden ingetrokken tot op het ogenblik van inplanting van het embryo, het VK binnen de beoordelingsmarge is gebleven en artikel 8 E.V.R.M. niet heeft geschonden (§ 69).[29] Evenmin werd een schending van artikel 8 in samenhang met artikel 14 E.V.R.M. aangenomen (§§ 74-75).

In dezelfde zin oordeelde het E.H.R.M. in de zaak *Dickson* t./ Verenigd Koninkrijk van 18 april 2006[30] (weliswaar met vier stemmen tegen drie) dat de Staat, door een gevangene de toegang tot kunstmatige inseminatie te ontzeggen, niet tekortschoot in zijn positieve verplichting om de eerbied voor het privé-, familie- en gezinsleven te waarborgen, hoewel het vaststond dat op het tijdstip van vrijlating, zijn vrouw geen kinderen meer kan krijgen. De aangevoerde motieven, nl. de ernst en aard van de misdrijven, de afwezigheid van de vader voor een belangrijk deel in het

---

28 Hof Mensenrechten, Evans t./ Verenigd Koninkrijk, *aangeh.* zoals bevestigd door de Grote Kamer (13/17 rechters) met als belangrijkste overweging inzake de opgeworpen schending van art. 8 E.V.R.M. dat de wetgever binnen zijn beoordelingsmarge is gebleven: Hof Mensenrechten, Evans t./ Verenigd Koninkrijk, arrest van 10 april 2007, *www.echr.coe.int,* inzonderheid § 91.

29 De rechters met een dissenting opinion wezen in deze zaak op de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden, het gebrek aan alternatieven en de ontstentenis van inmenging van een derde partij zoals een draagmoeder (§ 6). De rechters kaartten het gebrek aan toetsing van de "bright-line" rule aan het E.V.R.M. aan, nu dit enkel vanuit het perspectief van de positieve verplichtingen gebeurde en oordeelden dat er in deze zaak een uitzondering op de algemene regel had moeten voorzien zijn (§ 9). Dezelfde argumenten kwamen aan bod in de dissenting opinion van vier rechters van de Grote Kamer.

30 Hof Mensenrechten, Dickson t./ Verenigd Koninkrijk, nr. 44362/04, arrest van 18 april 2006, *www.echr.coe.int*, zie in het bijzonder §§ 30 en 38.

leven van het kind en het gebrek aan voldoende alternatieve materiële en sociale ondersteuning, konden het Hof overtuigen.

Het E.H.R.M. heeft zich evenwel nog niet gebogen over de vraag of er op de overheid een *positieve verplichting* rust om op basis van artikel 12 E.V.R.M. aan ieder gezin dat daartoe de wens uitdrukt, de toegang tot (alle) procreatietechnieken te garanderen.[31] In laatstgenoemde zaak oordeelde het E.H.R.M. dat het op die vraag niet moest antwoorden, aangezien een onder artikel 8, 2de lid E.V.R.M. gerechtvaardigde inmenging in het gezins- en familieleven niet tezelfdertijd een schending kan uitmaken van artikel 12 E.V.R.M. (§ 41). Deze zaak werd inmiddels doorverwezen naar de Grote Kamer van het Hof.

Er wordt ten slotte in de rechtsliteratuur ook opgemerkt dat het recht op een kind, gegrond op het verlangen om een kind te hebben, indruist tegen de ratio van de mensenrechten die het menselijke wezen steeds hebben beschouwd als een *doel* op zich en nooit als een middel.[32]

511. Nochtans bestaat er een *groeiende publieke opvatting* dat het recht op voortplantingsvrijheid een inherent recht van individuen impliceert om zich te kunnen voortplanten, d.i. om door de overheid te worden bijgestaan indien zij zich – om welke reden dan ook – niet op een natuurlijke wijze kunnen voortplanten, door toegang te krijgen tot het gebruik van medisch begeleide voortplantingstechnieken.[33]

---

31 A. VAN DE GEUCHTE, Y. HAECK en V. STAELENS, "Recht te huwen en een gezin te stichten" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek E.V.R.M.. Deel 2 Artikelsgewijze commentaar,* II, (41), p. 64, nr. 37, die erop wijzen dat dit nog aanleiding zal geven tot geanimeerde discussies voor de Straatsburgse organen.

32 A. ROUVROY, *l.c.*, 777.

33 Zie D. VAN GRUNDERBEECK, *o.c.*, p. 367, nr. 486, en m.i.b. voetnoot 1548; zie in die zin ook de dissenting opinion van rechter Casadevall en Garlicki in de zaak Hof Mensenrechten, Dickson t./ Verenigd Koninkrijk, nr. 44362/04, arrest van 18 april 2006, www.echr.coe.int die kritiek uitten op de benadering van het Hof in voornoemd arrest, nl. vanuit het perspectief van de positieve verplichtingen en oordeelden dat het recht op procreatie gelet op de omstandigheden van de zaak, nl. de gevangenschap van de man en de hoge leeftijd van de vrouw, niet tijdelijk werd beperkt, maar volledig en onherroepelijk wordt ontnomen in geval de toegang tot K.I. met zaadcellen van de gevangen man zou worden geweigerd.

§ 2. DE MBV-WET

512. De MBV-wet kent *nergens* uitdrukkelijk een recht op een kind toe aan personen die geen kinderen langs natuurlijke weg kunnen krijgen. Zoals verder blijkt (zie *infra*, nr. 521), bepalen de fertiliteitscentra zelf of zij gevolg geven aan een onvervulde kinderwens van een heteropaar, een lesbisch paar of een alleenstaande vrouw. De fertiliteitscentra kunnen daar niet toe worden gedwongen.[34] Bovendien werd er nog geen oplossing voor de onvervulde kinderwens van een homopaar uitgewerkt. Het draagmoederschap werd in deze wet immers (nog) niet wettelijk omkaderd. Het recht op procreatie blijft in het Belgische recht aldus een *vrijheidsrecht* en geen claimrecht.

De MBV-wet laat daarenboven, onder voorwaarden, toe om een genetisch verwant kind te verwekken na *overlijden* van de wensvader (zie *infra*, nr. 605). De kinderwens van het wenspaar primeert in die situatie aldus op het belang dat het kind heeft bij het opgroeien in een gezin met twee ouders. Niettemin bepaalt ook hier het fertiliteitscentrum of het ingaat op deze vraag (zie *infra*, nr. 605).

513. Uit het voorgaande volgt dat de MBV-wet weliswaar niet uitdrukkelijk een recht op een kind erkent, maar zich ook niet principieel uitspreekt over de *omstandigheden* waarin een kind moet worden geboren. Dit staat in schril contrast tot de adoptiewetgeving alwaar, ingeval het een paar betreft, nauwkeurige voorwaarden worden bepaald inzake de relatie tussen de leden van dat paar (zie art. 343, § 1 B.W.). Bovendien worden de vereiste sociaal-psychologische eigenschappen om te adopteren beoordeeld door een rechter (art. 346-1 B.W.). Of de genetische band als objectief onderscheid op termijn wel een verschil in behandeling kan blijven rechtvaardigen is maar de vraag. Een verantwoording voor het onderscheid in behandeling kan alleszins nergens in de parlementaire voorbereiding worden teruggevonden.[35]

---

34 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 90-91.

35 Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State, 62-66 alwaar de Raad een vergelijk maakt met de voorwaarden inzake adoptie en aangeeft dat de wetgever ieder onderscheid moet kunnen verantwoorden.

HOOFDSTUK II. TOEPASSINGSGEBIED

§ 1. MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING

A. Definitie

514. Luidens artikel 2, a) MBV-wet is *medisch begeleide voortplanting* de uitvoering, overeenkomstig een geheel van nadere regels en voorwaarden voor de toepassing van nieuwe medische technieken van begeleide voortplanting, van:

1° hetzij een kunstmatige inseminatie,

2° hetzij één van de *in vitro* fertilisatietechnieken, dat wil zeggen technieken waarbij op een gegeven ogenblik een eicel en/of embryo worden behandeld.

515. De oudste en meest gekende techniek die reeds sporadisch[36] sinds 1957 en op georganiseerde wijze sinds 1970 in België wordt toegepast is de *kunstmatige inseminatie* (K.I.).[37] Onder kunstmatige inseminatie worden de verschillende technieken verstaan waarbij sperma van de partner (homologe[38]), van een donor (heterologe[39]) of een mengsel[40] van het zaad van de twee voorgaande[41], wordt aangebracht in de geni-

---

36 K.I.D. werd reeds op het einde van de 19de eeuw uitgevoerd, maar kende pas succes op grote schaal in de Oostelijke landen sinds de ontdekking van de techniek van het invriezen (1950) (*Vr. en Antw.* Kamer 1994-95, 6 maart 1995, 15303 (Vr. nr. 636 DE MAN)).

37 Zie P. SENAEVE, *l.c.*, p. 639, nr. 34; E. GULDIX, "Artificiële afstamming of het recht in gebreke", *Vl. T. Gez.* 1981-82, (2), 4-5; de gegevens inzake K.I. worden actueel niet geregistreerd in het kader van de verzekering geneeskundige verzorging (*Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 4 april 2005, 11994 (Vr. nr. 244 BULTINCK)), noch door het College van Geneesheren-Specialisten, aangezien deze technieken momenteel ambulant, buiten de gespecialiseerde centra van de programma's A en B kunnen worden toegepast (*Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 25 juli 2005, 15510 (Vr. nr. 309 BULTINCK)).

38 Ingeval de inseminatie gebeurt met sperma van de echtgenoot, dan wordt dit K.I.E. genoemd, is dit met sperma van de partner, K.I.P.

39 Ook wel K.I.D. genoemd; over de toepassing ervan en de anonimiteit van het donorschap, zie: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-559/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 3.

40 Dit wordt evenwel verboden door de MBV-wet (zie art. 54).

41 Ook wel K.I.E.D. genoemd; zie over de soorten K.I. in het algemeen: E. GULDIX, "Artificiële afstamming of het recht in gebreke", *l.c.*, 3; A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK

tale tractus van de vrouw zodat bevruchting van de eicel in het lichaam kan plaatsvinden. Het sperma kan aangebracht worden in de baarmoederhals (intracervicale inseminatie), in de baarmoeder (intra-uteriene inseminatie)[42], in de eileider (intratubaire inseminatie), in de abdominale holte (intraperitoneale inseminatie) of in de follikel (intrafolliculaire inseminatie).

Door de ontwikkeling van de techniek van het *invriezen* van zaadcellen, kan de inseminatie worden uitgesteld en plaatsvinden op een tijdstip waarop de partner of donor reeds (lange tijd) overleden is. De MBV-wet laat dit nu uitdrukkelijk toe, weliswaar mits naleving van bepaalde voorwaarden (zie *infra*, nr. 605).

516. Sedert 1978[43] bestaat de techniek van *in-vitrofertilisatie* (I.V.F.). Bij in-vitrofertilisatie[44] worden eicellen van een partner of donor eerst opgezogen[45] uit de eierstokken (*ovaria*) en vervolgens behandeld in een hiervoor gespecialiseerd laboratorium. Aan deze eicellen worden zaadcellen toegevoegd. De terugplaatsing kan op twee wijzen gebeuren. *Ten eerste* kunnen eicellen en zaadcellen samen in de eileider worden getransfereerd (Gamete[46] Intrafallopian Transfer – G.I.F.T.) dan wel eerst in het laboratorium worden samengebracht. In dit laatste geval worden

(eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89), 91.

42 Er wordt overwogen om ook deze behandelingen terug te betalen, zie: *Vr. en Antw.* Kamer 2006-07, 30 april 2007, nr. 51-164, 32304 (Vr. nr. 579 DEPOORTERE).

43 De eerste proefbuisbaby, Louise Brown, werd op dat tijdstip geboren: zie L. GIET, "La fécondation in vitro et le transfert embryonnaire", *J.T.* 1986, (69), 69; in België is de praktijk gangbaar vanaf 1982: zie *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-695/13, 7. Jaarlijks worden er zo'n 15.000 pogingen tot medisch begeleide voortplanting op deze wijze ondernomen, waarvan er ongeveer 3.000 ook leiden tot de geboorte van een kind (*Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 4); zie ook de referentie in de hiernavolgende voetnoot); de eerste proefbuisbaby in België werd in 1983 geboren.

44 De gegevens over de praktische toepassingen ervan worden gecentraliseerd. In België moeten alle centra voor reproductieve geneeskunde hun resultaten meedelen aan het Belgium Register for Artificial Procreation (BELRAP), zie *www.belrap.be*.

45 Teneinde de I.V.F. meer kansen op slagen te geven, wordt er voorafgaandelijk medicatie toegediend om meerdere eicellen te rijpen. Dit wordt ovariële stimulatie genoemd. Nadien worden die eicellen weggezogen uit de eileider. Deze handeling wordt de 'pick-up' genoemd.

46 Gameten zijn voortplantingscellen die op basis van het geslacht worden opgedeeld in vrouwelijke gameten (eicellen) en mannelijke gameten (spermatozoïden) en waarvan de versmelting een embryo vormt (art. 2, k) MBV-wet).

vervolgens ofwel ééncellige embryo's[47] (Zygote Intrafallopian Transfer – Z.I.F.T.) ofwel meercellige embryo's in de eileider geplaatst (Tubaire Embryo Transfer – T.E.T.). Voorgaande wijzen van terugplaatsing in de eileider worden tubaire transfers genoemd. Dit is enkel mogelijk indien de vrouw nog minstens één gezonde eileider heeft. *Ten tweede* kan het embryo ook rechtstreeks in de baarmoeder van de vrouw worden ingeplant (Uteriene Embryo Transfer). Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt afhankelijk van het doel en de richting van het transport. Ingeval het embryo uit de baarmoeder van een vrouw wordt weggenomen, is er sprake van een "embryo-flush" (E.F.). De overbrenging zelf wordt "embryotransfer" (E.T.) genoemd. Indien diepgevroren embryo's worden overgeplaatst, dan betreft het een "frozen embryo transfer" (FR.E.T.).

Bij de toepassing van I.V.F. met E.T. kan worden opgemerkt dat het embryo geconcipieerd kan zijn zowel met gameten van het paar dat een beroep doet op de voortplantingstechniek (homologe of autologe I.V.F. met E.T.) als met gameten van een derde (heterologe I.V.F. met E.T.). De technieken van *bewaring* laten daarenboven toe om zaadcellen, eicellen en overtallige embryo's voor enige tijd in te vriezen om ze op een later tijdstip, zelfs na overlijden van één der personen van wie de gameten (mede) afkomstig zijn, aan te wenden. De MBV-wet laat dit nu uitdrukkelijk toe, opnieuw weliswaar onder voorwaarden (zie *infra*, nr. 605).

517. In 1992 stelden DEVROEY en VAN STEIRTEGHEM (VUB) de techniek van *Intra-Cytoplasmic Sperm Injection* (I.C.S.I.) op punt, zodat bij mannelijke onvruchtbaarheid het mogelijk is om slechts één enkele

[47] Art. 2, 1° wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, *B.S.* 28 mei 2003 definieert "embryo" als een cel of samenhangend geheel van cellen met het vermogen uit te groeien tot een mens; Dezelfde definitie wordt gehanteerd in de MBV-wet, zie art. 2, b). Het embryo *in vitro* wordt in voornoemde wet gedefinieerd als een embryo dat zich buiten het vrouwelijk lichaam bevindt (art. 2, c)). Een overtallig embryo is een embryo aangemaakt in het kader van een medisch begeleide voortplanting, maar dat niet bij een vrouw werd ingeplant (art. 2, d)).

zaadcel[48] te injecteren in het cytoplasma van een eicel.[49] Bij dit proces wordt niet afgewacht of een zaadcel uit eigen kracht met een eicel samensmelt.[50] De terugplaatsing van de geïnjecteerde eicellen in de eileider na I.C.S.I. wordt micro-injectie intrafallopiaan transfer (M.I.F.T.) genoemd. Deze behandeling valt onder de *in-vitro* fertilisatietechnieken. Dezelfde opmerkingen als bij I.V.F. gelden *mutatis mutandis*.

B. Uitvoering

518. De MBV-wet bepaalt uitdrukkelijk dat *in vitro*-fertilisatie en bewaring door invriezing van embryo's, gameten, gonaden[51] en fragmenten van gonaden enkel mogen worden uitgevoerd in fertiliteitscentra (art. 3, 1ste lid). De techniek van K.I. kan *a contrario*, weliswaar mits eerbiediging van de algemene regels inzake de organisatie van de gezondheidsberoepen[52], ook buiten die centra worden uitgevoerd. Er wordt niet geraakt aan de gebruikelijke activiteiten en erkende bevoegdheden van de gynaecologen.[53] Voor de bewaring door invriezing van gameten moet echter een beroep worden gedaan op een fertiliteitscentrum,

---

48 Ingeval de zaadcel niet op natuurlijke wijze kan worden verkregen, bestaan er een drietal wijzen om daaraan tegemoet te komen. Ofwel wordt langs microchirurgische weg onder algehele narcose zaad opgezogen uit de bijbal (micro epididymale sperma aspiratie of MESA genoemd). Een equivalent daarvan is de percutane epididymale sperma aspiratie (PESA), waarbij het zaad met een klein naaldje onder lokale verdoving uit de bijbal wordt gepuncteerd. Ten slotte kan ook de testiculaire sperma-extractie (TESE) worden toegepast, waarbij sperma uit de zaadbal wordt gehaald.

49 Zie hierover meer: N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 636-654.

50 Th. A.M. TE BRAAKE, *Toelaatbaarheid en regulering van I.V.F.-onderzoek*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2001, 4, *aangeh.* door H. NYS, *Geneeskunde. Recht en Medisch handelen*, in *A.P.R.*-reeks, Mechelen, E. Story-Scientia, 2005, p. 215, nr. 466.

51 Gonade wordt gedefinieerd als orgaan dat de voortplantingscellen produceert, te weten de eierstokken bij de vrouw en de teelballen bij de man (art. 2, n MBV-wet).

52 Aangezien het een handeling betreft die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde in de zin van art. 2 W.U.G. kan enkel een arts dit toepassen, zie: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Mechelen, E. Story-Scientia, 2005, p. 216, nr. 469. Aangenomen wordt dat zelf-inseminatie buiten het bereik van het recht valt, zie: N. MASSAGER, "L'insémination artificielle avec donneur au profit des femmes formant un couple homosexuel", (noot onder Jeugdrb. Kortrijk 18 maart 1997), *J.T.* 1998, (731), 732; H. NYS, *o.c.*, p. 216, nr. 469.

53 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, Toelichting, 3; De Raad van State wees er in zijn advies op dat de voorgestelde bepaling nauwkeuriger moet aangeven voor welke aspecten van medisch begeleide voortplanting de fertiliteitscentra een monopolie hebben. Dit gebeurde evenwel niet, zie: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/2, Advies van de Raad van State, p. 86, nr. 161.

zodat gynaecologen die niet zijn verbonden aan een fertiliteitscentrum enkel gevolg kunnen geven aan een actuele kinderwens.

Hoewel de wet het *draagmoederschap* niet regelt, moet worden opgemerkt dat de MBV-wet een ruime draagwijdte heeft en van toepassing is op alle voornoemde (zie *supra*, nrs. 514 e.v.) medisch begeleide voortplantingsactiviteiten. Ingeval er bij de uitvoering van de overeenkomst inzake draagmoederschap een beroep moet worden gedaan op één van deze technieken, dienen derhalve ook de betreffende regels van de MBV-wet te worden nageleefd.[54] Zo kan de uitvoering van hoogtechnologisch[55] draagmoederschap slechts plaatsvinden in een fertiliteitscentrum. SOSSON lijkt er echter van uit te gaan dat de MBV-wet niet van toepassing is op medisch begeleide voortplantingsactiviteiten ter uitvoering van een draagmoederschapsovereenkomst.[56] Deze opvatting leidt er niet enkel toe dat er een bijkomend onderscheid wordt gemaakt in de uitvoering van medisch begeleide voortplanting afhankelijk van de finaliteit, maar ook dat algemeen aanvaarde toepassingen van medisch begeleide voortplanting strenger wettelijk worden omkaderd met regels van openbare orde die bij overtreding strafrechtelijk worden gesanctioneerd dan toepassingen van medisch begeleide voortplanting ter uitvoering van een draagmoederschapsovereenkomst. Dit is onlogisch. De wet is duidelijk en maakt geen uitzondering voor medisch begeleide voortplantingsactiviteiten die ter uitvoering van een draagmoederschapsovereenkomst plaatsvinden, zelfs al kan een draagmoeder niet gelijk worden gesteld met een 'wensouder'.[57] Het is echter wel correct te

---

54 Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/2, Advies van de Raad van State, 90, alwaar de Raad er impliciet doch zeker van uitgaat dat ook ingeval er bij draagmoederschap een beroep wordt gedaan op MBV, de regels van de MBV-wet moeten worden nageleefd.

55 Bedoeld wordt dat een wenspaar overtallige embryo's laat aanmaken en invriezen ter vervulling van een toekomstige kinderwens en dat vervolgens de embryo's worden ingeplant bij een draagmoeder. De MBV-wet regelt deze handeling nergens. Aangenomen mag worden dat de uitvoering van hoogtechnologisch draagmoederschap door de MBV-wet wordt verboden. Zelfs via de constructie van de donatie van overtallige embryo's is dit onmogelijk. De donatie van overtallige embryo's gebeurt steeds anoniem. Niettemin bestaat er wel een mogelijkheid om de anonimiteit te omzeilen (zie *infra*, nr. 580). De donor kan in beginsel evenwel geen afstammingsband verkrijgen met het kind; Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/2, Advies van de Raad van State, p. 90, nr. 181.

56 J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé !", *J.T.* 2007, (391), p. 391, nr. 19 en voetnoot 100.

57 Vgl. met de toepassing van art. 318, § 4 B.W. in de situatie van draagmoederschap. Deze bepaling werd eveneens duidelijk ingeschreven vanuit de optiek dat de echtgenoot van de moeder ook steeds de wensvader is. Nochtans wordt deze bepaling ook toegepast

stellen dat het draagmoederschap als fenomeen op zich niet door de MBV-wet wordt geregeld. Dat was ook niet de bedoeling van de wetgever bij de invoering van de MBV-wet (zie *supra*, nr. 507) en volgt zeer duidelijk uit de bepalingen die correcties aanbrengen aan de gewone regels inzake afstamming: de ontvangster van een embryo of gameten is steeds de wensmoeder (zie *infra*, nr. 531).[58]

519. Onder '*fertiliteitscentrum*' wordt verstaan het zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde in de zin van het Koninklijk besluit van 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden (art. 2, g MBV-wet). Dit KB kwam tot stand in navolging van het Advies nr. 6 van 8 juni 1998 van het Raadgevend Comité voor Bioethiek van België betreffende de ethische normen voor de optimalisering van het aanbod en van de werkingscriteria van de centra voor invitrofertilisatie.[59]

Het besluit maakt een onderverdeling tussen zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" A en zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" B met telkens eigen normen inzake infrastructuur, kwaliteit en kwaliteitsopvolging. Onder "medisch begeleide voortplanting" wordt in het besluit de *"technieken voor de behandeling van menselijke onvruchtbaarheid, met betrekking tot activiteiten bedoeld in de artikelen 5, 3° tot en met 5°, en 15, waarbij zowel menselijke gameten als embryo's behandeld worden"* verstaan. Deze activiteiten zijn resp. de gecontroleerde superovulatiebehandeling[60], het uitvoeren of laten uitvoeren van de technische, bacteriologische, hormonale en biologische onderzoeken, noodzakelijk om de technieken van medisch begeleide voortplanting te kunnen verrichten, het wegnemen van gameten en instaan voor hun adequate behandeling en transport naar programma B voor wat programma A betreft en de acti-

ingeval de echtgenoot van de draagmoeder toestemde met de daad van medisch begeleide voortplanting (zie *infra*, nr. 597).

58 Vgl. de opmerking van ENGLERT: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 126.

59 KB 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden, *B.S.* 25 maart 1999.

60 Bij gecontroleerde superovulatie wordt rijping van meerdere eicellen (multifolliculaire groei) beoogd ter voorbereiding van de verschillende in-vitrofertilisatie-technieken.

viteiten voor de uitvoering van een *in vitro* fertilisatie ter creatie van een embryo voor wat programma B betreft.

Daarenboven wordt aan de ziekenhuizen met een erkend zorgprogramma "reproductieve geneeskunde" B een forfaitair bedrag van 1.182 euro[61] toegekend per cyclus[62] teneinde laboratoriumkosten van *in vitro* fertilisatie te dekken, op voorwaarde dat de vrouw niet ouder is dan 42 jaar en voor maximum 6 cycli per vrouw.[63] Daarnaast dienen er nog bijkomende voorwaarden te worden gerespecteerd die een beperking beogen van het aantal meerlingen. De kans op een meerling bedraagt bij een kunstmatige bevruchting nl. één op vier, in tegenstelling tot bij een natuurlijke bevruchting, waar dit slechts één op tachtig bedraagt.[64]

§ 2. TOEGANG TOT MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING

A. Personen

520. Eén van de belangrijkste discussiepunten bij de totstandkoming van de MBV-wet is de vraag of de wet bepaalde niet-medische toegangsvoorwaarden moet bepalen. Tot op heden blijkt dat bij ontstentenis van een sluitende regeling voor de (on)toelaatbaarheid van medisch begeleide voortplanting in diverse feitenconstellaties, ieder fertiliteitscentrum[65] zijn *eigen* criteria hanteert en zelf limieten oplegt die het raadzaam acht.[66] Het lesbische paar dat door middel van K.I.D. een kind bij

---

61 Sinds de tussenkomst in de kosten van de in vitro-bevruchting, zijn het aantal ingrepen met 50 % gestegen. Daarmee werd één van de doelstellingen van deze maatregel bereikt: de techniek ook toegankelijk maken voor de minder begoeden in onze samenleving. De opportuniteit om K.I. ook terug te betalen wordt in overweging genomen (*Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 4 april 2005, 11994 (Vr. nr. 244 BULTINCK)).

62 Onder "cyclus" wordt het geheel aan laboratoriumactiviteiten vereist voor de inseminatie bij middel van I.V.F./ICSI van eicellen verstaan.

63 Art. 76*bis* KB van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van ziekenhuizen, *B.S.* 30 mei 2002 zoals ingevoegd bij K.B. 4 juni 2003, *B.S.* 16 juni 2003, met ingang van 1 juli 2003.

64 *Vr. en Antw.* Vl. Parl. 2002-03, 19 juni 2003, 6 (Vr. nr. 257 VAN KESSEL).

65 Dit geldt ook voor de toepassing van K.I.D. bij een lesbisch paar door een gynaecoloog: *"elke beoefenaar is vrij om 'in eer en geweten' te handelen en naar gelang van zijn persoonlijke, filosofische of andere overtuigingen die praktijk eventueel te weigeren"* (*Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 16 maart 2005, 13808 (Vr. nr. 420 VAN TEMSCHE)).

66 Wetsvoorstel over de medisch begeleide voortplanting, *Parl. St.* Senaat 2004-05, nr. 3-1067/1, 2; N. DENIES, "Génétique et procréation assistée en Belgique : état du

één van hen wil laten verwekken, is derhalve aangewezen op de goodwill van de behandelende arts.[67]

In elk ziekenhuis werd bovendien een *ethisch comité*[68] ingericht, dat op lokaal niveau een belangrijke rol speelt bij het bepalen van de toegankelijkheid tot de medisch begeleide voortplantingstechnieken. Elke arts moet immers het advies van een plaatselijk ethisch comité inwinnen om de indicaties te bepalen voor het uitvoeren van deze technieken.[69] Op nationaal vlak werd er een *Raadgevend Comité voor de Bio-ethiek* opgericht (zie *supra*, nr. 506) dat een raadgevende en informatieve functie vervult. Daarmee werd echter nog geen harmonisatie van de ethische standpunten tot stand gebracht.[70]

---

droit et des pratiques", in M.-Th. KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 219 ; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 645, nr. 1181; zie bv. de uiteenlopende praktijken tussen de verschillende fertiliteitscentra in België zoals blijkt uit de hoorzittingen georganiseerd naar aanleiding van het Wetsvoorstel inzake de medisch begeleide voortplanting, *Parl. St.* Senaat 2004-05, nr. 3-418/2: in één centrum te Luik bedraagt het aantal verzoeken van homoseksuele paren per half jaar ongeveer 80 à 100, wat nog toeneemt en 20 à 30 verzoeken van alleenstaanden, waarvan resp. 60-65 % (paren) en 10 % (alleenstaanden) aanvaard werden (zie voornoemd senaatsverslag, 10). Bovendien zou een algemeen verbod tot gevolg hebben dat paren of alleenstaanden naar het buitenland gaan (zie bv. de spectaculaire stijging van het aantal vragen tot K.I. bij een Frans lesbisch paar na invoering van wetgeving die dat verbiedt: *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-664/8, 97). Meestal oordeelt een multidisciplinair team over de aanvaarding. De praktijken lopen uiteen wat betreft de gevallen die worden aanvaard: in Gent wordt bv. 80 % van de alleenstaanden aanvaard (zie voornoemd verslag, 15); K.I. wordt zelfs voor 70 à 75 % van de gevallen in België toegepast op lesbische paren en voor 5 % op alleenstaanden (voornoemd senaatsverslag, 19); sommige centra (Leuven) weigeren homoseksuele paren (voornoemd senaatsverslag, 57-58); aan de VUB bedraagt het aantal donorinseminaties bij een lesbisch koppel ongeveer 1500 per jaar: hoorzitting met prof. Devroey, *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-664/8, 101; zie voor de criteria die worden toegepast uitgebreid: N. DENIES, *l.c.*, 207-212.

67 In 1981 heeft het eerste lesbische paar zich voor K.I.D. aangeboden in het universitair ziekenhuis te Jette. Inmiddels blijkt dat aantal sterk te zijn gegroeid (*Vr. en Antw.* Vl. R. 4 oktober 1993, 1119 (Vr. nr. 94 VAN DEN EYNDE); zie over de groei van deze vraag verder het verslag van de hoorzittingen n.a.v. het toegankelijk maken van de adoptie voor paren van gelijk geslacht met mevr. Baetens en prof. Devroey, *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-664/8, 95-102.

68 In elk ziekenhuis moet verplicht een plaatselijk ethisch comité worden ingesteld dat o.m. een begeleidende en raadgevende functie heeft m.b.t. de ethische aspecten van de ziekenzorg evenals een ondersteunende functie bij beslissingen over individuele gevallen inzake ethiek, zie KB van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, *B.S.* 7 november 1964.

69 *Vr. en Antw.* Kamer 1994-95, 6 maart 1995, 15303 (Vr. nr. 636 DE MAN).

70 G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 645, nr. 1181; N. DENIES, *l.c.*, 176.

521. De MBV-wet wijzigt *weinig* aan deze praktijk. Belangrijk om op te merken is dat een eerder voorstel de toegang wilde beperken tot paren en zo de alleenstaande moeder wilde uitsluiten.[71] In de parlementaire voorbereiding bij de MBV-wet beoogden sommige parlementsleden daarenboven de toegang tot medisch begeleide voortplanting nog meer te beperken, nl. tot heteroparen die een stabiele en affectieve relatie van minstens twee jaren hebben en die kampen met fertiliteitsproblemen.[72] Uiteindelijk werden alle amendementen dienaangaande verworpen.[73]

De fertiliteitscentra bepalen zelf de toegankelijkheid van de behandeling. Ze kunnen een tot hen gericht verzoek weigeren door een beroep te doen op de *gewetensclausule* (art. 5, 1ste lid MBV-wet). Met de invoering van een gewetensclausule volgt de wetgever het advies van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek dat eensgezind oordeelde dat de fertiliteitscentra het recht hebben om hun medewerking te weigeren "*indien ze de situatie als te problematisch beschouwen. Men oordeelt dat de medische teams de vrijheid hebben om te beslissen om bepaalde personen niet te behandelen wanneer ze het risico voor het kind om in de toekomst geconfronteerd te worden met ernstige hindernissen als te hoog schatten*".[74]

---

71 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/1, Toelichting, 4. Onder meer omwille van het argument dat het kind belang heeft bij de triangulatie in de gezinssituatie, zie: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 21 en 92 en verder ook: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 15; Bij de bespreking ervan in de werkgroep bio-ethiek van de Senaat bleek dat over dit punt geen principiële keuze kon worden gemaakt, maar dat er hoe dan ook moet over gewaakt worden dat iedere ongeoorloofde discriminatie wordt vermeden, zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 108.

72 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/4, Amendementen nrs. 16, 18, 19, 22, 23, 30, 33, 36, 44-47, 49, 61-63 en 67; zie verder ook *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State, 55; zie ten slotte ook: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1067/1, Toelichting, 6-7, dit laatste wetsvoorstel laat weliswaar medisch begeleide voortplanting zowel bij heteroparen als homoparen en alleenstaande vrouwen toe, maar eist bij paren dat zij samen een ouderschapsproject hebben in het kader van een stabiele affectieve relatie.

73 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 77, 86, 93, 96, 100, 106, 110, 113, 135, 148, 151, 164, 169, 175.

74 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, Toelichting, 5; zie Advies nr. 27 van 8 maart 2004 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de donatie van sperma en eicellen, p. 41; vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1067/1, Toelichting, 8 en verder Advies nr. 29 van 21 juni 2004 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende embryodonatie.

Aldus bepalen de fertiliteitscentra zelf of zij zowel heteroseksuele paren als homoseksuele paren en/of alleenstaande vrouwen[75] wensen te behandelen.[76] Wel rust er op de fertiliteitscentra de verplichting om voor grote *transparantie* van hun opties in verband met de toegankelijkheid van de behandeling te zorgen (art. 5, 1ste lid MBV-wet). Op die manier weten alle betrokkenen onmiddellijk waar ze aan toe zijn.[77]

522. Een tweede grond tot weigering zijn medische redenen (art. 5, 3de lid, 1° MBV-wet).

523. Het fertiliteitscentrum brengt de verzoeker(s) binnen een *maand* na de beslissing van de geraadpleegde arts op de hoogte van zijn weigering om in te gaan op het verzoek (art. 5, 2de lid MBV-wet).

De weigering gebeurt *schriftelijk* en bevat verplicht de verwijzing naar de grond tot weigering, alsook, ingeval de verzoeker of de verzoekers dat wensen, het adres van een ander fertiliteitscentrum waartoe zij zich kunnen wenden (art. 5, 3de lid, 2° en 3° MBV-wet). De weigering moet bovendien overeenkomstig de bepalingen van de patiëntenrechtenwet aan de betrokken personen worden *uitgelegd*.[78]

---

75 Elk fertiliteitscentrum heeft zijn eigen strategie. In het algemeen zijn het enerzijds vrouwen die problemen hebben met relaties en anderzijds vrouwen die geconfronteerd worden met de biologische leeftijdsgrens om kinderen te krijgen. Het betreft een marginale groep. Zeker bij vrouwen met relatieproblemen stellen fertiliteitscentra zich eerder terughoudend op omdat het gevaar dreigt dat zij dit kind overdreven zullen koesteren, in isolement zullen opvoeden en het als geneesmiddel beschouwen, zie: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 92-93.

76 *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 76-77 en 85, wat betreft alleenstaande vrouwen wordt er op gewezen dat zij ook nu reeds op natuurlijke wijze zwanger kunnen worden zonder dat er sprake is van een relatie; In Frankrijk is dit bv. wel wettelijk geregeld. Luidens art. L. 2141-2 du Code de la santé publique kan enkel een gehuwd paar of een paar van ongelijk geslacht dat reeds twee jaar een levensgemeenschap vormt een beroep doen op medisch begeleide voortplanting, zie: V. SEBAG (préface de G. TEBOUL), *Droit et bioéthique*, Brussel, Larcier, 2007, 128-129; Principe 1.1. van het CAHBI-rapport laat medisch begeleide voortplanting enkel toe bij een heteropaar voor zover er een therapeutisch doel voorhanden is.

77 Zie aangenomen amendement nr. 86 (subamendement op nr. 15): *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 88-89.

78 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, Toelichting, 5; art. 5 MBV-wet verfijnt dit: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1140/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 90.

B. Medische indicaties

524. In de parlementaire voorbereiding werd de vraag opgeworpen of bij heteroparen de toegang tot medisch begeleide voortplanting niet afhankelijk moet worden gesteld van een ernstig voorafgaand onderzoek van *alternatieve* technieken die desgevallend bij voorrang moeten worden toegepast. Sommige deskundigen wezen er tijdens de hoorzittingen op dat veel problemen van onvruchtbaarheid kunnen worden aangepakt door een gepaste behandeling.[79] Andere deskundigen waren daarenboven van oordeel dat er een hiërarchie in technieken moest worden ingesteld: eerst K.I., pas ingeval dat niet lukt: I.V.F.[80] Beiden motiveerden hun oordeel zowel vanuit het perspectief van de kosten van de behandeling als vanuit dat van de gezondheid van het kind. De werkgroep bio-ethiek oordeelde dan ook dat een bepaling die dit onder de aandacht brengt in het wetsvoorstel moest worden opgenomen[81], wat ook gebeurde.[82]

Sommige parlementsleden wilden nog verder gaan en de toegang tot medisch begeleide voortplanting desgevallend onderwerpen aan een voorafgaande *behandeling* van de onvruchtbaarheid.[83]

Dit bleek evenwel te verregaand. Tijdens de laatste hoorzittingen werd opgemerkt dat vruchtbaarheidsproblemen behoren tot het domein van de geneeskunde en niet tot dat van het recht. Medisch gezien is het niet altijd gerechtvaardigd om I.V.F. als laatste mogelijkheid te gebruiken nadat alle andere behandelingen zijn mislukt.[84] Het volgende voorbeeld werd in de parlementaire voorbereiding opgegeven. Een vrouw van 42 jaar wordt geconfronteerd met een onvruchtbaarheidsprobleem bij zichzelf of bij haar man. Ingeval de alternatieve remedies om dit te verhelpen enkele jaren in beslag nemen en zonder resultaat blijken, wordt de vrouw uitgesloten van medisch begeleide voortplanting omwille van haar hoge leeftijd. Bovendien kan men bij wet geen medische behande-

---

79 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 4-7.

80 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 61-66.

81 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 101-102.

82 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 7, 59-66; zie ook: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1067/1, Toelichting, 5.

83 Amendement nr. 69 (subamendement op nr. 15), zie: *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 91.

84 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 26.

ling verplichten. De bepaling werd enkel ingevoerd om zeker het gesitueerde probleem onder de *aandacht* te brengen van de behandelende artsen.[85] Er wordt immers te vaak naar medisch begeleide voortplanting gegrepen, zelfs ingeval er minder verregaande alternatieven mogelijk zijn.

De wet bepaalt derhalve dat ingeval het fertiliteitscentrum besluit om in te gaan op het verzoek om medisch begeleide voortplanting, het vóór de ondertekening van de overeenkomst bedoeld in artikel 7, in de gevallen waarin zulks is aangewezen[86], nagaat of de oorzaken van de steriliteit, de onvruchtbaarheid of de subfertiliteit bij de verzoekster of bij de verzoekers werden vastgesteld en behandeld overeenkomstig de stand van de wetenschap en de gebruiken van het beroep (art. 6 MBV-wet).[87] Dit behoort tot de voorafgaande *informatie* die het fertiliteitscentrum moet verstrekken alvorens de overeenkomst te sluiten.

C. Leeftijd

525. De wet bepaalt dat eicellen enkel bij *meerderjarige* vrouwen mogen worden weggenomen (art. 4, 1ste lid MBV-wet).

526. In afwijking[88] van deze bepaling is het wegnemen met het oog op bewaring door invriezing van gameten, van overtallige embryo's, van gonaden of fragmenten van gonaden bij een minderjarige toegelaten voor zover daarvoor een medische reden bestaat (art. 4, 4de lid MBV-wet). Deze bepaling is algemeen geredigeerd en heeft bijgevolg betrekking op minderjarigen zowel van het vrouwelijke als van het mannelijke geslacht. In beginsel kunnen er geen gameten worden afgenomen bij

---

85 *Ibid.*, 92.

86 Dit is uiteraard niet nodig ingeval een alleenstaande vrouw of een lesbisch paar een beroep doet op medisch begeleide voortplanting.

87 Merk overigens op dat de kosten van infertiliteitsbehandelingen sedert 1 oktober 2006 terugbetaalbaar zijn (zie de lijst gevoegd bij KB 21 december 2001 tot vaststelling van de procedures, termijnen en voorwaarden inzake de tegemoetkoming van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen in de kosten van farmaceutische specialiteiten, *B.S.* 29 december 2001 zoals gewijzigd bij MB 14 september 2006, *B.S.* 29 september 2006). Zie verder ook: *Vr. en Antw.* Kamer 2006-07, 30 april 2007, nr. 51-164, 32304 (Vr. nr. 579 DEPOORTERE).

88 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 83.

een *minderjarige*.[89] Slechts indien daarvoor een medische reden bestaat is dit toegelaten. Het moet gaan om een *ernstige*[90] *medische* reden. De parlementaire voorbereiding geeft als voorbeeld een minderjarige patiënt die behandeld wordt voor kanker. De behandeling van kanker leidt immers in vele gevallen tot onvruchtbaarheid. Welnu, door toe te laten om bij de minderjarige eicellen af te nemen en alzo embryo's te creëren die bewaard kunnen worden of zaadcellen af te nemen die bewaard kunnen worden, kan deze zich, eens meerderjarig, nog voortplanten. Er wordt geen leeftijdsvereiste gesteld. Zelfs bij een meisje van 4 jaar kunnen eicellen om die reden worden afgenomen.[91]

527. Een heikel debat in dit verband was de vraag of er een maximale *leeftijdsgrens* voor vrouwen moest worden ingevoerd en zo ja, welke leeftijdsgrens? Zowel het argument van de terugbetaling van de laboratoriumkosten I.V.F. tot de leeftijd van 42 jaar als medische argumenten en de vraag of er voor de man geen vergelijkbare bepaling moest worden ingevoerd, werden opgeworpen.[92] Zonder daar verder in detail op in te gaan, heeft de wetgever besloten dat eicellen enkel bij meerderjarige vrouwen van maximum 45 jaar mogen worden weggenomen (art. 4, 1ste lid MBV-wet). Een verzoek om implantatie van embryo's of inseminatie met gameten kan worden ingediend door meerderjarige vrouwen van maximum 45 jaar (art. 4, 2de lid MBV-wet), en de implantatie van de embryo's of de inseminatie met gameten kan niet worden uitgevoerd bij meerderjarige vrouwen ouder dan 47 jaar (art. 4, 3de lid MBV-wet). Een vrouw kan in België aldus door middel van medisch begeleide voortplanting ten laatste op de leeftijd van 48 jaar moeder worden.

89 *Ibid.*, 82-83.
90 *Ibid.*, 84.
91 *Ibid.*, 82.
92 Zie *ibid.*, 85-86.

HOOFDSTUK III.
AFSTAMMING NA MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING

§ 1. INLEIDING

A. Draagwijdte

528. Nieuwe bepalingen met betrekking tot gevolgen voor het afstammingsrecht werden opgenomen in de *MBV-wet*.[93] Een aantal amendementen[94] beoogden, in navolging van het advies van de Raad van State[95], deze regels op te nemen in een nieuwe bepaling van het B.W., nl. artikel 318*bis* B.W. De amendementen werden echter systematisch verworpen.[96] Eén van de redenen tot verwerping was dat de MBV-wet op zich *geen* afstammingsbanden vestigt[97], maar enkel de personen aanwijst in wier voordeel de afstammingsregels uit het B.W. werken na medisch begeleide voortplanting, in het bijzonder ingeval er gameten of embryo's van een donor resp. een donorpaar afkomstig zijn.[98]

Indien medisch begeleide voortplanting wordt toegepast met gameten of embryo's afkomstig van het wenspaar, blijven de gewone afstammingsregels integraal van toepassing.

---

93 Een grondige bespreking ervan kan echter nergens in de parlementaire voorbereiding worden teruggevonden, zie ook: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 108 alwaar erop gewezen wordt dat over de juridische vraagstukken nog grondig moet worden nagedacht.

94 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/8, Amendement nr. 148 (subamendement op nr. 15); *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/3, Amendement nr. 19, 5.

95 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State, p. 56, nr. 80.

96 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 178; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 53; Zie uitgebreid over de redenen tot verwerping: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 125.

97 Zie de kritiek op deze bepaling als zou er ook t.a.v. de lesbische meemoeder van rechtswege een afstammingsband worden gevestigd, wat niet het geval is: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 125.

98 Vgl. Frankrijk: art. 311-19 en 311-20 Code civil, zie uitgebreid: V. SEBAG (préface de G. TEBOUL), *o.c.*, p. 135, nr. 296.

B. Ratio legis

529. Het aanwenden van donormateriaal in het kader van medisch begeleide voortplanting leidt tot een *splitsing* tussen het wensouderschap en het genetische ouderschap. De wetgever moest bepalen wie een afstammingsband met een kind kan verkrijgen. De gewone afstammingsregels werken niet steeds in het voordeel van de wensouders. Dit wordt door de MBV-wet gedeeltelijk gecorrigeerd. Uit de wet en de parlementaire voorbereiding[99] volgt zeer duidelijk dat de wetgever niet wil dat de donor of het donorpaar een afstammingsband kan verkrijgen of enig ander vermogensrechtelijk gevolg kan bekomen ten gevolge van die genetische band, althans niet zonder medewerking van alle betrokkenen (zie bv. *infra*, nr. 538).[100]

C. Beginselen

530. Luidens artikel 27 MBV-wet en artikel 56 MBV-wet spelen vanaf het moment van de implantatie van de gedoneerde overtallige embryo's resp. de inseminatie van de gedoneerde gameten, de afstammingsregels als bepaald in het Burgerlijk Wetboek in het voordeel van de wensouder(s) die deze overtallige embryo's resp. gameten heeft (hebben) ontvangen.

Een donor of, in geval van donatie van een overtallig embryo, een donorpaar, kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen. Ook de ontvanger(s) van overtallige embryo's resp. gameten en het kind geboren dankzij de implantatie van overtallige embryo's resp. inseminatie van gameten, kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen tegen de donor(en) van overtallige embryo's resp. gameten.

---

99 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 123-126; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 7.

100 Dit vormt overigens nogmaals een bevestiging dat volgens de wetgever de spermadonor *a fortiori* niet als principiële omgangsgerechtigde kan worden beschouwd. Enkel indien een bijzondere affectieve band wordt aangetoond, kan de spermadonor een omgangsrecht overeenkomstig art. 375*bis* B.W. verkrijgen. Zie nochtans in die zin op grond van het natuurrecht: Jeugdrb. Antwerpen 21 januari 2003, *R.A.B.G.* 2003, afl. 16, 941, kritische noot A. HEREMANS.

531. De wet definieert een '*wensouder*' als elke persoon die heeft besloten om ouder te worden door middel van medisch begeleide voortplanting, ongeacht of dit met zijn eigen gameten of embryo's gebeurt of niet (art. 2, f MBV-wet). De wensouder ondertekent de overeenkomst met het fertiliteitscentrum. Ingeval het een wenspaar betreft, wordt de overeenkomst ondertekend door beide wensouders (art. 7 MBV-wet).

Verder maakt de wet een onderscheid tussen de *donor* en de *ontvanger* van overtallige embryo's[101] en de donor en ontvanger van overtallige gameten.[102] Hierna zal blijken dat de definities niet geheel in overeenstemming zijn met de materiële regels inzake afstamming in de MBV-wet. Er weze opgemerkt dat een materiële regel bij onduidelijkheid gelezen moet worden in het licht van de definitie en niet omgekeerd.

De *embryodonor* wordt gedefinieerd als de persoon die bij overeenkomst te kostelozen titel, gesloten met een centrum voor *in vitro* fertilisatie overtallige embryo's afstaat opdat deze anoniem kunnen worden gebruikt voor medisch begeleide voortplanting bij ontvangers van embryo's zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen het ongeboren kind en de donor (art. 2, i MBV-wet). De ontvanger van een embryo is dan de persoon die schriftelijk heeft aanvaard om in het kader van medisch begeleide voortplanting overtallige embryo's te ontvangen zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen de donor van het embryo en het ongeboren kind (art. 2, j MBV-wet).

De *donor van gameten* is de persoon die bij overeenkomst te kostelozen titel, gesloten met een centrum voor *in vitro* fertilisatie gameten afstaat opdat ze in het kader van medisch begeleide voortplanting worden gebruikt bij ontvangers van gameten zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen het ongeboren kind en de donor (art. 2, p MBV-wet). De ontvanger van gameten is dan de persoon die schriftelijk heeft aanvaard om in het kader van medisch begeleide voortplanting gameten te ontvangen zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen de donor van de gameten en het ongeboren kind (art. 2, q MBV-Wet).

---

101 Dit zijn embryo's aangemaakt in het kader van een medisch begeleide voortplanting, maar die niet bij een vrouw werden ingeplant (art. 2, d) MBV-wet).

102 Dit zijn gameten die zijn weggenomen in het kader van medisch begeleide voortplanting maar die daarvoor niet onmiddellijk zijn gebruikt (art. 2, l) MBV-wet).

532. Uit het voorgaande volgt dat de MBV-wet twee belangrijke correcties aanbrengt op de gewone regels inzake afstamming:

1° In geval van donatie van gameten of embryo's wordt de genetische band als grondslag van de juridische afstamming vervangen door die van het wensouderschap. Voor alle duidelijkheid kan erop worden gewezen dat de gewone regels inzake afstamming de term 'biologische band' hanteert. Langs moederszijde wordt daarmee de biofysiologische band bedoeld, nl. de vrouw die van het kind bevalt (zie *infra*, nr. 536). De vrouw die de eicel levert, is de genetische moeder. Langs vaderszijde valt de biologische band steeds samen met de genetische band.[103] De wensouder is de persoon die de overeenkomst bedoeld in artikel 7 MBV-wet ondertekent (zie *supra*, nr. 531);

2° Er kan geen rechtsvordering betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen worden ingesteld tegen of door de donor. Het begrip "rechtsvordering betreffende de afstamming" wordt gepreciseerd in de definitie: *"zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld (eigen onderlijning) tussen het ongeboren kind en de donor (eigen onderlijning)"*. Aldus betreft het alle vorderingen die op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze kunnen leiden tot de vaststelling van een afstammingsband t.a.v. een donor. Hieronder zijn aldus niet de vorderingen tot betwisting van een t.a.v. de donor vastgestelde afstammingsband en de gecombineerde vordering (betwisting met vaststelling) ingesteld door een wensouder begrepen. Dit is ook logisch omdat een erkenning door de donor, mits naleving van de door de wet voorgeschreven toestemmingen, immers steeds mogelijk is (zie *infra*, nr. 538). Op de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris rust geen onderzoeksplicht om na te gaan of het kind werd verwekt door middel van medisch begeleide voortplanting met gedoneerde gameten of embryo's. Die verplichting werd immers niet uitdrukkelijk in de wet opgenomen. Bovendien is een erkenning op zich een rechtshandeling en geen rechtsvordering. Een correctie via de vordering tot betwisting van een t.a.v. de donor vastgestelde afstammingsband blijft mogelijk, hetgeen volledig strookt met de *ratio legis*.

533. Of de donor van gameten anoniem is of niet (zie *infra*, nr. 577 e.v.) heeft ten slotte geen invloed op de toepassing van de MBV-wet.

[103] Zie voor de terminologie: G. VERSCHELDEN, *o.c.*, p. 647, nr. 1185.

Dezelfde regels inzake afstammingsrechtelijke gevolgen gelden t.a.v. een bekende donor.[104]

C. Praktische gevolgen

534. Voor de donatie van overtallige embryo's levert dit in de praktijk weinig verschil op. Deze vorm is steeds *anoniem* (art. 22, 2de lid MBV-wet) zodat het weinig waarschijnlijk is dat het donorpaar ooit een afstammingsband tracht te verkrijgen met het kind of omgekeerd. De wensouders in wier voordeel de afstammingsregels spelen zijn immers steeds de ontvangers van het embryo (zie *infra*, nr. 531).

Gameten kunnen daarentegen ook op niet-anonieme wijze worden gedoneerd (zie art. 57, 1ste lid MBV-wet en *infra*, nr. 579). Een bekende donor kan wel problemen opleveren, die door de nieuwe bepalingen m.b.t. de afstamming worden opgevangen. Ook hier zijn de ontvangers van de gameten steeds de wensouders in wier voordeel de regels van het afstammingsrecht spelen.

D. Plan van het onderzoek

535. Hierna volgt een overzicht van de afstammingsrechtelijke gevolgen na medisch begeleide voortplanting in het licht van de aangehaalde beginselen (zie *supra*, nr. 532). Aangezien de wet de toegang tot medisch begeleide voortplanting overlaat aan de fertiliteitscentra (zie *supra*, nr. 521), wordt er een opdeling gemaakt tussen:
1° het heteroseksuele (echt)paar;
2° het homoseksuele (echt)paar;
3° de alleenstaande vrouw.

[104] *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 126.

§ 2. HETEROSEKSUEEL (ECHT)PAAR

A. Langs moederszijde

1. Vaststelling van rechtswege

536. Aan de *mater semper certa est*-regel werd niet getornd. Moeder is de persoon die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld (art. 312, § 1 B.W.) en aldus de persoon die van het kind bevallen is (zie art. 56, § 4 en art. 57, 2° B.W.).[105] De ontstentenis van een genetische band ingevolge eicel- of embryodonatie speelt geen rol bij de vaststelling van de afstamming.[106] De bio-fysiologische moeder die ontvanger is van een gedoneerde eicel of embryo blijft door het recht steeds aangewezen als juridische moeder.[107] De MBV-wet wijzigt daar niets aan.[108]

2. Erkenning

537. In de uitzonderlijke hypothese dat het moederschap niet van rechtswege komt vast te staan op het tijdstip van geboorte, bv. doordat de moeder anoniem is bevallen in het buitenland, of het moederschap met succes werd betwist, kan het kind worden erkend (art. 313, § 1 B.W.). De MBV-wet wijst niet de moeder die het embryo of de gameten ontvangt van rechtswege aan als juridische moeder. De *gewone regels* inzake afstamming door middel van erkenning zijn derhalve van toepassing (zie *supra*, nrs. 178-209).

De ontstentenis van een genetische band staat, bij weigering van de toestemming door de juridische vader of het kind dat de volle leeftijd van

---

105 Zie over de interactie tussen het afstammingsrecht en de akten van de burgerlijke stand: C. CASTELEIN en T. WUYTS, "What's in a name? De moeilijke verhouding tussen juridische persoonlijkheid, akten van de burgerlijke stand, afstammingsrecht en naamrecht inzake perinataal overleden kinderen", *T.P.R.* 2006, afl. 2, (771), nr. 43, p. 801-802.

106 Een kleine minderheid van de auteurs was onder het oude recht van oordeel dat het genetische moederschap de grondslag van deze bepaling is, zie hierover uitgebreid: M.-N. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting", *T.B.B.R.* 2006, (402), p. 405, nr. 13.

107 A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *Vl. T. Gez.* 1988, (227), p. 233, nr. 16; Y.-H. LELEU, *o.c.*, p. 488, nr. 607 en p. 500, nr. 622.

108 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 7.

twaalf jaar heeft bereikt, de erkenning door de wensmoeder na rechterlijke machtiging niet in de weg (cf. art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.). *Ten eerste* is het de ontstentenis van een bio-fysiologische band die moet worden aangetoond opdat de rechtbank zou oordelen dat de erkenning niet kan plaatsvinden. Het vermoeden van ontstentenis van een bio-fysiologische band wegens de ontstentenis van een genetische band kan eenvoudig worden weerlegd door de daad van medisch begeleide voortplanting aan te tonen. *Ten tweede* werken de regels van het afstammingsrecht in het voordeel van de wensmoeder (art. 27, 1ste lid en art. 56, 1ste lid MBV-wet). De toets aan het belang van het kind dat een jaar of ouder is, blijft evenwel onverkort van toepassing.

538. Het is bovendien niet uitgesloten dat de *eiceldonor*[109] het kind erkent. Hoewel de definities opgenomen in artikel 2 MBV-wet (zie *supra*, nr. 531) laten uitschijnen dat geen afstammingsband kan worden vastgesteld tussen de eiceldonor en het kind, lijkt dit m.i. wel mogelijk om volgende redenen.

Ten eerste sluiten de materiële regels van de MBV-wet dit niet uit. Luidens artikel 27, 2de lid MBV-wet kan een donor of donorpaar van overtallige embryo's geen *rechtsvordering* instellen betreffende de afstamming. Krachtens artikel 56, 2de lid MBV-wet kunnen donoren van gameten geen *rechtsvordering* instellen betreffende de afstamming. Welnu, een erkenning is geen rechtsvordering maar een rechtshandeling die vrijwillig door de eiceldonor wordt verricht (zie *supra*, nr. 178). De materiële regels moeten in het licht van de definities worden gelezen. Dit kan er evenwel bezwaarlijk toe leiden dat een definitie nieuwe materiële regels invoert.

Ten tweede vereist een erkenning geen voorafgaand onderzoek naar het bio-fysiologische of genetische moederschap. De ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris voor wie de erkenning gebeurt, kan geen voorafgaand DNA-onderzoek eisen. Ingeval alle betrokkenen toestemmen met de erkenning voor zover door de wet vereist, speelt het genetische of bio-fysiologische moederschap geen enkele rol.

---

109 Onder de "eiceldonor" wordt in dit hoofdstuk zowel de donor van gameten als de vrouwelijke donor van een overtallig embryo gecreëerd met gameten van die donor bedoeld.

Ten derde heeft het kind er alle belang bij dat het een moeder heeft, zelfs al zou dit de eiceldonor zijn. De bedoeling van de wetgever bij de MBV-wet is ervoor te zorgen dat de vestiging van een afstammingsband t.a.v. de wensmoeder, die volgens die wet ook altijd de bio-fysiologische moeder is van het kind, primeert boven de vestiging van een afstammingsband t.a.v. de genetische moeder. In het uitzonderlijke geval dat de (schijn) wensmoeder t.a.v. het kind geen afstammingsband (meer) wil hebben en aldus anoniem bevalt, kan eender welke andere vrouw het kind erkennen. In die optiek blijft de uitvoering van een overeenkomst van draagmoederschap *de facto* mogelijk (zie *infra*, nr. 594).

Indien echter een persoon die moet toestemmen tot de erkenning *weigert* of ingeval het kind of de wettelijke vertegenwoordiger de nietigverklaring van de erkenning vorderen, kan er uiteraard geen afstammingsband worden gevestigd t.a.v. de eiceldonor. Er kan immers steeds de ontstentenis van een bio-fysiologische band worden aangetoond (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.). Bovendien is de procedure tot het verkrijgen van een machtiging tot erkenning zelfs niet ontvankelijk. De MBV-wet sluit iedere rechtsvordering *betreffende* de afstamming uit (art. 27, 2de lid en 56, 2de lid MBV-wet). Daaronder kan ook de procedure tot machtiging worden begrepen (zie *supra*, nr. 532). De MBV-wet sluit immers niet enkel afstammingsvorderingen uit, maar alle vorderingen *betreffende* de afstamming *of* de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen.

Wellicht komt dit in de praktijk slechts uiterst zelden voor, aangezien embryodonatie steeds *anoniem* gebeurt en, in de gevallen waar de eicel niet-anoniem werd gedoneerd, de ontvangster meestal wel een wensmoeder is die het kind wil opvoeden.[110] Het blijft niettemin mogelijk dat de zgn. wensmoeder in feite slechts een draagmoeder is.

3. Onderzoek naar moederschap

539. In het zeer uitzonderlijke geval dat er geen akte van geboorte is of dat de naam van de moeder er niet dan wel onder een valse naam in vermeld staat, kan de afstamming langs moederszijde gerechtelijk worden vastgesteld (art. 314, 1ste lid B.W.). Er moet een *bio-fysiologische band*

110 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 6-7.

worden bewezen (art. 314, 3de lid[111] en art. 332*quinquies*, § 3 B.W.). Het afstammingsrecht wijst ook in deze situatie aldus steeds de wensmoeder die de eicel heeft ontvangen aan tot juridische moeder.

Het is uitgesloten dat de *eiceldonor* op deze wijze tot juridische moeder wordt aangewezen. Naast het feit dat zij op eenvoudige wijze het bewijs van niet-bio-fysiologisch moederschap kan leveren[112], sluit de MBV-wet op absolute wijze iedere vordering betreffende de vaststelling van de afstamming (zie *supra*, nr. 532) uitgaande van of gericht tegen de eiceldonor uit (art. 27, 2de lid en art. 56, 2de lid MBV-wet).

4. Betwisting van de afstamming

540. *Bezit van staat* sluit iedere vorm van betwisting uit, zelfs ingeval het de eiceldonor is die het kind met toestemming van alle betrokkenen, voor zover door de wet vereist, heeft erkend (art. 312, § 2 en 330, § 1 B.W.).

541. Ingeval er (nog) geen bezit van staat is tot stand gekomen, kan het 'leugenachtige' moederschap dat van rechtswege of door middel van erkenning vaststaat, worden betwist (zie *supra*, nr. 532) door de bio-fysiologische moeder, de juridische moeder, de juridische vader en het kind. Er gelden bijzondere vervaltermijnen voor het instellen van deze vordering. De grondslag van de betwisting vormt het *bio-fysiologische moederschap* (art. 312, § 2 en art. 330, § 2 B.W.). Het moederschap van de eiceldonor kan ingeval er nog geen bezit van staat is tot stand gekomen aldus steeds met succes worden betwist (zie *supra*, nr. 532). De erkenner en de personen die toestemden in de erkenning moeten evenwel voorafgaandelijk aantonen dat aan hun toestemming een gebrek kleefde (art. 330, § 1, 2de lid B.W.).

De *bio-fysiologische* moeder die met succes het juridische moederschap van de eiceldonor die het kind erkende heeft betwist en heeft aangetoond dat zij de bio-fysiologische moeder is van het kind wordt, in begin-

---

111 Er moet een tweevoudig bewijs worden geleverd: 1° dat de beweerde moeder van een kind bevallen is; 2° dat er overeenstemming is tussen het betrokken kind en dat van wie zij bevallen is. Zie P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, ed. 8 (hierna afgekort: *Compendium*), nr. 768.

112 Namelijk door het bewijs van medisch begeleide voortplanting met eiceldonatie te leveren.

sel, van rechtswege tot juridische moeder aangewezen (art. 330, § 3 B.W.). Ingeval het kind ouder is dan één jaar, oordeelt de rechter, ingeval er verzet werd aangetekend, evenwel of de vestiging van de afstammingsband niet kennelijk strijdig is met het belang van het kind (art. 332*quinquies*, § 2, 1ste lid B.W.). Dit geldt echter niet voor het moederschap dat ingevolge bedrog of vergissing foutief van rechtswege werd vastgesteld. De bio-fysiologische moeder moet het kind na een succesvolle betwisting erkennen. In artikel 312, § 2 B.W. is geen vergelijkbare bepaling als artikel 318, § 5 B.W. terug te vinden. Volgens sommige auteurs[113] kan de *bio-fysiologische* moeder evenwel een gerechtelijk onderzoek naar moederschap instellen waarmee het leugenachtige moederschap dat in de geboorteakte werd vastgesteld meteen ook wordt betwist (art. 314, 1ste lid B.W.).[114]

B. Langs vaderszijde

1. Vaderschap van rechtswege

a. De vaderschapsregel

542. Het kind geboren tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na ontbinding of nietigverklaring van het *huwelijk* heeft de echtgenoot tot vader (art. 315 B.W., zie *supra*, nrs. 23 e.v.). Deze regel is, onverminderd de temperingen ervan (art. 316 en 316*bis* B.W.), integraal van toepassing ingeval het kind werd verwekt door middel van medisch begeleide voortplanting, zelfs indien daarbij sperma van een donor[115] werd aangewend.

---

113 N. MASSAGER, "La proposition de Loi 597", *Rev. dr. ULB* 2005, p. 193, nr. 21; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 166 en 526-527; J. SOSSON, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! Deuxième partie", *J.T.* 2007, (391), p. 401, voetnoot 224; vgl. de argumenten van de rechtsleer *pro*, aangehaald in A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 322 B.W.", in *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (1997), nr. 5, in het bijzonder bij een gerechtelijk onderzoek naar vaderschap.

114 Uit art. 314, 1ste lid B.W. volgt dat de betwisting van de moederlijke afstamming blijkend uit de geboorteakte (cf. art. 312, § 2 B.W.) tegelijk met de vordering tot onderzoek naar het moederschap kan gevoerd worden, zie: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 314 B.W.", in *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (1997), nr. 1; P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 766.

115 Onder de "spermadonor" wordt in dit hoofdstuk zowel de donor van gameten als de mannelijke donor van een overtallig embryo gecreëerd met gameten van die donor bedoeld.

b. Gevolgen van de uitdrukkelijke toestemming van de echtgenoot

543. De wetgever heeft in 1987 een bepaling ingelast die afstammingsrechtelijke gevolgen verbindt aan de uitdrukkelijke *toestemming* van de echtgenoot tot enige daad van voortplanting bij zijn echtgenote. Luidens artikel 318, § 4 B.W. kan het vaderschap dat bij toepassing van de vaderschapsregel werd vastgesteld, niet meer worden betwist indien de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn (zie *supra*, nrs. 150-153).[116] Er moet aldus aan drie voorwaarden zijn voldaan[117]:

1° de echtgenoot heeft zijn instemming gegeven tot die handeling;
2° hij heeft daarmee de verwekking van een kind bij zijn vrouw beoogd;
3° de verwekking van het kind kan het gevolg zijn van de handeling waarin de man heeft toegestemd.

De *uitdrukkelijke wil* van een man vóór de verwekking om het vaderschap op te nemen is bijgevolg de grondslag voor het juridische vaderschap, op voorwaarde dat hij ook gehuwd is[118] met de moeder op het tijdstip waarop hij de toestemming verleent. Aangezien ook de echtgenote[119] akkoord moet gaan met deze wijze van voortplanting, ligt de grondslag in de wilsovereenstemming tot voortplanting die beide echtgenoten

---

116 Vgl. Nederland: art. 1:200, 3 B.W.

117 P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 783; zie ook uitgebreid: P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, (59), 81-84.

118 Terzake zijn twee opvattingen mogelijk. Volgens een letterlijke lezing van de wet moet het paar gehuwd zijn op het ogenblik dat de 'echtgenoot' zijn toestemming verleent. Een interpretatie naar de geest van de wet leidt er evenwel toe dat een toestemming gegeven reeds vóór het huwelijk een toestemming in de zin van art. 318, § 4 B.W. uitmaakt. De wetgever beoogde immers rechtsgevolgen te koppelen aan de intentie van de echtgenoot om nog vóór de verwekking uitdrukkelijk duidelijk te maken dat het kind als het zijne moest worden beschouwd, zie uitgebreid: A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *l.c.*, p. 235, nr. 22; G. VERSCHELDEN, "De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na kunstmatige inseminatie", *T.B.B.R.* 2002, (29), 32 en de aldaar aangehaalde referenties.

119 Vanuit deze vaststelling werd de moeder ook het recht ontzegd om een vordering tot betwisting in te leiden. Het kind heeft volgens de memorie van toelichting niet het recht om tussen te komen in een beslissing van zijn ouders die een ouderschap op zich nemen dat zich situeert tussen het biologische ouderschap en vormen van socio-affectief ouderschap zoals adoptie, zie: X. DIJON, "La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, (95), p. 99, nr. 9; In Nederland kan het kind wel nog het vaderschap betwisten, zie art. 1:200, 3 B.W.

bindt.[120] Het is niet vereist dat de echtgenoot ook de genetische (en tegelijk biologische) vader is van het kind. De procreatie kan het gevolg zijn van geslachtsbetrekkingen met een andere man of van de toepassing van een medisch begeleide voortplantingstechniek, voor zover het doel van de handeling (het voorwerp) maar in de voortplanting is gelegen.[121] LAMPE beweert dat de onontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot zou steunen op prenataal bezit van staat ("possession d'état *ante natale*").[122] Terecht wijst VERSCHELDEN erop dat er nog geen bezit van staat kan tot stand zijn gekomen, aangezien het kind op dat tijdstip zelfs nog niet eens verwekt is.[123]

De grond van niet-ontvankelijkheid vervat in artikel 318, § 4 B.W. is echter maar relevant ingeval de echtgenoot *niet* de biologische vader is. De vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot wordt immers maar ingewilligd bij ontstentenis van een biologische band (art. 318, § 3, 1ste lid B.W.).

544. Het belang van de 'wil' tot vaderschap moet evenwel enigszins worden gerelativeerd. De *oorzaak* (doorslaggevende beweegredenen) van de toestemming, die een rechtshandeling is, speelt volgens de letter van de wet immers geen rol. De man kan bijgevolg de toestemming verlenen voor een medisch begeleide voortplantingsdaad in het raam van de uitvoering van een overeenkomst van draagmoederschap zonder de intentie te hebben om zelf juridisch de vader te worden. De wet legt in die situatie het vaderschap op.[124] Wellicht is dit slechts zeer uitzonder-

---

120 De wil tot voortplanting van de man volstaat tekstexegetisch bekeken. Indien de voortplanting het gevolg is van geslachtsbetrekkingen, kan er immers een discrepantie ontstaan tussen de wil van de echtgenoot die gelegen is in het procreatieve karakter van de daad en de wil van de echtgenote die enkel gericht is op de daad zelf. Dit vormt een afwijking van de grondslag, nl. de beslissing tot voortplanting die beide echtgenoten bindt, zie: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (1997), nr. 7; vgl. G. BAETEMAN, "Het afstammingsrecht in België", *T.P.R.* 1989, (1539), p. 1573, nr. 52.

121 G. BAETEMAN, "Het afstammingsrecht in België", *l.c.*, p. 1559, nr. 25; G. VERSCHELDEN, "De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na kunstmatige inseminatie", *l.c.*, 32-33 en de aldaar aangehaalde referenties.

122 M.-F. LAMPE, "Procréation assistée – Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon – Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129), p. 165, nr. 23, d-1).

123 G. VERSCHELDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005, p. 114, nr. 192; *Contra*: F. SWENNEN, *Familierecht in kort bestek,* in reeks *Recht in kort bestek* nr. 4, Antwerpen, Intersentia, 2007, ed. 2, p. 36, nr. 78.

124 Vgl. G. VERSCHELDEN, "De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na kunstmatige inseminatie", *l.c.*, p. 33 nr. 19; M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 408, nr. 30; vgl. A. HEY-

lijk[125] het geval, nu de echtgenoot in die situatie precies niet de juridische vader wil worden en aldus er alle belang bij heeft om niet toe te stemmen.

c. Wijze waarop de toestemming wordt gegeven

545. De wet legt evenmin de *wijze* vast waarop de toestemming moet worden gegeven. Bij toepassing van medisch begeleide voortplanting met tussenkomst van een fertiliteitscentrum gebeurt dit in België voortaan schriftelijk in een voorafgaande overeenkomst (zie art. 33, 1ste lid j° art. 7 MBV-wet en art. 62, 1ste lid j° art. 7 MBV-wet).[126] De toestemming in de zin van artikel 318, § 4 B.W. hoeft echter niet noodzakelijk te blijken uit die overeenkomst. Het is daarenboven niet uitgesloten dat de wensmoeder alleen de overeenkomst ondertekent. De MBV-wet verplicht in geen geval de echtgenoot van de wensmoeder om de overeenkomst mede te ondertekenen, voor zover die niet participeert aan de kinderwens bv. door het leveren van de zaadcellen.

Omgekeerd moet worden aangenomen dat een toestemming gegeven in de zin van de MBV-wet ook steeds geldt als een toestemming in de zin van artikel 318, § 4 B.W. De MBV-wet is op dit punt te beschouwen als een *lex specialis*, zodat een herroeping van de toestemming in de zin van artikel 318, § 4 B.W. slechts mogelijk is in zoverre de MBV-wet dit toelaat.

546. Een gegeven toestemming is overeenkomstig de MBV-wet slechts mits onderling akkoord van het echtpaar intrekbaar (art. 8 MBV-wet). De echtgenoot kan aldus vóór de verwekking zijn in de overeenkomst

---

VAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", *l.c.*, nr. 8, die het voorbeeld aanhalen van een ontwricht huwelijk waarbij de vrouw een relatie heeft met een andere man die fertiliteitsproblemen heeft en waarbij de echtgenoot de toestemming geeft tot K.I., evenwel zonder de intentie het juridische vaderschap op zich te nemen.

125 Dit was nochtans het geval bij de zaak Baby D. Zie over deze zaak uitgebreid: I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.", *TjK* 2006, 5-19.

126 Daarmee wordt enigszins teruggekomen op het oordeel dat de wetgever had in 1987, nl. dat het vastleggen van de toestemming in een verklaring in strijd zou zijn met de bedoeling van de ouders die niet aan het licht wensen te brengen dat ze gebruik maken van een kunstmatige voortplantingstechniek: Ontwerp van wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en de adoptie, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 56. In de opvatting van de MBV-wet maakt het krijgen van het kind deel uit van een gezamenlijk gezinsproject. Het 'wenspaar' sluit de overeenkomst die steeds schriftelijk is (art. 7 MBV-wet).

tot medisch begeleide voortplanting gegeven toestemming ter vervulling van een actuele kinderwens niet zonder medewerking van zijn echtgenote intrekken en wordt bijgevolg op onbetwistbare wijze tot juridische vader aangewezen.

Indien het evenwel handelt om een nieuwe inplanting van een overtallig embryo dat op verzoek van beide wensouders werd bewaard of om een nieuwe inseminatie van overtallige gameten die op verzoek van beide wensouders werden bewaard, moet het geraadpleegde fertiliteitscentrum zich vergewissen van de instemming van beiden met deze handeling alvorens enige daad te stellen (resp. art. 12 *in fine* en art. 41 *in fine* MBV-wet). De wensvader kan, hoewel hij eerder toestemde in de bewaring met het oog op de vervulling van een latere kinderwens, alsnog verhinderen dat er een kind wordt verwekt. In de overeenkomst tot medisch begeleide voortplanting moet overigens worden bepaald wat er met de bewaarde embryo's moet gebeuren bij scheiding of ingeval de wensouders een onoplosbaar meningsverschil hebben (art. 13, 2de lid, 1° MBV-wet). Een vergelijkbare bepaling ontbreekt voor wat betreft bewaarde gameten (zie art. 42 MBV-wet).

547. Dit alles moet in het licht van de wet van 1 juli 2006 ook enigszins worden *genuanceerd* (zie art. 316*bis* B.W. en *supra*, nrs. 29-56). De vaderschapsregel werkt in een viertal opgesomde situaties waarin de echtgenoten een afzonderlijke verblijfplaats (mogen) betrekken niet meer van rechtswege indien het kind meer dan 300 dagen na (de toelating tot) het afzonderlijke verblijf wordt geboren. De echtgenoot die zijn toestemming wil intrekken en aldus niet tot juridische vader aangewezen wil worden, kan (juridisch of administratief) een afzonderlijke verblijfplaats betrekken (situatie cf. art. 316*bis* B.W.). Welnu, indien de echtgenote alsnog het kind bij zich laat verwekken en het kind wordt geboren meer dan 300 dagen nadat de echtgenoten afzonderlijk (geregistreerd) verblijf houden zonder dat er een gemeenschappelijke verklaring wordt afgelegd, wordt het vaderschap niet (meer)[127] van rechtswege t.a.v. haar (ex-)echtgenoot vastgesteld en is artikel 318, § 4 B.W. niet van toepassing.

[127] Vóór de wet van 1 juli 2006 kon enkel via een gemachtigde erkenning (oud art. 320 B.W.) het kind een andere juridische vader bekomen.

d. Belang van het huwelijk

548. Het huwelijkse kader speelt een belangrijke rol. Artikel 318, § 4 B.W. is enkel van toepassing op een gehuwd heteropaar.

Vallen aldus niet onder het toepassingsgebied van artikel 318, § 4 B.W.: de *feitelijk samenlevende* en *wettelijk samenwonende* mannelijke partner van de moeder. Dit hangt samen met de beperking van het toepassingsgebied van de vaderschapsregel tot kinderen geboren of verwekt binnen een huwelijk (zie art. 315 en art. 317 B.W.). Indien aldus een feitelijk samenlevende of wettelijk samenwonende mannelijke partner zijn toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had met het oog op de verwekking van een kind, wordt hij volgens het recht niet van rechtswege de juridische vader van dat kind (zie *supra,* nrs. 57-64).

Indien de man niet de biologische vader was van het kind en de moeder weigerde haar medewerking te verlenen, was het voor die man bijzonder moeilijk om een afstammingsband te vestigen met dat kind. Omgekeerd kon de partner die aanvankelijk zijn toestemming verleende, in die situatie eenvoudig zijn verantwoordelijkheid ontlopen en weigeren om een juridische band met het kind te (laten) vestigen. In de rechtsleer werd om die redenen *de lege ferenda* bepleit de toestemming tot voortplanting door de buitenhuwelijkse partner gelijk te stellen met de erkenning van het vaderschap van het aldus te verwekken kind.[128]

---

128 P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *l.c.*, p. 635, nr. 24; A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *l.c.*, nr. 23, p. 235; E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *l.c.*, p. 1119, nr. 69; zie hierover uitgebreid: N. MASSAGER, *o.c.*, 617, die het Franse systeem, ingevoerd in 1994 (art. 311-20 C. Civ.), voorstaat. Aan de toestemming tot voortplanting wordt niet van rechtswege de erkenning van het kind gekoppeld. Het Franse recht biedt een alternatief: ofwel erkennen ofwel komt de aansprakelijkheid van de toestemmende man jegens de moeder en het kind in het gedrang; Vgl. met het besluit van het Advies nr. 27 van 8 maart 2004 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende de donatie van sperma en eicellen, 45; Advies nr. 29 van 21 juni 2004 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende embryodonatie; In Nederland kan de moeder of het kind het vaderschap gerechtelijk laten vaststellen op grond dat de man als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:207, 1 B.W.) of een vordering tot levensonderhoud instellen tegen die man (art. 1:394 B.W.).

De MBV-wet brengt hier verandering in, voor zover de wensvader mede de overeenkomst tot medisch begeleide voortplanting met het fertiliteitscentrum heeft ondertekend (cf. art. 7 MBV-wet). De MBV-wet bepaalt immers dat de regels van het afstammingsrecht in het voordeel van de wensouders spelen vanaf het ogenblik van de implantatie van het embryo of de inseminatie van de gameten. Op die manier vervangt de MBV-wet de grondslag van de genetische band door die van het wensouderschap (zie *supra*, nr. 532). De wensvader kan het kind erkennen, desgevallend na machtiging (zie *infra*, nr. 550). Ingeval de (aanvankelijke) wensvader het kind niet wenst te erkennen, kan de wensmoeder, of later het kind, een gerechtelijk onderzoek naar vaderschap tegen hem instellen (zie *infra*, nr. 552).

e. Opvolgend huwelijk

549. De MBV-wet doet geen afbreuk aan artikel 317 B.W. dat bepaalt dat, ingeval de vaderschapsregel werkt in het voordeel van twee personen ingevolge een opvolgend huwelijk van de moeder, de *nieuwe* echtgenoot tot juridische vader wordt aangewezen. Deze regel geldt zelfs ingeval de vorige echtgenoot de toestemming heeft gegeven tot medisch begeleide voortplanting. De MBV-wet wijst niet de wensvader tot juridische vader aan, maar bepaalt enkel dat de afstammingsregels, bij donatie van sperma of een embryo gecreëerd met donorsperma, in het voordeel van de wensvader spelen. Uiteraard kan de vorige echtgenoot het vaderschap in hoofde van de nieuwe echtgenoot met succes betwisten (art. 317, 2de lid en art. 318, § 2 *in fine* B.W. – zie *supra*, nr. 146). Een succesvolle betwisting leidt ertoe dat hij tot juridische vader wordt aangewezen. Hij dient daartoe zelfs geen biologische band aan te tonen (art. 317, 2de lid B.W.). Het is evenwel twijfelachtig dat het kind het resultaat is van de medisch begeleide voortplanting ingeval toch mocht blijken dat de nieuwe echtgenoot de biologische vader is.

2. Erkenning

550. Ingeval het vaderschap niet of niet meer vaststaat bij toepassing van de vaderschapsregel, kan de vader het kind erkennen (art. 319 B.W.). De wensvader die niet gehuwd is met de wensmoeder *moet* het kind erkennen wil hij juridisch vader worden.[129] De MBV-wet wijst niet

[129] Vgl. Frankrijk: V. SEBAG (préface de G. TEBOUL), *o.c.*, p. 135, nr. 297.

van rechtswege de wensvader tot juridische vader aan. De gewone regels inzake een erkenning zijn van toepassing (zie *supra*, deel III).

Indien de toestemming tot erkenning wordt *geweigerd* door de juridische moeder of het kind dat de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt[130], kan het niet-biologische vaderschap, door donatie van sperma in het kader van medisch begeleide voortplanting, geen belet vormen voor de wensvader om toch de machtiging tot erkenning te verkrijgen. De MBV-wet bepaalt dat de regels van het afstammingsrecht werken in het voordeel van de wensvader (art. 27, 1ste lid en art. 56, 1ste lid MBV-wet).[131] De grondslag van de biologische werkelijkheid (zie art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.) wordt op die manier opzij geschoven ten voordele van de wensvader die (mee) toestemde in de daad van medisch begeleide voortplanting in de overeenkomst met het fertiliteitscentrum.[132] Een andere man die het kind wenst te erkennen, kan dit voordeel niet inroepen. De toets aan het belang van het kind dat een jaar of ouder is, blijft in elk geval onverkort van toepassing.

551. De *spermadonor* kan het kind met toestemming van alle betrokkenen, voor zover de wet dit vereist, erkennen. De MBV-wet vormt geen belet daarvoor (vgl. *supra*, nr. 538). In voorkomend geval kan de wensvader het vaderschap van de spermadonor met succes betwisten (zie *infra*, nr. 557). Ingeval de toestemming tot erkenning wordt geweigerd, belet de MBV-wet echter dat de spermadonor een machtiging tot erkenning kan verkrijgen (vgl. *supra*, nr. 538). Het is evenwel aan de juridische moeder of het kind om aan te tonen dat het kind verwekt kan zijn door middel van medisch begeleide voortplanting met donorsperma. Eens dit wordt aangetoond, is de vordering onontvankelijk.

---

130 Het ontvoogde minderjarig kind en het meerderjarige kind beschikt evenwel over een vetorecht (art. 329*bis*, § 1 B.W.).

131 Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 124.

132 Vgl. J. SOSSON, *l.c.*, p. 397, voetnoot 173: *"Quid si une femme non mariée ayant signé avec son partenaire une "convention relative à la procréation assistée» visé aux articles 7 et 59 de ce projet de loi, convention ayant donc été conclue par ceux que l'article 7 appelle les « deux auteurs du projet parental », refuse ensuite de consentir à la reconnaissance par son partenaire ? Il nous semble que le tribunal saisi sur la base de l'article 329bis du Code civil devrait, en application de l'article 56, appliquer les règles du Code civil « en faveur du ou des auteurs du projet parental », c'est-à-dire dans ce cas autoriser la reconnaissance alors même que, par définition, elle n'est pas conforme à la réalité biologique".*

3. Onderzoek naar vaderschap

552. Ingeval het vaderschap niet op grond van de vaderschapsregel noch op grond van een erkenning vaststaat, kan het bij *vonnis* worden vastgesteld (art. 322 B.W.). Ingeval de partner van de moeder die (mee) toestemde in de daad van medisch begeleide voortplanting het kind niet wil erkennen, kan er een onderzoek naar vaderschap worden ingesteld tegen de (aanvankelijke) wensvader, voorzover die mede de overeenkomst tot medisch begeleide voortplanting ondertekende. De MBV-wet bepaalt dat de afstammingsregels in het voordeel van de wensouders spelen zodat de grondslag van de biologische band (zie art. 324 en art. 332*quinquies*, § 3 B.W.) wordt vervangen door die van het wensouderschap (zie art. 27, 1ste lid en art. 56, 1ste lid MBV-wet, zie *supra*, nr. 532).[133]

553. De rechtsvordering ingesteld door of tegen de *spermadonor* is niet-ontvankelijk.[134] De MBV-wet sluit uitdrukkelijk iedere vordering betreffende de vaststelling van de afstamming door of tegen de donor van het embryo of de gameten uit (art. 27, 2de lid en art. 56, 2de lid MBV-wet). Zowel de donor als de juridische moeder en het kind ouder dan 12 jaar kunnen deze grond van niet-ontvankelijkheid opwerpen. De persoon die de grond opwerpt, moet aantonen dat het kind verwekt kan zijn door medisch begeleide voortplanting met donorsperma.

554. De vordering ingesteld tegen een *derde* heeft evenmin succes. Het niet-biologische vaderschap kan immers steeds worden aangetoond waardoor de vordering wordt afgewezen (art. 332*quinquies*, § 3 B.W.). Een uitzondering hierop vormt de hypothese waarin het kind reeds bezit van staat heeft t.a.v. de persoon tegen wie een onderzoek naar vaderschap wordt ingesteld. Ingeval niemand het niet-biologische vaderschap aantoont (cf. art. 332*quinquies*, § 3 B.W.), volstaat het bezit van staat om de vordering in te willigen (art. 324, 1ste lid B.W.). Ingeval het kind één jaar of ouder is, kan verzet er evenwel toe leiden dat de vorde-

133 Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 124, alwaar een amendement nr. 133 werd aangenomen met tot doel te verduidelijken dat een kind dat via medisch begeleide voortplanting wordt geboren, een rechtsvordering kan instellen tegen zijn wensouders, en andersom, dat deze laatsten een vordering inzake afstamming kunnen instellen ten aanzien van een kind dat is geboren door middel van medisch begeleide voortplanting.

134 J. SOSSON, *l.c.*, nr. 58, p. 401-402.

ring alsnog wordt afgewezen, gelet op het belang van het kind (art. 332*quinquies*, § 2, 1ste lid B.W.).

4. Betwisting van de afstamming

555. *Bezit van staat* sluit iedere vorm van betwisting uit, zelfs ingeval het de zaadceldonor is die het kind met toestemming van alle betrokkenen, voor zover vereist door de wet, heeft erkend (art. 318, § 1 en art. 330, § 1 B.W.).

556. De echtgenoot die de toestemming gaf tot de daad van medisch begeleide voortplanting wordt, ingeval de vaderschapsregel uitwerking heeft en het kind het gevolg kan zijn van de handeling waartoe hij de toestemming gaf, op *onbetwistbare* wijze tot juridische vader aangewezen (art. 318, § 4 B.W., zie *supra*, nr. 543).[135]

Ingeval de wensvader het kind heeft erkend, kan zijn vaderschap niet meer worden betwist op grond van het ontbreken van een biologische band (cf. art. 330, § 2 B.W.). De afstammingsregels werken immers in het voordeel van de wensouders (zie art. 27, 1ste lid en art. 56, 1ste lid MBV-wet).

557. Verder kan, ingeval er nog geen bezit van staat is tot stand gekomen, het vaderschap in hoofde van de *spermadonor* of een *derde* steeds met succes worden betwist. Zelfs indien er een biologische band zou bestaan tussen de juridische vader en het kind, werken de afstammingsregels in het voordeel van de wensvader, op voorwaarde dat wordt aangetoond dat de verwekking van het kind het resultaat kan zijn van medisch begeleide voortplanting met donatie van mannelijke gameten of een embryo (art. 27, 1ste lid en art. 56, 1ste lid MBV-wet). De grondslag van de biologische werkelijkheid wordt bijgevolg vervangen door die van het wensouderschap. Op die manier kan het juridische vader-

135 Vgl. A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *l.c.*, p. 235, nr. 20; X. DIJON, *l.c.*, p. 98, nr. 7; A. DE WOLF, *l.c.*, 110; Y.-H. LELEU, "Droit des personnes et des familles. Mise à jour. La filiation et l'autorité parentale. Loi du 1er juillet 2006 – Loi du 18 juillet 2006", in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2007, p. 35, nr. 625, de grond van ontoelaatbaarheid van art. 318, § 4 B.W. kan tegen elke titularis van het vorderingsrecht worden ingeroepen.

schap in hoofde van de nieuwe echtgenoot of partner van de moeder steeds met succes worden weerlegd.

De *wensvader* die een vordering tot betwisting van het juridische vaderschap instelt en aantoont dat hij in de overeenkomst met het fertiliteitscentrum (mede) de toestemming heeft gegeven tot medisch begeleide voortplanting, wordt, in beginsel, van rechtswege de nieuwe juridische vader (art. 318, § 5[136] en art. 330, § 3 B.W.). Indien het kind echter ouder is dan één jaar, kan verzet ertoe leiden dat de rechter de vaststelling toetst aan het belang van het kind en alsnog weigert om de vordering in te willigen (art. 318, § 5 j° art. 332*quinquies*, § 2 B.W. en art. 330, § 3 j° art. 332*quinquies*, § 2 B.W.).

558. De wensvader die tot de vaststelling komt dat de verwekking van het kind *niet* het gevolg kan zijn van de daad van medisch begeleide voortplanting waarin hij toestemde, kan, voor zover nog geen bezit van staat is tot stand gekomen, zijn juridisch vaderschap met succes betwisten. Indien het juridisch vaderschap van rechtswege werd vastgesteld, moet worden aangetoond dat het kind niet het gevolg kan zijn van de handeling waarin hij heeft toegestemd (art. 318, § 4 B.W.).[137] Ingeval hij het kind heeft erkend, moet daarenboven worden aangetoond dat aan zijn toestemming een gebrek kleefde (art. 330, § 1, 2de lid B.W.).[138] In beide gevallen kan de ontstentenis van een biologische band worden bewezen (resp. art. 318, § 3 en art. 330, § 2 B.W.). Toont de wensvader echter niet vooraf aan dat het kind niet het gevolg kan zijn van de toegestemde daad tot medisch begeleide voortplanting, dan wordt zijn vordering afgewezen.

De *andere titularissen* van de vordering tot betwisting moeten vooraf aantonen dat het kind niet kan zijn verwekt door de toegestemde daad van medisch begeleide voortplanting. Op die manier wordt de werking van

---

136 De situatie die hier wordt geviseerd is de volgende. Een man sluit samen met een gehuwde vrouw een overeenkomst tot medisch begeleide voortplanting met een fertiliteitscentrum teneinde met donorsperma een kind te verwekken bij die vrouw. De echtgenoot van die vrouw stemt niet toe. Art. 318, § 4 B.W. is aldus niet van toepassing.

137 Zie X. DIJON, *l.c.*, p. 96, nr. 3 en p. 98, nr. 8.

138 Bv. bedrog door de wensmoeder over de wijze van verwekking. Het kind werd bv. niet verwekt door K.I.D., maar op natuurlijke wijze: M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 407, nr. 24; Dit bewijs loopt enigszins samen met het bewijs dat het kind niet het gevolg kan zijn van de toegestemde daad van medisch begeleide voortplanting: X. DIJON, *l.c.*, p. 105, nr. 19.

artikel 27, 1ste lid en artikel 56, 1ste lid MBV-wet uitgeschakeld, waarna de gewone regels inzake afstamming terug herleven.

5. Vordering tegen de verwekker

559. De juridische moeder die een kind bij zich liet verwekken door middel van MBV met donorsperma kan niet namens het kind een vordering instellen tegen diegene die gedurende het wettelijke tijdvak van de verwekking met haar gemeenschap heeft gehad (cf. art. 336 e.v. B.W.). Het kind werd immers uiteraard niet verwekt door *vruchtbare geslachtsbetrekkingen* tijdens de wettelijke periode van bevruchting[139] indien de moeder een beroep deed op medisch begeleide voortplanting met gedoneerde zaadcellen of embryo's. Maar zelfs indien wordt aangenomen dat de grondslag van de onderhoudsvordering gelegen is in de biogenetische band[140], dan nog verhindert artikel 27, 2de lid en artikel 56, 2de lid MBV-wet m.i. dat er enige vermogensrechtelijke vordering tegen de spermadonor wordt ingesteld.

De artikelen 27, 2de lid en 56, 2de lid MBV-wet zijn op dit punt evenwel niet geheel duidelijk. Voornoemde artikelen bepalen dat de donor of de ontvanger *"(…) geen rechtsvordering (kunnen) instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen"*. De term *"daaruit"* wijst m.i. op het genetische ouderschap dat volgt uit de donatie. Dit volgt uit de logica en de *ratio legis* (zie *supra*, nr. 529). Immers, indien wordt verhinderd dat er een afstammingsband op gerechtelijke wijze kan worden vastgesteld, wordt *a fortiori* verhinderd dat er enige rechtsgevolgen kunnen voortvloeien uit die band. Ingeval de term "daaruit" in samenhang wordt gelezen met "een afstammingsband", zou deze zinsnede aldus zonder betekenis zijn. Deze interpretatie zou ook tot gevolg hebben dat er een onderhoudsvordering tegen de spermadonor kan worden ingesteld; de vordering tegen de verwekker is nl. geen vordering m.b.t. de vermogensrechtelijke gevolgen die voortvloeiten uit een vastgestelde afstammingsband. Dit is strijdig met de *ratio legis*.[141]

---

139 Deze vormen volgens de meeste auteurs de grondslag van de onderhoudsvordering, zie bv. P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 872.

140 In die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 336 B.W.", in *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (1998), nr. 1.

141 Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 72.

§ 3. HOMOSEKSUEEL (ECHT)PAAR

A. De bio-fysiologische moeder

560. Dezelfde regels als hoger, nr. 536 zijn ook hier integraal van toepassing.

B. De lesbische meemoeder

561. Dat de afstammingsregels werken in het voordeel van de wensouders die het embryo of de zaadcellen hebben ontvangen, betekent daarom nog niet dat de *lesbische* echtgenote of partner van de bio-fysiologische moeder volgens de gewone regels inzake afstamming een afstammingsband kan verkrijgen t.a.v. het kind. De MBV-wet vestigt geen afstammingsbanden, maar laat het wensouderschap primeren boven het genetische ouderschap. Dit wordt bevestigd door de parlementaire voorbereiding.[142]

De lesbische vrouw die een afstammingsband wil vestigen t.a.v. het kind van haar echtgenote of partner, moet het kind *adopteren*.[143] Dit is mogelijk sedert de wet van 18 mei 2006.[144] Daarmee wordt een onderscheid gecreëerd tussen het kind geboren tijdens het huwelijk van een heteropaar en het kind geboren tijdens het huwelijk van een lesbisch paar, hoewel beide echtgenoten kunnen hebben toegestemd tot een daad van medisch begeleide voortplanting. Nu het huwelijk door een paar van gelijk geslacht mogelijk is én een paar van gelijk geslacht een kind ten volle kan adopteren waardoor het ook met de lesbische echtgenote van

---

142 Verslag namens de commissie, *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1440/9, 24 en 125. Een amendement nr. 147 dat dit wilde expliciteren werd niet aangenomen, precies omdat de MBV-wet op zich geen afstammingsbanden vestigt; in dezelfde zin: Verslag namens de commissie, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2567/4, 36 en 52.

143 Artikel 143, 2de lid B.W. sluit uitdrukkelijk de toepassing van de vaderschapsregel (art. 315 B.W.) uit ingeval het huwelijk werd aangegaan tussen personen van hetzelfde geslacht. In de titel "afstamming" is ook telkens sprake van 'vaderschap' en 'moederschap'. Een erkenning is derhalve evenmin mogelijk.

144 *B.S.* 20 juni 2006; zie uitgebreid: T. WUYTS, "De Wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht", *E.J.* 2006, 85-94; A. HUYGENS, "Voorwaarden en gevolgen van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht", in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *Verblijfsco-ouderschap. Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen. Adoptie door personen van hetzelfde geslacht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 201-256.

de moeder een volwaardige afstammingsband kan verkrijgen, rijst de vraag in hoeverre dit onderscheid in behandeling wel de gelijkheidstoets kan doorstaan.[145] Adoptie is in de eerste plaats een bijzondere maatregel van jeugdbescherming[146] en is aldus niet geschikt om oorspronkelijke afstammingsbanden vast te stellen.[147]

562. Deze vraag rijst eens te meer nu ook iedere rechtsvordering betreffende de afstamming ingesteld door of tegen de *spermadonor* niet ontvankelijk is (art. 27, 2de lid en art. 56, 2de lid MBV-wet), zodat het

---

145 Zie hierover uitgebreid: T. WUYTS, "De Wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht", *l.c.*, 93-94 en de aldaar aangehaalde referenties; vgl. M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 411, nr. 56 en de verwijzing aldaar; Vgl. de opvatting van een aantal leden van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België in advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende de donatie van sperma en eicellen, 45-46; Vgl. in Nederland, alwaar hetzelfde vraagstuk werd opgeworpen: A.E. HENSTRA, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht. Een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht*, Boom Juridische uitgevers, 2002, 181 p.; M. VONK, "Een, twee of drie ouders?" Duo moeders en de bekende donor met 'family life'", *FJR* 2003, 122-128, de auteur wijst er echter op dat 'het belang van het kind' primeert en er een rol kan weggelegd zijn voor de bekende donor van gameten die mee de wil heeft om ouder te worden. *Contra* het geslachtsneutraal maken van de vaderschapsregel en de erkenning als duo-ouder door de gelijkslachtige partner: A. HUYGENS, "Persoonlijk gezag over minderjarige kinderen: quo vadis?", *T.B.B.R.* 2006, (567), p. 574, nr. 17, de bezwaren die de auteur aanhaalt zijn m.i. na de MBV-wet achterhaald. Ook bij een ongelijkslachtig paar wordt er immers geen rekening gehouden met de rechten van de bekende donor. Eventueel kan hij een recht op persoonlijk contact verkrijgen ingeval hij een bijzonder affectieve band kan aantonen (art. 375*bis* B.W.). Bovendien kan de anonimiteit van het donorschap nooit worden opgeheven. Ten slotte is nog niet wetenschappelijk aangetoond dat de psyche van een kind pas ten volle kan worden ontwikkeld indien de biologische realiteit correct wordt weergegeven. Ter zake kan worden verwezen naar de vele hoorzittingen in het kader van de openstelling van de adoptie door paren van gelijk geslacht in Kamer: *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-664/8 en Senaat: *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1460/6 en in het bijzonder K. VANFRAUSSEN, *The childrearing process in lesbian families with children created by means of donor insemination*, proefschrift tot het behalen van de graad van doctor in de psychologie, VUB, academiejaar 2002-2003, ISBN 90-77130-03-9, 97-104.

146 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1366/11, Verslag namens de commissie voor de justitie, 8, 11 en 15; C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (3), p. 34, nr. 30.

147 Vgl. in Nederland: K.J. SAARLOOS, "Duo-moederschap: op de grens van afstamming en adoptie", *FJR* 2007, 142-148 en de verwijzingen aldaar. De auteur wijst erop dat in dit geval de adoptie als een instrument voor gezinsvorming en niet als een maatregel van kinderbescherming wordt gebruikt. Bovendien pleit hij, m.i. terecht, om de problematiek van het duo-moederschap te regelen via het afstammingsrecht. Door de problematiek via het adoptierecht te regelen, lijkt het alsof de Belgische wetgever opnieuw de opdeling tussen wettige en onwettige kinderen invoert, waarbij om het statuut van laatstgenoemde kinderen te verbeteren, een beroep moet worden gedaan op een zgn. "regulariserende adoptie" (vgl. wet van 10 februari 1958, *B.S.* 20 februari 1958).

kind geen afstammingsband kan laten vaststellen t.a.v. zijn biologische vader. Dit geldt zelfs ingeval het een bekende donor van gameten is die zijn wil heeft uitgedrukt om in beperkte mate bij de opvoeding te worden betrokken.

Het is evenwel niet uitgesloten dat het kind wordt *erkend* door een man met toestemming van de juridische moeder, zelfs door de spermadonor (vgl. *supra*, nr. 538). Eens het kind ontvoogd of meerderjarig is, kan en moet het zelf de toestemming daartoe verlenen (art. 329*bis*, § 1 B.W.). De lesbische echtgenote of partner die in de overeenkomst met het fertiliteitscentrum (cf. art. 7 MBV-wet) toestemde met de daad van medisch begeleide voortplanting, kan de erkenning niet verhinderen en kan bovendien ook de vastgestelde afstammingsband niet eens betwisten, aangezien zij geen titularis is van het betwistingsrecht (zie art. 330, § 1 B.W.).

Ingeval de juridische moeder echter *weigert* toe te stemmen in de erkenning, kan ook de bekende spermadonor geen afstammingsband vestigen met het minderjarige kind (vgl. *supra*, nr. 551).

§ 4. ALLEENSTAANDE MOEDER

A. Langs moederszijde

563. Dezelfde regels als hoger, nr. 536 zijn ook hier integraal van toepassing.

B. Tweede afstammingsband?

564. Opnieuw verhindert artikel 27, 2de lid en artikel 56, 2de lid MBV-wet iedere rechtsvordering betreffende de afstamming ingesteld door of tegen de *spermadonor*. De wet sluit echter niet uit dat het kind met toestemming van de juridische moeder wordt erkend door een man, zelfs door de spermadonor (vgl. *supra*, nr. 538). Eens het kind ontvoogd of meerderjarig is, kan het zelf toestemmen in de erkenning (art. 329*bis*, § 1 B.W.).

Een onderhoudsvordering tegen de verwekker is niet toelaatbaar (zie *supra*, nr. 559).

565. De man die het kind heeft *erkend*, kan zijn erkenning betwisten op voorwaarde dat er nog geen bezit van staat is tot stand gekomen (art. 330, § 1, 1ste lid B.W.). Opdat de vordering zou worden ingewilligd, moet hij voorafgaandelijk een wilsgebrek in zijn hoofde aantonen (art. 330, § 1, 2de lid B.W.). Dit is echter zeer moeilijk te bewijzen, maar het is niet uitgesloten. Tenzij de man die het kind erkende de spermadonor is, kan hij steeds met succes de ontstentenis van een biologische band aantonen (art. 330, § 2 B.W.).

HOOFDSTUK IV.
ANONIMITEIT VAN HET DONORSCHAP

§ 1. GROEIENDE CONSENSUS OVER HET BESTAAN VAN EEN 'RECHT OP KENNIS VAN DE GENETISCHE OORSPRONG'

A. Aandacht in de voorbereidende werken

566. Onder verwijzing naar artikel 7 I.V.R.K. en artikel 8 E.V.R.M. wordt in de parlementaire voorbereidende werken door sommige parlementsleden het bestaan van een *recht op identiteit* erkend.[148] Hieronder wordt ook de mogelijkheid voor een persoon begrepen om zijn persoonlijke geschiedenis te kennen, met inbegrip van zijn genetische oorsprong, in het bijzonder ingeval hij werd verwekt door middel van gedoneerde gameten of een gedoneerd embryo. De Raad van State zet deze vaststelling kracht bij door te verwijzen naar de rechtspraak van het E.H.R.M. waaruit zou blijken dat de anonimiteit terdege verantwoord moet zijn.[149] Hierna volgt een overzicht van deze rechtspraak.

Empirische gegevens over de betekenis voor een kind om de identiteit van de donor te kennen, zijn evenwel niet beschikbaar.[150]

B. Het adoptierecht

567. In het interlandelijke adoptierecht is de bekendmaking van de identiteit van de oorspronkelijke ouders *uitdrukkelijk* geregeld. De wetge-

---

148 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1011/1, Toelichting, 2-7; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-559/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 15-17; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 19; In Nederland werd art. 7 I.V.R.K. ook in verband gebracht met de anonimiteit van de donor bij de bespreking van de Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting van 25 april 2002, *Stb.* 2003, 320, zie: Kamerstukken I 2000-01, 23207, nr. 201b, p. 1 en uitgebreid: S. MEUWESE, M. BLAAK en M. KAANDORP (eds.), *Handboek internationaal jeugdrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005, 89-90.

149 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State, p. 60-61, nr. 93.

150 Zie uitgebreid over de bekende resultaten: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-559/2, hoorzitting met prof. BREWAEYS, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 4-9.

ver zorgde er in het kader van het interlandelijke adoptierecht ter uitvoering van het Haags Adoptieverdrag voor dat identificerende en niet-identificerende gegevens omtrent de herkomst van een kind worden bewaard en door de betrokkene, overeenkomstig de Belgische wet, kunnen worden geconsulteerd (art. 368-6 B.W.).[151]

Uit het Haags Adoptieverdrag volgt evenwel *niet* dat het recht om zijn persoonlijke oorsprong te kennen een fundamenteel recht voor het individu is. Het Belgische recht evolueert wel in die zin.[152] Er werd zelfs geen rekening gehouden met de wens tot anonimiteit van de oorspronkelijke ouders.[153]

C. Artikelen 3 en 7 I.V.R.K.

568. Uit artikelen 3 en 7 I.V.R.K. volgt dat Staten het nodige moeten doen om alle kinderen, ook geadopteerde kinderen, de mogelijkheid te bieden hun *geboorteouders* te kennen.[154] Dit belet niet dat het belang van het kind in een individuele situatie kan eisen dat de identiteitsgegevens van de geboorteouders niet worden bekendgemaakt. Het is aan de Staat om te beslissen onder welke omstandigheden en via welke procedures men kennis kan nemen van deze gegevens zolang het recht zelf niet in het gedrang komt. De Staat kan daarbij ook rekening houden met de rechten die andere betrokkenen putten uit internationale instrumenten.[155]

---

151 Art. 30 van het Verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie, gedaan te Den Haag op 29 mei 1993, geratificeerd bij wet van 24 juni 2004, *B.S.* 6 juni 2005; Zie voor de concrete uitwerking op Vlaams niveau: art. 26 Decreet van 15 juli 2005 tot regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen, *B.S.* 16 september 2005.

152 Zie uitgebreid: V. PROVOST, "Le droit de connaître ses origines personnelles: une évidence qui n'en est (peut-être) pas une", *J. dr. jeun.* 2007, (18), 26-28; C. CASTELEIN, *l.c.*, 9-10.

153 F. SWENNEN, "De juridische gevolgen van de adoptie", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (123), 134-135.

154 Zie in die zin C. NEIRINCK en K. O'DONOVAN aangehaald door S. MICHAUX, "L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant", *Rev. trim. dr. fam.* 2005, (321), 341, voetnoot 36.

155 J. VAN BROECK, "Het recht van een geadopteerde om zijn geboorteouders te kennen. Het bloed kruipt waar het niet gaan kan…", (noot onder Hof Mensenrechten 13 februari 2003), *T.B.B.R.* 2003, (407), 408-412 en de uitgebreide verwijzingen aldaar.

In die zin dringt het *Comité voor de Rechten van het Kind*[156] in zijn *concluding observations* bij de rapportering van de lidstaten er in het licht van artikelen 3 en 7 I.V.R.K. ook op aan dat het kind het recht heeft op toegang tot de gegevens van zijn biologische ouders volgens een door de lidstaat georganiseerde procedure die de gepaste leeftijd vastlegt en professionele ondersteuningsmaatregelen voorziet.[157]

569. Het Comité voor de Rechten van het Kind beperkt deze aanbeveling evenwel niet tot adoptiekinderen. Meer in algemene zin oordeelde het Comité reeds dat:

> *"31. While noting the recent Adoption and Children Bill (2002), the committee is concerned that children born out of wedlock, adopted children, <u>or children born in the context of a medically assisted fertilization do not have the right to know the identity of their biological parents</u>* (eigen onderlijning).
> *32. In the light of articles 3 and 7 of the Convention, the Committee recommends that the State party take all the necessary measures to allow <u>all children, irrespective of the circumstances of their birth</u>* (eigen onderlijning)*, and adopted children to obtain information on the identity of their parents, to the extent possible."*[158]

Dezelfde opmerking maakt het Comité bij de rapporten van de lidstaten die anoniem bevallen toelaten[159], een babyluik ("baby flaps") heb-

---

156 Ingesteld bij art. 43-45 I.V.R.K. en dit ter beoordeling van de voortgang die de Staten die partij zijn boeken bij het nakomen van de in dit Verdrag aangegane verplichtingen (art. 43.1. I.V.R.K.).

157 Zie bv. Concluding observations bij het rapport van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van 9 oktober 2002, CRC/C/15/Add.188, nr. 32; Concluding observations bij het rapport van Italië van 18 maart 2003, CRC/C/15/Add.198, nr. 28; Concluding observations bij het rapport van de Russische Federatie van 23 november 2005, CRC/C/RUS/CO/3, nr. 41; Concluding observations bij het rapport van Oezbekistan van 2 juni 2006, CRC/C/UZB/CO/2, nr. 41.

158 Concluding observations bij het rapport van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van 9 oktober 2002, CRC/C/15/Add.188.

159 Zie bv. Concluding observation bij het rapport van Luxemburg van 31 maart 2005, CRC/C/15/Add.250, nr. 29: *"The committee urges the State party to take all necessary measures to prevent and eliminate the practice of the so-called anonymous birth. In case anonymous births continue to take place, the State party should take the necessary measures so that all information about the parent(s) are registered and filed in order to allow the child to know – as far as possible and at the appropriate time – his/her parent(s)."*; Zie ook: Concluding observation bij het rapport van Frankrijk van 30 juni 2004, CRC/C/15/Add.240, nr. 24, zelfs na de wet van 22 januari 2002: *"The Committee recommends that the State party take all appropriate measures to ensure that the provisions of article 7, especially the right of the child to know, as far as possible, his or her parents, be fully enforced in the light of the principles of non-discrimination (art. 2) and the best interests of the child (art. 3). (…)"*.

ben ingevoerd[160] of die voor buitenhuwelijkse kinderen geen ouderschap van rechtswege kennen.[161]

570. In het licht van het voorgaande moet worden besloten dat een kind overeenkomstig artikelen 3.1. en 7 I.V.R.K. het recht heeft om in de mate van het mogelijke de identiteit van zijn *geboorteouders* (biologische ouders) te kennen. Een systeem dat dit op absolute wijze uitsluit, lijkt dan ook strijdig met voornoemde bepalingen.[162]

De vraag rijst of dit ook voor de gegevens van de *genetische* ouders geldt. Vast staat dat ieder kind, eventueel na een belangenafweging, toegang moet kunnen krijgen tot de identiteit van zijn geboorteouders. Dit is in eerste instantie de biologische moeder die het kind gebaard heeft. De zeer ruime interpretatie van het begrip 'ouders' in de zin van artikel 7 I.V.R.K., gelezen in samenhang met artikel 3.1. I.V.R.K., door het Comité voor de rechten van het kind laat desalniettemin uitschijnen dat ook kinderen die verwekt zijn door middel van medisch begeleide voortplanting met gedoneerde gameten of een gedoneerd embryo het recht moeten hebben om, eventueel na een belangenafweging, de identiteit van hun genetische ouders te kennen.[163]

---

160 Zie bv. Concluding observation bij het rapport van Oostenrijk van 31 maart 2005, CRC/C/15/Add.251, nr. 30: *"The Committee recommends that the State party undertake all necessary measures to prevent the use of the so-called "baby flaps". It further recommends that the State party, as a matter of urgency, introduce and implement legal provisions and regulations for the separate registration of all relevant medical and other data, in particular the name and date of birth of the parent(s) and allow the child at an appropriate time to have acces to these data";* Zie meer over deze praktijk: E. WENNER, "Allemagne: le droit aux origines face à l'émergence de l'anonymat (à propos des "casiers à bébé")", in J. POUSSON-PETIT, *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2002, (797), 806-810.

161 Zie bv. Concluding observations bij het rapport van Italië van 18 maart 2003, CRC/C/15/Add.198, nr. 28: *"(a) Ensure, as far as possible, respect for the child's right to know his or her parents' identity should it be an adopted child or a child born out of wedlock who has not been recognized by either of his or her parents"* en verder *"(b) Urgently review and amend legislation in order to ensure that children born out of wedlock legally have from birth a mother (in accordance with the European Court on Human Rights' decision Marckx v. Belgium and the rule mater semper certa est) and encourage recognition of these children by their fathers (as a way to prevent 'easy' abandonment of children)".*

162 S. MICHAUX, *l.c.*, 344-345, de auteur wijst er terecht op dat de Franse wetgeving inzake anoniem bevallen in het licht van deze opmerkingen strijdig is met art. 3 en 7 I.V.R.K..

163 Vgl. G. VERSCHELDEN, *o.c.*, p. 641, nr. 1177.

D. Artikel 8 E.V.R.M.

1. Recht op informatie over het jeugdbeschermingsverleden

571. Het E.H.R.M. erkent voor het eerst in het arrest-*Gaskin*[164] dat een persoon die tijdens zijn jeugd meerdere jaren onder een jeugdbeschermingsmaatregel werd geplaatst, en in meerdere pleeggezinnen werd opgevangen, een vitaal belang heeft bij het verkrijgen van inlichtingen die hij nodig heeft om zijn kindertijd te kennen en te begrijpen (§§ 36-37). Dit valt onder de bescherming van het privé-leven. *In casu* had de verzoeker reeds een aantal gegevens erover bekomen, maar werd hem de volledige toegang tot de dossiers geweigerd.

Langs de andere kant oordeelt het Hof dat de geheimhouding van het dossier belangrijk is voor het verkrijgen van objectieve en betrouwbare informatie en dat zulke vertrouwelijkheid ook noodzakelijk kan zijn voor de bescherming van derden. In het V.K. konden deze gegevens echter enkel met toestemming van de persoon die deze gegevens verschafte, worden geconsulteerd. Dit systeem is volgens het Hof ontoereikend, nu het op buitenproportionele wijze afbreuk doet aan het recht van het individu om toegang te krijgen tot de informatie m.b.t. zijn privé- gezins- en familieleven ingeval de persoon die deze gegevens verschafte niet beschikbaar is of op onverantwoorde wijze weigert. Enkel een onafhankelijke overheid die definitief beslist of de persoon toegang krijgt ingeval de persoon die deze gegevens verschafte onbereikbaar is of weigert de toestemming te verlenen voldoet aan de eisen van artikel 8 E.V.R.M. (§ 49).[165]

---

164 Hof Mensenrechten (Grote Kamer) Gaskin t./ Verenigd Koninkrijk, arrest van 7 juli 1989, nr. 10454/83, www.echr.coe.int en *FJR* 1990, 201, noot M.J.C. KOENS. De annotator wijst erop dat uit art. 8 E.V.R.M. een informationeel zelfbeschikkingsrecht kan worden afgeleid dat voor de overheid een positieve verplichting meebrengt om een inzageregeling te creëren die voldoet aan de door het E.H.R.M. gestelde eisen (p. 205, nr. 7).

165 Voor het inzagerecht in het dossier van de integrale jeugdhulp in Vlaanderen, zie art. 21-22 Decreet 7 mei 2004 betreffende de rechtspositie van de minderjarige in de integrale jeugdhulp, *B.S.* 4 oktober 2004 en uitgebreid: J. PUT, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 394-398.

2. Gebrek aan consensus over het behoud van de anonimiteit van de donor

572. In het arrest-*X, Y en Z*[166] lijkt het erop dat het Hof een stap terugzet. *In casu* wilde een vrouw-naar-man transseksueel een afstammingsband vestigen t.a.v. een kind dat bij zijn partner werd verwekt door middel van K.I.D. Het Hof oordeelt dat er geen consensus bestaat over het toekennen van ouderlijke rechten aan transseksuelen. Bovendien bestaat er volgens het Hof ook geen consensus over de wijze waarop een sociale band met een kind verwekt door K.I.D. en de persoon die de rol van vader op zich neemt, in rechte moet worden vastgesteld.

Het Hof wijst er ten slotte op dat de techniek van medisch begeleide voortplanting al enkele decennia bestaat in Europa, maar dat veel vraagstukken, in het bijzonder m.b.t. de afstamming, het voorwerp van discussies blijven uitmaken: "*For example, there is no consensus amongst the member States of the Council of Europe on the question whether the interests of a child conceived in such a way are best served by preserving the anonymity of the donor of the sperm or whether the child should have the right to know the donor's identity.*" (§ 44).

3. Recht op identiteit bij de vaststelling van een afstammingsband

573. In het arrest-*Mikulic*[167] pikt het Hof de draad van het arrest-Gaskin terug op: een persoon heeft een vitaal belang bij de ontvangst van informatie die nodig is om de waarheid over een belangrijk aspect van zijn persoonlijke identiteit te ontbloten (§ 64). *In casu* handelde het over een gerechtelijk onderzoek naar vaderschap. De beweerde vader weigerde systematisch om zich te onderwerpen aan een door de rechtbank bevolen DNA-onderzoek waardoor ook de vordering uiteindelijk na enige jaren wegens een gebrek aan bewijs werd afgewezen. De Kroatische rechtbanken trokken geen enkele conclusie uit die weigering.

166 Hof Mensenrechten, X, Y en Z t./ Verenigd Koninkrijk, arrest van 22 april 1997, nr. 75/1995/581/667, *www.echr.coe.int*.

167 Hof Mensenrechten, Mikulic t./ Kroatië, arrest van 7 februari 2002, nr. 53176/99, *www.echr.coe.int*.

Opnieuw erkent het Hof dat de bescherming van derden ook kan inhouden dat zij niet worden gedwongen om zichzelf beschikbaar te stellen voor eender welke medische test met inbegrip van een DNA-onderzoek. Maar het gebrek aan procedurele middelen om de beweerde vader te dwingen tot naleving van het bevolen onderzoek is enkel in overeenstemming met het beginsel van de evenredigheid als er alternatieve middelen bestaan die toelaten dat een onafhankelijke overheid snel over de vordering naar vaderschap kan oordelen (§ 64). Dat was *in casu* niet het geval.

Het Hof vervolgt met de vaststelling dat bij een afstammingsvordering de rechtbanken oog moeten hebben voor het basisprincipe van het belang van het kind. Het Hof vindt dat de beschikbare procedure geen *billijk* evenwicht vormt tussen het recht van de verzoeker om zonder vertraging de onzekerheid omtrent zijn persoonlijke identiteit weg te nemen, en dat van de beweerde vader om geen DNA-onderzoek te ondergaan.[168] De bescherming van de belangen in het geding gebeurt aldus niet op een evenwichtige wijze (§ 65).

4. Recht op identiteit bij anoniem bevallen

574. In het arrest-*Odièvre*[169] wijst het Hof er zelfs uitdrukkelijk op dat artikel 8 E.V.R.M. het recht op identiteit en zelfontplooiing beschermt, alsook het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen met andere mensen en de buitenwereld. Het behoud van de mentale stabiliteit vormt in die context volgens het Hof een onmiskenbare voorwaarde voor de daadwerkelijke beleving van het recht op eerbied voor het privéleven. Onder aangelegenheden die een impact hebben op de zelfontplooiing behoren volgens het Hof details van de identiteit van een persoon als menselijk wezen en het vitale belang, beschermd door het Verdrag, bij het verkrijgen van informatie nodig om de waarheid te kennen over belangrijke aspecten van iemands persoonlijke identiteit, zoals de identiteit van de ouders. Geboorte, en in het bijzonder de omstandigheden

---

168 Vgl. Hof Mensenrechten, Jäggi t./ Zwitserland, arrest van 13 juli 2006, nr. 58757/00, *www.echr.coe.int*, § 38 e.v., *in casu* handelde het over een vordering naar onderzoek van vaderschap waarbij werd verzocht om een DNA-onderzoek op het lichaam van de overleden vermeende vader uit te voeren, wat door de Zwitserse rechtbanken werd geweigerd.

169 Hof Mensenrechten (Grote Kamer), Odièvre t./ Frankrijk, arrest van 13 februari 2003, nr. 42326/98, *N.J.C.M.-Bulletin* 2003, 774, noot C. FORDER en *www.echr.coe.int*.

van de geboorte, vormen volgens het Hof in die optiek een belangrijk deel van het privéleven van een persoon dat wordt beschermd door artikel 8 E.V.R.M. (§ 29). *In casu* handelde het over een kind wier moeder anoniem beviel en na de geboorte werd geadopteerd. Eens volwassen ging het kind op zoek naar zijn biologische ouders maar stootte hierbij op de vertrouwelijkheid van de Franse adoptiedossiers.

Na erop gewezen te hebben dat er op de Staat ook positieve verplichtingen aangaande het treffen van maatregelen gericht op de effectieve verzekering van het recht op privéleven in de sfeer van relaties of individuen onderling kunnen rusten (§ 40), herhaalt het Hof opnieuw dat een persoon een vitaal belang heeft, beschermd door het Verdrag, bij het verkrijgen van inlichtingen die hij nodig heeft om zijn kindertijd te kennen en te begrijpen (§ 42). Volgens het Hof zijn de omstandigheden van de zaak-Odièvre anders dan die van de zaak-Gaskin en de zaak-Mikulic, aangezien het in deze zaak gaat om een natuurlijke moeder die het kind van bij de geboorte heeft afgestaan en uitdrukkelijk heeft verzocht dat de informatie omtrent de geboorte vertrouwelijk blijft (§ 43). Het belang van het kind bij het recht op identiteit moet worden afgewogen tegen het belang van de moeder om anoniem te blijven teneinde haar gezondheid bij de geboorte te beschermen in gepaste medische omstandigheden. Deze afweging is niet eenvoudig volgens het Hof, te meer daar het om twee volwassenen handelt. Bovendien moet er volgens het Hof ook rekening worden gehouden met het privéleven van de adoptieouders, de natuurlijke vader en zijn biologische verwanten (§ 44). Ten slotte is er ook nog het algemene belang in het geding, nu de Franse wetgever de bescherming van de gezondheid van moeder en kind tijdens de zwangerschap en de geboorte beoogt alsook abortussen – in het bijzonder illegale abortussen – en de achterlating van kinderen anders dan overeenkomstig de betrokken procedure tracht te vermijden (§ 45).

Na te hebben vastgesteld dat de Staten een beoordelingsmarge behouden over hoe de rechten beschermd door het Verdrag worden verzekerd voor iedereen die valt binnen hun jurisdictie (§ 47) en het feit dat verzoekster al toegang had tot de niet-identificerende informatie over haar biologische moeder en natuurlijke familie (§ 48), onderzoekt het Hof

de Franse wetgeving in het licht van de wet van 22 januari 2002.[170] Deze wet laat toe dat verzoekster via een onafhankelijk orgaan, mits toestemming van de geboorteouders, toch de identificerende gegevens kan verkrijgen. Volgens het Hof eerbiedigt de Franse wetgeving het billijke evenwicht tussen de onderscheiden belangen in het geding en is de Franse wetgever boven alles binnen zijn beoordelingsmarge gebleven (§ 49).

575. De *kritiek* op dit laatste arrest kon niet uitblijven. Maar liefst 7 van de 17 rechters onderschreven een *dissenting opinion*. Vooral de merkwaardige wending in de rechtspraak van het Hof en de niet-overtuigende argumenten om af te wijken van de zaak-Gaskin en de zaak-Mikulic worden op de korrel genomen. Het is inderdaad eigenaardig dat in de zaak-Odièvre werd geoordeeld dat er geen onafhankelijke overheid een afweging moet maken tussen de onderscheiden belangen ingeval de geboorteouders weigeren om hun toestemming te verlenen[171], terwijl dit in de zaak-Gaskin en de zaak-Mikulic wel het geval was. Nochtans is het belang van verzoekster om de identiteit van haar geboorteouders te kennen zeker zo sterk als in voornoemde zaken.[172]

Niettemin kan erop worden gewezen dat de *feiten* van de zaak-Odièvre zeer specifiek zijn omdat het systeem van anoniem bevallen wordt getoetst aan artikel 8 E.V.R.M. Het doel van het anoniem bevallen bestaat er precies in om de gezondheid en de veiligheid van het kind en de moeder te garanderen (§ 45).[173] Gelet op de specifieke omstandigheden van deze zaak, zijn sommige auteurs dan ook terecht van oordeel dat aan deze rechtspraak geen algemene draagwijdte mag worden gegeven.[174]

---

170 Loi n° 2002-93, zie voor een toelichting bij deze wet: S. MICHAUX, *l.c.*, 322-325; L. AZOUX BACRIE, "Accés à la connaissance des origines personnelles et médiation", in G. TEBOUL (ed.), *Procréation et droits de l'enfant, Droit et Justice nr. 57*, Brussel, Bruylant, 2004, (95), 97-101.

171 S. MICHAUX, *l.c.*, 331-337; J. VAN BROECK, *l.c.*, nr. 23, p. 414-415; C. FORDER, noot onder Odièvre t./ Frankrijk, *N.J.C.M.-Bulletin* 2003, (778), p. 783, nr. 5.

172 Dissenting Opinion bij het arrest Odièvre t./ Frankrijk, nr. 19.

173 Ook dit argument gaat, m.i. terecht, volgens de rechters met een dissenting opinion niet op. Het is statistisch niet aangetoond dat in Staten die niet het systeem van anoniem bevallen kennen, er meer abortussen of kindermoorden zouden plaatsvinden. Zie: Dissenting opinion bij het arrest Odièvre t./ Frankrijk, nr. 9.

174 J. VAN BROECK, *l.c.*, p. 415, nr. 24 en de aldaar aangehaalde referenties.

Ook in België wordt overwogen om het *anoniem bevallen* in te voeren.[175] Gelet op de negatieve ervaringen in Frankrijk met *"accouchement sous X"* vóór de wet van 22 januari 2002, wordt echter alsmaar meer geopteerd om het nieuwe Franse systeem, nl. het bevallen in discretie, te implementeren.[176] Zo ver is het evenwel nog niet gekomen.

5. Besluit

576. Uit de rechtspraak van het E.H.R.M. volgt dat het recht op kennisname van de identiteit van de *geboorteouders* het privéleven van een persoon raakt en beschermd wordt door artikel 8 E.V.R.M. Behoudens in de zeer specifieke situatie van de anonieme bevalling, moet iedere weigering tot kennisname door een onafhankelijke instantie kunnen worden getoetst. Deze instantie weegt alle belangen in het geding tegenover elkaar af. Het verzoek kan slechts worden afgewezen indien de andere betrokkenen aantonen dat hun recht op bescherming van privéleven en gezinsleven op buitenproportionele wijze wordt geschonden door de uitoefening van dit recht.[177]

Maar zelfs indien een systeem van anoniem bevallen wordt ingevoerd, dan nog lijkt het erop dat de persoon die op zoek is naar de identiteit

---

175 L. ONKELINX en R. DEMOTTE, "Anoniem bevallen, welke strategie in België?", Studiedag gehouden op 9 mei 2005 te Brussel; Zie in dit verband ook het advies van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België nr. 4 d.d. 12 januari 1998 betreffende de problematiek van anonieme bevallingen, *https://portal.health.fgov.be/portal/page?_pageid=56,8546420&_dad=portal&_schema=PORTAL*. In het advies worden twee opvattingen verdedigd. Enerzijds het bevallen in discretie opdat het kind niet zou lijden door het voor altijd van zijn wortels af te snijden maar waarbij tegelijk rekening wordt gehouden met de noodsituatie waarin de moeder zich kan bevinden. Anderzijds het invoeren van anoniem bevallen. Volgens die opvatting handelt het hier om een dieperliggend conflict van twee waarden. Daarbij primeert de beveiliging van het recht op leven; Reeds bij de hervorming van het afstammingsrecht bij wet van 31 maart 1987 werd overwogen om het anoniem bevallen in te voeren. Dit werd evenwel niet aangenomen omdat het niet ontwijken van fundamentele en natuurlijke verantwoordelijkheden als een hoger goed wordt beschouwd: *Parl. St.* Senaat 1976-77, nr. 954, 31 e.v.

176 *Parl. St.* Kamer, nr. 51-155/1, Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de op 14 juli 1994 gecoördineerde wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, alsook de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens teneinde de mogelijkheid in te voeren om naamloos te bevallen; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2900/1, Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek om het bevallen in discretie mogelijk te maken; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2182/1, Voorstel van resolutie betreffende de discrete bevalling.

177 J. VAN BROECK, *l.c.*, p. 415, nr. 25; Zie in dezelfde zin ook *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State, nr. 95.

van zijn geboorteouders het recht moet hebben om minstens een aantal *niet-identificerende* gegevens te verkrijgen. Het E.H.R.M. hield met deze vaststelling uitdrukkelijk rekening bij de beoordeling van de verenigbaarheid met artikel 8 E.V.R.M. (zie *supra*, nr. 574). Gelet op de wankele meerderheid en de felle kritiek in de rechtsleer is het bovendien niet uitgesloten dat het E.H.R.M. naar de toekomst toe ook bij anoniem bevallen oordeelt dat het kind, bij weigering, via een belangenafweging door een onafhankelijke instantie, de identificerende gegevens van zijn geboorteouders moet kunnen verkrijgen.

Uit de rechtspraak van het Hof valt niet uitdrukkelijk af te leiden dat onder "geboorteouders" ook de *donor* van gameten of het embryo (de "genetische ouder") moet worden begrepen. De ruime interpretatie van het 'privéleven' zoals omschreven in het arrest-Odièvre, laat echter uitschijnen dat ook gegevens omtrent de identiteit van de genetische ouders daaronder kunnen vallen.[178] Hoewel er nog geen studies bekend zijn over de gevolgen van de anonimiteit van de donor op de mentale stabiliteit van het kind, staat echter wel vast dat sommige kinderen die op de hoogte zijn van het feit dat ze verwekt werden door middel van medisch begeleide voortplanting met donorgameten de behoefte hebben om de identiteit van de genetische ouders te kennen, net zoals adoptiekinderen en kinderen bevallen zonder juridische moeder (anoniem) de behoefte hebben om hun biologische ouders (geboorteouders) te kennen.[179]

§ 2. MBV-WET

A. Beginsel

577. In de MBV-wet werd uiteindelijk geopteerd voor de *anonimiteit* van het donorschap (zie art. 28, 1ste lid en art. 57, 1ste lid).[180] Dit is op zich niet innoverend. Reeds onder het oude recht werd aangenomen dat

178 Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State, nr. 93.

179 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-559/2, Hoorzitting met prof. Brewaeys, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 4-6.

180 Zie over het gebrek aan consensus over de wenselijkheid om de anonimiteit van de donoren van gameten op te heffen: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-559/2, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 26; vgl. Frankrijk: art. 16-8 Code civil.

de anonimiteit van de donor moest worden gegarandeerd.[181] Ingeval embryo's of gameten worden gebruikt voor een donatieprogramma, moet het geraadpleegde fertiliteitscentrum alle gegevens die zouden kunnen leiden tot de identificatie van de donor, ontoegankelijk maken. Amendementen om een zgn. "twee loketten-systeem" in te voeren, waarbij de donor en de ontvanger de keuze hebben tussen de anonimiteit en de niet-anonimiteit, werden alle verworpen.[182]

Argumenten tegen het "*tweelokettensysteem*" waren dat daarmee een bijkomend onderscheid wordt gecreëerd waarvoor de wensouders later t.a.v. hun kind verantwoording voor hun keuze moeten afleggen, er een tekort aan donoren zou dreigen en de gevolgen op psychologisch en juridisch vlak niet geheel duidelijk zijn. Bovendien werd geoordeeld dat er (nog) geen absoluut recht bestaat voor een kind om de identiteit van zijn genetische ouders te kennen alsook dat de *status quo* moet worden gehandhaafd totdat wetenschappelijk vaststaat wat de gevolgen van anoniem donorschap zijn.[183]

578. Het beginsel van de anonimiteit moet worden genuanceerd. *Ten eerste* is de niet-anonieme donatie van gameten berustend op de toestemming van de donor en de ontvanger(s) uitdrukkelijk toegestaan (art. 57, 1ste lid *in fine* MBV-wet). *Ten tweede* moet het fertiliteitscentrum een aantal gegevens van iedere donor verzamelen, waarvan bepaalde informatie ook aan de ontvangers of de huisarts kan worden meegedeeld (zie artt. 35-36 en 64-65 MBV-wet).[184]

---

181 Zie hierover uitgebreid: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en Medisch handelen*, in *A.P.R.*, Mechelen, E. Story-Scientia, 2005, 219-220.

182 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Amendement nr. 76 (subamendement op nr. 15), Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 126-131; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Amendementen nrs. 77, 112 en 113 (subamendementen op nr. 15), Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 136-137; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Amendementen nrs. 80, 135 en 136 (subamendementen op nr. 15), Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 165-166; Zie verder ook *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/3, Amendementen nrs. 20-25 en de verwerping: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 53-54 en 56-57.

183 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 128-131.

184 Vgl. Frankrijk: art. L. 1244-6 du Code de la santé publique: "en cas de nécessité thérapeutique" en enkel niet-identificerende gegevens; zie uitgebreid: V. SEBAG (préface de G. TEBOUL), *o.c.*, 138.

B. Niet-anonieme donatie

579. In tegenstelling tot de donatie van overtallige embryo's in een embryodonatieprogramma waarbij de anonimiteit van de donoren op absolute wijze moet worden gewaarborgd (zie art. 28 MBV-wet), is krachtens artikel 57, 1ste lid MBV-wet de niet-anonieme donatie van *gameten* berustend op de toestemming van de donor en de ontvanger(s) toegestaan.

Bedoeld wordt het geval waarbij er een *voorafgaand* akkoord bestaat tussen (een) bepaalde donor(s) en wensouder(s). Dit is niet zo indien een donor ermee instemt om op niet-anonieme wijze te doneren en dat ook de ontvangers ermee instemmen om een niet-anonieme donor te aanvaarden, zonder dat een akkoord bestaat tussen de donor en de ontvangers van gameten of dat ze elkaar kennen. Een veel voorkomende situatie is een onvruchtbare vrouw wiens zus haar eicellen ter beschikking stelt.[185]

580. De niet-anonieme donatie van *overtallige embryo's* is daarentegen nooit toegelaten. Het onderscheid met de donatie van gameten is volgens de wetgever gerechtvaardigd omdat het gaat om embryo's die niet langer voor het eigen ouderschapsproject zullen dienstig zijn en mogelijks het voorwerp zouden kunnen uitmaken van allerhande afspraken, onder andere op het financiële vlak. Het komt de donor niet toe zelf te bepalen aan wie de overtallige embryo's worden geschonken, net zomin als de ontvanger mag kiezen van welke donor de overtallige embryo's afkomstig zijn. Elke vorm van commercialisering van overtallige embryo's moet worden vermeden.[186]

Deze situatie valt duidelijk te onderscheiden van de situatie waarbij iemand een familielid of een vriend(in) wil helpen door gameten ter beschikking te stellen met het oog op het vervullen van een kinderwens.[187] Bovendien sluit de wet niet uit dat een vrouw een beroep doet

---

185 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 161.

186 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, 119-120; *Parl. St.* Senaat, Aanvullend verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, nr. 3-1440/12, 2-3.

187 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 120.

op een bevriende man en vrouw en vraagt om resp. een zaad- en eicel ter beschikking te stellen waarmee een embryo wordt aangemaakt dat bij de betrokken vrouw wordt ingeplant. In dat geval gaat het immers om donatie van gameten, die niet noodzakelijk anoniem dient te verlopen (cf. art. 57, 1ste lid MBV-wet).[188]

C. Registratie en mededeling van bepaalde gegevens

581. De MBV-wet bepaalt dat, onverminderd de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, het fertiliteitscentrum voor *iedere* donor van een embryo of gameten de volgende gegevens verzamelt (resp. art. 35 en art. 64 MBV-wet):

1° medische informatie die betrekking heeft op de genetische ouders van de overtallige embryo's resp. de genetische ouder van de gedoneerde gameten en die belangrijk kan zijn voor de gezonde ontwikkeling van het ongeboren kind;
2° de fysieke kenmerken van de twee genetische ouders van de overtallige embryo's resp. de genetische ouder van de gedoneerde gameten;
3° de informatie die nodig is voor de toepassing van deze wet.

De Koning[189] stelt een systeem vast voor de uitwisseling van informatie tussen de fertiliteitscentra (resp. art. 35, *in fine* en art. 64, *in fine* MBV-wet).

De gegevensverzameling kadert ook in de uitvoering van de *richtlijn* 2004/23/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren,

188 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 120; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/12, Aanvullend verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 3.

189 De minister geeft in de parlementaire voorbereiding hierbij aan dat de wet niet te strikt moet zijn want in medische aangelegenheden kan de identificatie van de donoren op diverse manieren gebeuren – waarvan er sommige op het vlak van de bescherming van de persoonsgegevens beter beveiligd zijn dan andere. Bovendien zou de technische evolutie kunnen leiden tot een evolutie van de identificatiemethodes die in dat domein nodig zijn: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 40.

verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen.[190]

582. Het fertiliteitscentrum mag de gegevens met betrekking tot de donor(en) die vermeld worden in 1° (zie *supra*, nr. 581) *meedelen* (resp. art. 36 en art. 65 MBV-wet):

1° aan de ontvangster van het embryo of het paar dat het embryo ontvangt resp. de ontvangster van de gameten of aan het paar dat de gameten ontvangt, wanneer zij daarom vragen op het moment dat zij een keuze maken;

2° voor zover de gezondheid van de persoon die verwekt is door de implantatie van overtallige embryo's resp. door de inseminatie met gameten dit vereist, aan diens huisarts of aan die van de ontvangster van het embryo resp. de gameten of het paar dat het embryo resp. de gameten ontvangt.

De gegevens over de fysieke kenmerken kunnen niet worden meegedeeld aan de wensouders of het kind, zelfs niet na de inplanting van het embryo of de inseminatie van de gameten. De registratie van die gegevens moet de fertiliteitscentra toelaten om aan 'matching' te doen (zie resp. art. 24 en art. 53 MBV-wet).[191] Onder *'matching'* wordt de techniek verstaan die erin bestaat gameten en overtallige embryo's zo te kiezen dat er geen al te grote lichamelijke[192] verschillen bestaan tussen de donor(en) en de ontvanger(s) (art. 2, v MBV-wet).[193] Enerzijds komt het enkel de fertiliteitscentra toe om aan 'matching' te doen. Het is geenszins de bedoeling om daarmee een catalogus van donoren aan te leg-

190 *PB. L.* 7 april 2004, nr. 102/48, inzonderheid art. 8 en 10; zie verder ook: Richtlijn 2006/17/EG van de commissie van 8 februari 2006 ter uitvoering van Richtlijn 2004/23/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft bepaalde technische voorschriften voor het doneren, verkrijgen en testen van menselijke weefsels en cellen, *PB. L.* 9 februari 2006, nr. 38/40.

191 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 138.

192 Er mogen geen culturele of sociologische kenmerken van de donor worden gebruikt om aan 'matching' te doen, zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Aangenomen amendement nr. 164 (subamendement op amendement nr. 92), Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 79-80.

193 '*Matching*' wordt door de wet uitdrukkelijk niet beschouwd als een eugenetische praktijk, d.w.z. een selectie gericht op de verbetering van niet-pathologische genetische kenmerken van de menselijke soort (zie resp. art. 24 j° art. 23, 1° en art. 53 j° art. 52, 1° MBV-wet); Een voorbeeld van matching is dat een fertiliteitscentrum nooit gameten van een Afrikaanse donor ter beschikking zal stellen aan blanke wensouders: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 79.

gen waaruit de wensouders kunnen kiezen. Anderzijds zouden er geen redenen zijn om die gegevens mee te delen aan de ontvangers. Het is een keuze die de wetgever moet maken tussen volledig anonieme donatie en volledig niet-anonieme donatie. Een gedeeltelijke informatieverstrekking zou enkel kunnen leiden tot meer frustraties.[194]

Onder "*informatie die nodig is voor de toepassing van deze wet*" wordt verstaan de gecodeerde identificerende gegevens die om medische redenen worden bewaard. Deze informatie moet het mogelijk maken om de in artikel 26 en artikel 55 MBV-wet opgenomen verplichting na te leven[195], nl. dat overtallige embryo's en gedoneerde gameten niet gebruikt mogen worden om bij meer dan zes verschillende vrouwen telkens één of meerdere kinderen geboren te laten worden. Ook deze gegevens kunnen nooit aan de wensouders of het kind worden meegedeeld.

De hierboven genoemde (zie *supra*, nr. 581) richtlijn bepaalt in artikel 14.3. weliswaar dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat de identiteit van de ontvanger(s) niet aan de donor of zijn familie bekendgemaakt wordt, en andersom, maar dit geldt *"onverminderd de geldende wetgeving in de lidstaten betreffende de voorwaarden voor bekendmaking, met name in het geval van geslachtsceldonaties"*. De wetgever had aldus anders kunnen oordelen.

D. Toetsing aan het I.V.R.K. en het E.V.R.M.

583. Vooraf dient erop gewezen te worden dat de *mededeling* van de verwekking door middel van een gedoneerd embryo of gedoneerde gameten aan het kind een zaak is van de wensouders. Er bestaat geen enkele wettelijke verplichting om het kind te informeren[196], noch valt

---

194 Verslag namens de commissie, *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1440/9, 147-150; In de Kamercommissie justitie verduidelijkte de minister dat *"Wat de niet-identificeerbare gegevens van de donor betreft, wordt ernaar gestreefd die niet relevante gegevens niet ter kennis te brengen van het kind of van de familie teneinde de mythe dat het karakter van het kind bijvoorbeeld in de genen van de donor zou zitten niet in stand te houden"*: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 40-41.

195 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 141-142 en verder wat betreft de uitwerking van een systeem voor gegevensuitwisseling: 143-145.

196 H. NYS, "Geneeskunde. Recht en medisch handelen", in *A.P.R.*, Mechelen, E. Story-Scientia, 2005, nr. 480 en de aldaar aangehaalde referenties; *Parl. St.* Senaat,

dergelijke verplichting af te leiden uit het E.V.R.M. of het I.V.R.K. Indien het kind het niet weet, zullen er wellicht weinig problemen in dit verband rijzen. Anders is de situatie ingeval het kind werd geboren binnen een lesbische relatie en het aldus steeds op de hoogte is, of indien het door derden werd geïnformeerd.

584. Buiten de situatie van de bekende donor van gameten (zie *supra*, nr. 579), laat de MBV-wet enkel toe dat *medische* informatie van de donor wordt verstrekt aan de wensouder(s) op het moment dat zij een keuze maken of later, voor zover de gezondheid van het kind het vereist, aan de huisarts. Het kind heeft aldus geen enkel recht op kennisname noch van de niet-identificerende gegevens noch van de identificerende gegevens van de donor.

Het lijkt zeer *onwaarschijnlijk* dat de nieuwe regelgeving de toets aan het I.V.R.K. en het E.V.R.M. kan doorstaan. Geen enkel gegeven van de donor mag immers aan het kind worden meegedeeld. Enkel medische informatie kan worden meegedeeld, maar dan enkel – en voor zover als nodig – door tussenkomst van de huisarts of de wensouders. Daar waar in het licht van het E.V.R.M. nog aangenomen kan worden dat de keuze om de identificerende gegevens van de donor op absolute wijze niet kenbaar te maken aan het kind (alsnog) behoort tot de ruime appreciatiemarge van de lidstaat bij ontstentenis van een consensus tussen de lidstaten[197], lijkt het evenwel een onevenredige aantasting van het recht op

nr. 3-559/2, Hoorzitting met prof. BREWAEYS, Verslag namens de werkgroep bioethiek, 9; zie verder in die zin ook de adviezen nrs. 19 en 29 inzake gameten- en embryodonatie van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België. Een strekking binnen het Comité is van oordeel dat het wenselijk is om de ouders te stimuleren de omstandigheden van verwekking zo snel mogelijk aan hun kind mee te delen.

197 Er is wel een tendens naar de erkenning van dit recht. Onder meer Nederland (Wet van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240) alsook Zweden, Duitsland (*Bundesverfassungsgericht* 31 januari 1989, zie E. WENNER, *l.c.*, 798 en 804-805, die er evenwel op wijst dat de gegevens van de donor vaak worden vernietigd zodat hij *de facto* anoniem blijft, aangezien er geen registratieverplichting bestaat; T. RAUSCHER, "§ 1592 BGB", in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 4. Familienrecht §§ 1589-1600e (Abstammung)*, Berlijn, Sellier-de Gruyter, 2004, p. 230-231, nrs. 15-16), Oostenrijk en Zwitserland wordt dit recht erkend (zie Raad van Europa, "Assistance medicale a la procreation et protection de l'embryon humain etude comparative sur la situations dans 39 pays", CDBI/INF (98) 8, 2 juni 1998, 123-124 en 135-136); In het Verenigd Koninkrijk werd een enquête gehouden over de anonimiteit van het donorschap en het recht op kennis van de identiteit van de genetische ouders van het kind. Het resultaat was dat een overgrote meerderheid van oordeel is dat een kind het recht moet hebben om een aantal niet-identificerende gegevens van

privéleven van het kind om zelfs de niet-identificerende gegevens van de donor op absolute wijze geheim te houden. Het E.H.R.M. hield bij het arrest-Odièvre uitdrukkelijk rekening met het feit dat verzoekster een aantal niet-identificerende gegevens van haar geboortemoeder kon verkrijgen. Welnu, het belang dat een geboortemoeder heeft bij de geheimhouding van haar identiteit ingeval zij een beroep deed op anoniem bevallen weegt zwaarder dan het belang dat een donor heeft bij het geheimhouden van zijn identiteit. De gezondheid en veiligheid van de geboortemoeder en het kind staan immers op het spel. *A fortiori* moet het voor het kind vanaf een bepaalde leeftijd ook mogelijk zijn om zelf de medische gegevens alsook – minstens – een aantal niet-identificerende gegevens van zijn genetische ouder, op verzoek, te kunnen verkrijgen.[198] Het argument dat het aantal kandidaat-donoren zou dalen houdt hier geen steek. De donor blijft anoniem. Evenmin kan worden geargumenteerd dat aan het kind nog meer schade zou worden berokkend. Ook dat werd wetenschappelijk immers nog niet bewezen.

Het Comité voor de Rechten van het Kind gaat nog verder en leest in artikel 7 in samenhang met artikel 3.1 I.V.R.K. het *recht* van ieder kind om zijn biologische ouders in de mate van het mogelijke te kennen (zie *supra*, nr. 569). Daaronder kunnen ook de genetische ouders begrepen worden. De Staat moet daartoe alle nodige maatregelen treffen. Ook hier voldoet de nieuwe MBV-wet dus niet aan.

In ieder geval is er een tendens waarneembaar naar meer *erkenning* van het belang dat iedere persoon heeft bij de kennis over zijn wordingsgeschiedenis.[199] Voor de zelfontplooiing van de mens blijkt het fundamenteel te zijn dat hij het verhaal achter zichzelf kent. Adoptiekinderen

---

de donor te kennen. Over de kennisname van de identiteit van de donor zelf moet verder onderzoek plaatsvinden. Alleszins wou de Britse overheid ook een vrijwillig contactregister aanleggen waardoor donoren en zij die verwekt zijn door middel van gedoneerde gameten eventueel contact met elkaar kunnen opnemen of met hun halfbroers en halfzussen, zie: F. SHENFIELD, "Don de gamètes et d'embryons – L'anonymat du don en question : la position Britannique", in G. TEBOUL (ed.), *Procréation et droits de l'enfant. Droit et Justice 57*, Brussel, Bruylant, 2004, (109), 112-114. Inmiddels werden deze voorstellen omgezet in wetgeving door de Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulation 2004 (No. 1511), in werking getreden op 1 juli 2004.

198 Vgl. M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 411, nr. 43.

199 Zie over deze tendens in de wetgeving van sommige Europese landen: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1011/1, 2 e.v.; Advies nr. 27 van 8 maart 2004 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende de donatie van sperma en eicellen, 43; Vgl. A. VAN

gaan op zoek naar hun geboorteouders, kinderen wier moeder anoniem is bevallen gaan op zoek naar hun moeder, kinderen geboren door middel van medisch begeleide voortplanting gaan op zoek naar hun genetische ouders, enz. De zoektocht van de eerste twee categorieën van kinderen werd in België gehonoreerd door een recht op identiteit. Wellicht volgt laatstgenoemde categorie binnen een afzienbare tijd.[200] Minstens moet bij weigering de mogelijkheid bestaan dat een onafhankelijke instantie de onderscheiden belangen in het geding afweegt en oordeelt welk belang het zwaarste doorweegt.

E. Anonimiteit en huwelijksbeletselen?

585. Een probleem dat over het hoofd wordt gezien bij de handhaving van de absolute anonimiteit van het donorschap is de *bloedverwantschap* die *de facto* bestaat tussen het kind, de donor en diens familie.[201] Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat het kind, verwekt door middel van een gedoneerd embryo of met gedoneerde gameten, wenst te huwen met de donor of een kind van de donor(en). In dat geval spelen de huwelijksbeletselen (art. 161-164 B.W.) geen rol. Zowel het kind als de ambtenaar van de burgerlijke stand kan de identiteit van de donor(en) immers nooit achterhalen. De huwelijksbeletselen vormen in die optiek ook geen beletsel voor de vestiging van afstammingsbanden.[202]

DER LINDEN en P. VLAARDINGERBROEK, "De kansen en risico's van adoptie", *FJR* 2003, (104), 105-108.

200 Reeds eind de jaren tachtig werd de vraag opgeworpen of het Belgisch recht het bestaan van de dualiteit tussen het genetische ouderschap en het sociale ouderschap niet moet erkennen: X. DIJON, *l.c.*, 100-101 en 109; P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *l.c.*, kol. 641-642, § 38 en kol. 645-646, § 54, die dit toen evenwel negatief beantwoordde; E. GULDIX, "Juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting. Het recht op een kind", in verslag van het Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken onder de bescherming van de Secretaris-generaal van de raad van Europa, georganiseerd op 4-5 mei 1987 te Brussel, Belgisch Staatsblad, 1988, (93), 141-143.

201 In het Verenigd Koninkrijk werd wel aan dit probleem gedacht. Luidens art. 31, (4) Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c°37) kan de verzoeker die geboren is ingevolge medisch begeleide voortplanting de overheid vragen om te controleren of hij een verwant is of kan zijn met de persoon met wie hij wenst te huwen.

202 Het vaderschap kan van rechtswege worden vastgesteld (art. 315 en 317 B.W.) en voor de erkenning of het onderzoek zullen de huwelijksbeletselen (zie art. 313, § 2, 314, 2de lid, 321 en 325 B.W.) geen hinderpaal vormen, bij gebrek aan juridisch vastgestelde afstamming tussen het kind en zijn genetische ouder.

Dit geldt eveneens ingeval er een beroep wordt gedaan op een bekende donor van gameten (zie *supra*, nr. 579). De donor kan, in beginsel althans (zie *supra*, nr. 538), juridisch geen afstammingsband vestigen t.a.v. het kind. Bijgevolg bestaat er juridisch geen verwantschap tussen de donor en het kind en spelen de huwelijksbeletselen geen rol.[203] Een uitzondering zoals bij volle adoptie (art. 356-1, 2de lid B.W.) of bij een onderhoudsvordering tegen de verwekker (art. 341 B.W.) kan niet in de wet worden teruggevonden. Bovendien onderzoekt de ambtenaar van de burgerlijke stand niet voorafgaandelijk aan de huwelijkssluiting of één van de toekomstige echtgenoten werd verwekt door middel van medisch begeleide voortplanting met gedoneerde gameten of embryo's. Er bestaat evenmin een aangifteplicht daartoe in hoofde van de kandidaat-echtgenoten.

§ 3. HET BEROEPSGEHEIM

586. Onder het oude recht werd reeds aangenomen dat de arts onder wiens verantwoordelijkheid het donorsperma werd verzameld en bewaard tegenover derden gebonden was tot geheimhouding, zowel van de afstand als van de naam van de donor, op grond van artikel 458 Sw.[204] De MBV-wet legt deze *geheimhoudingsplicht* uitdrukkelijk op en breidt ze zelfs nog uit.

Luidens artikel 28, 2de lid en artikel 57, 2de lid MBV-wet is *iedere* persoon die in of voor een fertiliteitscentrum werkt en die op welke manier ook kennis neemt van informatie waarmee de donoren van overtallige embryo's of gameten kunnen worden geïdentificeerd, gebonden door het beroepsgeheim en kan hij worden gestraft overeenkomstig artikel 458 Sw.

---

203 De band van verwantschap moet immers juridisch zijn vastgesteld, zie: H. WILLEKENS, "Art. 161 B.W.", in *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (1991), nr. 4; P. SENAEVE, *Compendium*, nrs. 1526 en 2125; Y.-H. LELEU, *o.c.*, p. 285, nr. 331.

204 Zie H. NYS, "Geneeskunde. Recht en Medisch handelen", in *A.P.R.*, Mechelen, E. Story-Scientia, 2005, nr. 478 en de aldaar aangehaalde referenties met inbegrip van de afwijkende mening van DIJON.

HOOFDSTUK V. DRAAGMOEDERSCHAP

§ 1. WETTELIJKE OMKADERING

587. Het E.H.R.M. heeft tot op heden nog geen uitspraak gedaan over de toelaatbaarheid van draagmoederschap in het licht van artikelen 8 en 12 E.V.R.M.[205] In België bestaat er actueel *geen regelgeving* omtrent draagmoederschap. Ook de MBV-wet biedt geen wettelijke omkadering voor het draagmoederschap. De MBV-wet gaat er immers van uit dat de vrouw die het embryo of de gameten ontvangt, ook daadwerkelijk de wensmoeder is.

Op het vlak van het draagmoederschap leek er wetgeving op komst te zijn.[206] De afgelopen legislatuur werden verscheidene *wetsvoorstellen* ingediend gaande van een algemeen verbod op draagmoederschap[207] tot een aanvaarding onder strikte medische en administratieve voorwaarden waarbij ieder commercieel oogmerk wordt uitgesloten[208].[209] In ieder geval kan worden verwezen naar het advies van het Raadgevend

---

205 Zie D. VAN GRUNDERBEECK, *o.c.*, p. 373, nr. 493; wat art. 12 E.V.R.M. betreft: A. VAN DE GEUCHTE, Y. HAECK en V. STAELENS, "Recht te huwen en een gezin te stichten" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek E.V.R.M. Deel 2 Artikelsgewijze commentaar,* II, 2005, (41), p. 65, nr. 38 die erop wijzen dat adoptie noodzakelijk is en er uit art. 12 E.V.R.M. geen recht op adoptie valt af te leiden; zie verder het advies van de Raad van State bij de wetsvoorstellen draagmoederschap en medisch begeleide voortplanting, *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-417/3, 32.

206 Het wetgevingsproces kwam in een stroomversnelling na de overweldigende mediabelangstelling voor de zaak Baby D. Zie voor het relaas van de feiten en de doorlopen procedures: I. MARTENS, *l.c.*, 5-6 en het arrest Baby D.: Gent 5 september 2005, *E.J.* 2005, 183, noot; *TjK* 2006, 24, noot I. VERDONCK en *R.W.* 2005-06, 432.

207 Zie bv. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1399/1, Wetsvoorstel tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat (NYSSENS).

208 Zie bv. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417, Wetsvoorstel betreffende de draagmoeders (DEFRAIGNE); *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1230/1, Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap (VANKRUNKELSVEN); *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1271/1, Wetsvoorstel betreffende draagmoeders (VANLERBERGHE en DE ROECK); *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1915, Wetsvoorstel betreffende het draagmoederschap (DETIEGE, JIROFLEE en DE MEYER); *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1941/1, Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap (TURTELBOOM, CHEVALIER en VAUTMANS).

209 Zie hierover uitgebreid: *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-417/3, Advies van de Raad van State; M.-N. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *T.B.B.R.* 2006, (402), 411-412.

Comité voor de Bio-ethiek van België[210] dat op één punt een consensus had bereikt, nl. dat zwangerschap-voor-een-ander principieel aanvaardbaar is en wettelijk dient te worden geregeld. De wetgeving moet bepalen dat zwangerschap-voor-een-ander slechts is toegestaan als uitzonderlijke hulp aan paren met bepaalde medisch geïdentificeerde fertiliteitsproblemen en onder zeer strikte niet-medische voorwaarden.

588. De rechtsleer maakt een *onderscheid* tussen de aanvaardbaarheid van het fenomeen en de geldigheid van de overeenkomst die eraan ten grondslag ligt. Wat het eerste betreft, wordt aangenomen dat bij ontstentenis van enig verbod, het fenomeen alsdusdanig niet verboden is.[211]

§ 2. DE AFDWINGBAARHEID VAN DE DRAAGMOEDERSCHAPSOVEREENKOMST

589. De overeenkomst zelf wordt echter als *absoluut nietig* beschouwd.[212]

Ten eerste is de menselijke persoon geen zaak die in de handel is, zodat hij in de regel geen voorwerp kan zijn van een geldige overeenkomst (cf. art. 1128 B.W.).[213]

---

210 Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap voor een ander; zie hierover F. MORTIER, "Ethici: koele minnaars van draagmoederschap", *TjK* 2006, 20-23.

211 P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 491; I. MARTENS, *l.c.*, p. 7, nr. 7; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 696, nr. 1267; zie bv. in een zaak waarbij een volle adoptie volgt ter uitvoering van een draagmoederschapsovereenkomst: Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T. Gez.* 1997-98, 124, goedkeurende noot E. MONTERO en *J.L.M.B.* 1996, 1182; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN; zie over de ethische standpunten inzake draagmoederschap uitgebreid: G. COENE en K. RAES, "Een vreemde eend in de buik. Draagmoeders of baarmoeders? De ethiek van het gewilde, niet-uteriene ouderschap", in W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en H. WILLEKENS (eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, (125), 135-146.

212 Vgl. Frankrijk: art. 16-7 Code civil: *"Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle"*. Bovendien wordt het strafrechtelijk beteugeld: art. 227-12 e.v. Code pénal.

213 P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 491; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, nr. 1273, p. 700-701; A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam", in X (ed.), *Over zichzelf beschikken. Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Apeldoorn, Maklu, 1996, (306), p. 341-342, nr. 69; andere auteurs zijn van oordeel dat er wel een voorwerp is, maar dat dit voorwerp strijdig is met de openbare orde: H. DE

Ten tweede heeft het draagmoederschapscontract ook een ongeoorloofde *oorzaak*.

Volgens sommige auteurs is de oorzaak ongeoorloofd omdat het beschikken over bestanddelen van het eigen lichaam waardoor de *integriteit* van de fysieke persoon wordt aangetast, in strijd is met de openbare orde (art. 1131-1133 B.W.).[214] Daartegen wordt ingebracht dat het recht op fysieke integriteit van de draagmoeder niet wordt aangetast, aangezien zij tenslotte zelf beslist dat zij zwanger wil worden, waarbij zwangerschap niet meteen zou kunnen worden aangezien als een schending van de fysieke integriteit.[215]

Daarnaast wordt opgeworpen dat de oorzaak ongeoorloofd is daar ze een beslissing treft omtrent de *staat van de persoon*.[216] Daartegen wordt ingebracht dat op geen enkele wijze de staat van de persoon van het

PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, t. II, *Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 933, nr. 967 en p. 935, nr. 971; E. MONTERO, "L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse", (noot onder Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996), *T. Gez.* 1997-98, (124), nr. 8, p. 126-127; *contra*: E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *l.c.*, p. 1106, nr. 11, er is nog geen sprake van een persoon bij het sluiten van de overeenkomst; N. MASSAGER, *o.c.*, p. 857, nr. 388, gelet op het feit dat het scheppen van leven op zich wel degelijk een legitiem voorwerp is.

214 P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 491; H. NYS, "Geneeskunde. Recht en medisch handelen", *o.c.*, p. 222, nr. 483.

215 E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht, *l.c.*, p. 1107, nr. 11; dit valt binnen het zelfbeschikkingsrecht over het eigen lichaam, en voor zover er geen commercieel oogmerk voorhanden is, kan daarover een overeenkomst worden afgesloten: N. MASSAGER, *o.c.*, p. 848 e.v., nrs. 384 e.v.; Y.-H. LELEU, *o.c.*, p. 115, nr. 119.

216 N. MASSAGER, *o.c.*, p. 860, nr. 390 ; M.-F. LAMPE, *l.c.*, nr. c-1), p. 160-161 ; A. ROUVROY, *l.c.*, 774 ; E. MONTERO, *l.c.*, p. 127, nr. 9; Omdat ze een contractuele afspraak i.v.m. de afstamming of de gevolgen ervan bevat: A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987", *l.c.*, p. 233, nr. 15; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 701, nr. 1274 ; W. WILS, "Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika", *Jura Falc.* 1988-89, (9), 14 ; vgl. N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135), p. 220-221, nrs. 75-77 ; A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, *l.c.*, nr. 69, p. 342-343; Noch over de vaststelling van de afstamming, noch over de ouderlijke rechten kan niet worden beschikt. De afstammingsregels zijn van openbare orde. De draagmoeder kan geen afstand doen van het moederschap: I. MARTENS, *l.c.*, p. 7, nr. 6, die er ook nog op wijst dat een afstandsovereenkomst (met het oog op adoptie) in die optiek evenmin als rechtsgeldig kan worden beschouwd.

kind wordt geregeld, nu de staat van het kind altijd door een regulariserende adoptie moet worden geregeld.[217]

590. Ingeval daarenboven nog een financiële vergoeding voor de draagmoeder wordt gestipuleerd die meer dan een (forfaitaire) onkostenvergoeding omvat, heeft de overeenkomst ook een ongeoorloofde oorzaak, omdat ze strijdig is met de *goede zeden*.[218]

591. De uitvoering van de overeenkomst kan derhalve nooit in rechte worden afgedwongen. De draagmoeder kiest aldus zelf of ze het kind houdt of afstaat.[219] Ook de arts die zijn medewerking verleent aan de uitvoering van de eerste fase van een draagmoederschapsovereenkomst riskeert zowel burgerrechtelijk aansprakelijk als strafrechtelijk verantwoordelijk te worden gesteld.[220] Om te spreken over een toelaatbare medische handeling, moet er immers een therapeutisch oogmerk voorhanden zijn. Bij de draagmoeder is dit wellicht niet het geval. Sommige auteurs menen dat de interventie bij de draagmoeder zou kunnen worden verantwoord door de wil van de draagmoeder om aan de problemen van de wensouders tegemoet te komen. Er wordt daarbij een vergelijking gemaakt met de afgifte van een orgaan, waar het therapeutische doel voor de ingreep bij de donor ook bestaat in het willen tegemoetkomen aan de wens van de receptor.[221]

---

217 E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *l.c.*, p. 1107, nr. 11; dit valt binnen het zelfbeschikkingsrecht over het eigen lichaam, en voor zover er geen commercieel oogmerk voorhanden is, kan daarover een overeenkomst worden afgesloten: N. MASSAGER, *o.c.*, p. 848 e.v., nrs. 384 e.v.; Y.-H. LELEU, *o.c.*, p. 115, nr. 119.

218 P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *l.c.*, p. 250, nr. 10; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 702, nr. 1275; *contra*: E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *l.c.*, p. 1106, nr. 11; deze auteur beschouwt het draagmoederschap eerder als een vorm van dienstverlening i.p.v. een schenking of verkoop van een baby.

219 P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *l.c.*, 251; A. DE WOLF, *l.c.*, 103 en de aldaar aangehaalde referenties.

220 Zie P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *l.c.*, p. 251, nr. 12; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 708, nr. 1280; N. DENIES, *l.c.*, 215 ; H. NYS, Geneeskunde. "Recht en medisch handelen", *o.c.*, nr. 484, p. 222-223; W. WILS, *l.c.*, 32; E. MONTERO, *l.c.*, 128.

221 A. DE WOLF, *l.c.*, 95; N. MASSAGER, *o.c.*, p. 813, nr. 358; *contra*: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en Medisch handelen*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, E. Story-Scientia, 2005, p. 223, nr. 484, die daarbij aangeeft dat de inbreuk op de fysieke integriteit bij een orgaantransplantatie wordt gerechtvaardigd door een uitdrukkelijke wettekst; M.-F. LAMPE, *l.c.*, p. 143, nr. 19 d-1).

§ 3. AFSTAMMING NA DRAAGMOEDERSCHAP

A. Volgens de gewone regels inzake afstamming

1. Beginsel

592. De *gewone regels* inzake afstamming zijn integraal van toepassing.[222] Overeenkomsten die tot doel hebben af te wijken van de gewone regels inzake afstamming zijn absoluut nietig en kunnen bijgevolg nooit worden afgedwongen (zie *supra*, nr. 589). De wet laat daarenboven niet toe dat het juridische vaderschap en moederschap bij overeenkomst worden overgedragen. Enkel een adoptie kan heil brengen (zie *infra*, nr. 601).

Hierna volgt een overzicht van de meest courante problemen en oplossingen inzake de vestiging van een afstammingsband t.a.v. de wensouders bij toepassing van draagmoederschap. Van belang is om goed voor ogen te houden dat draagmoederschap tot zeer uiteenlopende *feitenconstellaties* aanleiding kan geven.[223] In de meest extreme vorm kan draagmoederschap ertoe leiden dat een kind met drie vrouwen en twee mannen een feitelijke band heeft.[224] Daar kan nog het vaderschap dat ingevolge de vaderschapsregel (art. 315 en 317 B.W.) wordt vastgesteld aan toegevoegd worden. Ook kan het voorkomen dat een paar van gelijk geslacht (bv. een homopaar) een beroep doet op draagmoederschap. De gewone afstammingsregels kunnen in die situatie nooit ertoe leiden dat er een afstammingsband t.a.v. beide homoseksuele wensouders wordt tot stand gebracht.

2. Afstamming langs moederszijde

593. De juridische moeder is de persoon wier naam in de *geboorteakte* staat vermeld (art. 312, § 1 B.W.). In de geboorteakte wordt de naam van

222 A. DE WOLF, *l.c.*, 90.

223 Zie uitgebreid vanuit genetisch en biologisch oogpunt: A. DE WOLF, *l.c.*, 92 en verder vanuit relationeel oogpunt van de wensouders: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-393/2, Advies van de Raad van State, nr. 49.

224 E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en familierecht", *l.c.*, 1121.

de bio-fysiologische moeder, dit is de draagmoeder, vermeld.[225] De wensmoeder kan het moederschap niet betwisten, zelfs al zou zij de genetische moeder zijn van het kind.[226] De grondslag voor de betwisting is immers het niet-bio-fysiologische moederschap (zie *supra*, nr. 536).

594. De enige mogelijkheid die bestaat voor de wensmoeder is aldus ervoor te zorgen dat ofwel de naam van de draagmoeder niet in de geboorteakte wordt geakteerd, ofwel haar naam in de geboorteakte wordt geakteerd. Behoudens bij toepassing van strafbare praktijken[227], is dit in België evenwel onmogelijk.[228] Dit belet niet dat de Belgische afstammingsregels kunnen worden *omzeild* door in het buitenland, nl. Frankrijk of het Groothertogdom Luxemburg, anoniem te bevallen. Vervolgens kan de wensmoeder het kind dan erkennen (art. 313, § 1 B.W.).[229] Het Hof van Cassatie veroordeelt geenszins deze praktijk. De regel *mater semper certa est* is niet van internationale openbare orde.[230]

Uiteraard zijn hier *risico's* aan verbonden. Niet enkel is de goodwill van de draagmoeder vereist. Tot zolang er geen bezit van staat is ontstaan, kan deze erkenning daarenboven worden betwist. Onder de nieuwe afstammingswet kan echter een beperkte kring van personen de erken-

---

225 P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *l.c.*, p. 251, nr. 13; A. DE WOLF, *l.c.*, 109; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 722, nr. 1310; M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 405, nr. 14; Y.-H. LELEU, "Droit des personnes et des familles. Mise à jour. La filiation et l'autorité parentale. Loi du 1er juillet 2006 – Loi du 18 juillet 2006", in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2007, p. 34, nr. 623.

226 Bv. bij toepassing van hoogtechnologisch draagmoederschap. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap levert de wensmoeder de eicellen; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 719, nr. 1304.

227 Bv. door een tekortkoming aan de aangifte- en kennisgevingsverplichting (art. 361 Sw.) of door onderschuiving van een kind bij een wensmoeder die er niet van bevallen is (art. 363 Sw.); zie verder ook art. 231 Sw. inzake valse naamdracht.

228 A. DE WOLF, *l.c.*, 106; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 711, nr. 1285.

229 M.-T. MEULDERS-KLEIN, "La réforme du droit de la filiation en Belgique", *Rev. trim. dr. fam.* 1979, (5), nr. 12, p. 11-12; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *l.c.*, p. 252, nr. 15; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *T.P.R.* 1990, (645), nr. 28, p. 668-669; A. DE WOLF, *l.c.*, 111; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 716, nr. 1297; Y.-H. LELEU, *o.c.*, nr. 608, p. 489-490; M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 405, nr. 17; Het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België verzet zich in zijn advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap voor een ander (nr. 3.3.2) uitdrukkelijk hiertegen. De leden verklaren deze praktijk unaniem "onethisch".

230 Cass. 29 januari 1993, *Fund. Rechtspr.* 1993, afl. 3, nr. 7907, 11 en *Pas.* 1993, I, 121.

ning betwisten. Bovendien hebben zij daarvoor een zeer korte termijn om dit te doen. Zo dient de moeder die het moederschap opeist de erkenning te betwisten binnen één jaar na de geboorte of na de ontdekking van het feit dat zij de moeder is (art. 330, § 1, 4de lid B.W.). Het nieuwe afstammingsrecht tracht daarmee zo snel als mogelijk voor rechtszekerheid in familierechtelijke betrekkingen te zorgen, wat voor deze situaties een opmerkelijke verbetering betekent.[231]

Ingeval de wensmoeder die het kind heeft erkend, daarenboven gehuwd is met de wensvader, komt het vaderschap meteen bij toepassing van de *vaderschapsregel* vast te staan. Dit geldt uiteraard voor zover het kind werd geboren binnen het huwelijk of de 300 dagen na ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk en de regel uitwerking heeft (zie art. 315 B.W. en art. 316*bis* B.W.). Bovendien moet de erkenning worden meegedeeld aan de echtgenoot (art. 313, § 3 B.W.). Dit laatste geldt ook ingeval de moeder gehuwd is met een vrouw, hoewel in die situatie de vaderschapsregel geen uitwerking heeft (art. 143, 2de lid B.W.).

3. Afstamming langs vaderszijde

595. Bij de vaststelling van de afstammingsband langs vaderszijde speelt het al dan niet gehuwd zijn van de draagmoeder een zeer belangrijke rol.

a. Kind geboren binnen het huwelijk

596. Ingeval het kind werd geboren tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk, wijst het recht, in beginsel (zie art. 316*bis* B.W.), de *echtgenoot* tot juridische vader aan (art. 315 B.W.).

597. Opdat het juridische vaderschap van de echtgenoot zou kunnen worden betwist, is het van belang na te gaan of hij de *toestemming* gaf tot een daad van voortplanting en het kind daar het gevolg van kan zijn.

---

231 Onder het oude recht kon elke belanghebbende de afstamming betwisten (zie oud art. 330, § 2, 1ste lid B.W.) en dit gedurende een termijn van 30 jaar te rekenen vanaf de opstelling van de betwiste erkenningsakte (oud art. 331*ter* B.W.).

In *bevestigend geval*, wijst het recht de echtgenoot op onaantastbare wijze aan tot juridische vader. Het juridische vaderschap kan door niemand worden aangevochten (art. 318, § 4 B.W., zie *supra*, nr. 543). Artikel 318, § 4 B.W. heeft een algemene draagwijdte en geldt voor alle vorderingen tot betwisting van het vaderschap dat werd vastgesteld o.g.v. de toepassing van de vaderschapsregel.[232] De wetgever schreef deze bepaling in 1987 duidelijk in de wet vanuit het perspectief dat de echtgenoot ook de wensvader is.[233] De bepaling is behouden gebleven onder het nieuwe afstammingsrecht. Zelfs al had de toestemming tot de daad van voortplanting een ander doel, dan nog blijft de vaderschapsbetwisting aldus niet toelaatbaar (zie ook *supra*, nr. 544).[234]

Ingeval de echtgenoot *niet* de toestemming gaf of het kind niet het gevolg daarvan kan zijn geweest, biedt het nieuwe afstammingsrecht meer mogelijkheden. *Ten eerste* kan de wensvader, in zoverre hij ook de biologische vader is van het kind, het juridische vaderschap, zelfs prenataal (art. 328*bis* j° art. 318 B.W.), betwisten en alzo het juridische vaderschap in zijne hoofde laten vaststellen (art. 318, § 5 B.W.). *Ten tweede* kan ook, voor zover de echtgenoot niet de biologische vader is, de draagmoeder, het kind of de echtgenoot zelf het vaderschap betwisten[235] (art. 318, § 1 B.W.), waarna de wensvader het kind kan erkennen (art. 319 B.W.). Indien de draagmoeder hiermee instemt, hoeft de wensvader zelfs niet de biologische vader te zijn van het kind[236] (art. 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W.). In het andere geval is vereist[237] dat de wensvader de bio-

---

232 Vgl. onder het oude recht: A. DE WOLF, *l.c.*, 110; A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *l.c.*, p. 235, nr. 20; X. DIJON, "La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, (95), p. 98, nr. 7, de grond van ontoelaatbaarheid van art. 318, § 4 B.W. kan tegen elke titularis van het vorderingsrecht worden ingeroepen.

233 Vgl. M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 408, nr. 28.

234 P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *l.c.*, 253; A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *l.c.*, p. 235, nr. 21; M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 408, nr. 30; in die zin bv. Rb. Gent 31 mei 2001, *T.B.B.R.* 2002, 27, noot G. VERSCHELDEN, *in casu* werd echter aangenomen dat de toestemming tot voortplanting door de echtgenoot niet was gegeven zodat de vordering tot betwisting ontvankelijk was. Het kind werd overigens verwekt in het kader van een draagmoederschapsovereenkomt.

235 Ook het kind zelf wordt als titularis van de vordering aangewezen. Hij kan evenwel zijn vorderingsrecht pas uitoefenen vanaf de leeftijd van 12 jaar. Zie hierover meer in deel I van dit verslagboek.

236 Bv. ingeval er beroep werd gedaan op een (anonieme) spermadonor.

237 Er moet opgemerkt worden dat het bewijs van niet-biologisch vaderschap moet geleverd worden door de persoon die weigert toe te stemmen in de erkenning.

logische vader is van het kind (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.), tenzij hij mede de overeenkomst tot medisch begeleide voortplanting ondertekende (cf. art. 13 j° art. 7 resp. art. 42 j° art. 7 MBV-wet).[238] In laatstgenoemd geval bepaalt de MBV-wet immers dat de afstammingsregels werken in het voordeel van de wensvader (zie *supra*, nr. 532) en wordt aldus de biologische band als grondslag vervangen door de wil tot procreatie. De toets aan het belang van het kind dat één jaar of ouder is, blijft evenwel behouden.

598. Telkens moet voor ogen worden gehouden dat *bezit van staat* van het kind t.a.v. een juridische ouder iedere vorm van betwisting uitsluit, en dat de betrokkenen slechts een zeer beperkte termijn hebben om het ouderschap te betwisten, nl. doorgaans tot één jaar na de kennisname van de geboorte.[239]

Bovendien moet rekening worden gehouden met het feit dat ingeval de draagmoeder een overeenkomst sloot met een fertiliteitscentrum en de biologische vader niet mede de overeenkomst ondertekende[240], hij door de MBV-wet wordt beschouwd als de bekende *donor* van gameten (zie *supra*, nr. 531). De draagmoeder kan op grond van artikel 56, 2de lid MBV-wet op absolute wijze verhinderen dat er een afstammingsband wordt vastgesteld, ingeval zij kan aantonen dat het kind het gevolg kan zijn van medisch begeleide voortplanting met donorsperma. De over-

238 Het lijkt niet uitgesloten dat een draagmoeder en een wensvader zich voordoen als een feitelijk paar, hoewel de draagmoeder nog gehuwd is. Het fertiliteitscentrum oordeelt immers of het op die vraag ingaat.

239 Er kan immers worden verondersteld dat ingeval er een beroep werd gedaan op een draagmoeder, zowel de wensouders als de draagmoeder van bij de geboorte op de hoogte moeten zijn van het al dan niet-biologische vaderschap van de echtgenoot, minstens dat er op dat tijdstip reeds ernstige twijfels daaromtrent rezen, vooral indien de wensvader de zaadcellen leverde.

240 De uitvoering van draagmoederschapscontracten door fertiliteitscentra wordt door de MBV-wet sterk bemoeilijkt. Bepaalde handelingen inzake medisch begeleide voortplanting kunnen bovendien enkel in een fertiliteitscentrum worden uitgevoerd. Alvorens dit centrum enige handeling inzake medisch begeleide voortplanting mag stellen, moet zij, op straffe van sancties (art. 73-74 MBV-wet), een bijzonder geregelde overeenkomst afsluiten. Er bestaan m.i. twee mogelijkheden om ervoor te zorgen dat het kind de wensvader tot biologische vader heeft. Ofwel doet de wensvader en de draagmoeder zich voor als een wenspaar en ondertekenen zij aldus beiden de overeenkomst bedoeld in art. 13 j° art. 7 MBV-wet (embryo's) of art. 42 j° art. 7 MBV-wet (gameten). Ofwel sluit de draagmoeder alleen deze overeenkomst en sluit de wensvader als bekende donor van gameten een andere overeenkomst, nl. die bedoeld in art. 59 MBV-wet. Het is laatstgenoemde situatie die hier wordt geviseerd.

eenkomst inzake draagmoederschap kan niet worden aangewend om alsnog de regels van de MBV-wet die de openbare orde raken buiten werking te stellen.

Ten slotte moet bij erkenning door de wensvader ook rekening worden gehouden met artikel 319*bis* B.W. in het geval hij gehuwd is met een andere persoon dan de draagmoeder. De erkenning moet *ter kennis* worden gebracht aan de echtgenoot of echtgenote.

b. Kind geboren buiten het huwelijk

599. Ingeval het kind niet zal worden geboren binnen het huwelijk of binnen de 300 dagen na ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk, of ingeval de vaderschapsregel niet werkt ingevolge de toepassing van artikel 316*bis* B.W. en bij ontstentenis van gezamenlijke verklaring, kan het kind door de wensvader, zelfs prenataal (art. 328, 2de lid B.W.), worden *erkend* (art. 319 B.W.). Bij erkenning door de wensvader moet rekening worden gehouden met artikel 319*bis* B.W. in het geval hij gehuwd is met een andere persoon dan de draagmoeder. De erkenning moet ter kennis worden gebracht aan de echtgenoot of echtgenote.

De draagmoeder moet *toestemmen* tot erkenning (art. 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W.). Ingeval de draagmoeder weigert en op voorwaarde dat de wensvader ook de biologische vader is van het kind, kan de wensvader de draagmoeder, zelfs prenataal (art. 328*bis* j° art. 329*bis* B.W.), dagvaarden teneinde een vervangende machtiging van de rechtbank te verkrijgen (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.). Het bewijs van de ontstentenis van een biologische band leidt steeds tot de afwijzing van de vordering (art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.).[241] Ingeval het kind reeds een jaar of ouder is, leidt de weigering daarenboven tot een toets aan het belang van het kind. Bovendien moet voor ogen worden gehouden dat ingeval de draagmoeder een overeenkomst afsloot met een fertiliteitscentrum en de biologische wensvader niet mede de overeenkomst tot medisch begeleide voortplanting ondertekende (vgl. *supra*, nr. 598), hij door de MBV-wet wordt beschouwd als de bekende donor van gameten (zie

[241] Dit is evenwel prenataal moeilijk te leveren. Er zou immers een vruchtwaterpunctie moeten uitgevoerd worden, zijnde een onderzoek waarvan geweten is dat het niet zonder risico's is: D. PIGNOLET, "Het nieuwe afstammingsrecht", *T. Not.* 2007, (56), p. 61, voetnoot 19.

supra, nr. 531). De draagmoeder kan op grond van artikel 56, 2de lid MBV-wet op absolute wijze verhinderen dat er een afstammingsband wordt vastgesteld, ingeval zij kan aantonen dat het kind het gevolg is van medisch begeleide voortplanting met donorsperma. De overeenkomst inzake draagmoederschap kan niet worden aangewend om alsnog de regels van de MBV-wet die de openbare orde raken buiten werking te stellen.

600. Ten slotte kan erop worden gewezen dat alle subsidiaire wijzen waarop een afstammingsband kan worden vastgesteld, toegepast kunnen worden ingeval de draagmoeder erin slaagt om *anoniem* te bevallen. Het is bv. niet ondenkbaar dat de wensvader het kind van de anoniem bevallen draagmoeder in Frankrijk reeds erkent[242] en dat vervolgens de wensmoeder het kind in België erkent.

B. Adoptie

601. Ingevolge de *mater semper certa est*-regel (zie *supra*, nr. 593) is de enige legale wijze om het juridische moederschap in België in hoofde van de wensmoeder te vestigen, de adoptie van het kind door de wensmoeder.[243] Door adoptie komen hetzij aanvullende afstammingsbanden (gewone adoptie), hetzij volledig nieuwe afstammingsbanden (volle adoptie) tot stand.[244] Voor de volledige opname in de familie van de wensouders, wordt best voor een volle adoptie geopteerd. De volle adoptie verleent aan het kind en zijn afstammelingen immers een statuut met dezelfde rechten en verplichtingen, als ware het geboren uit de adoptant of uit de adoptanten (art. 356-1, 1ste lid B.W.). Enkel de huwelijksbeletselen met personen van zijn oorspronkelijke familie blijven behouden (art. 356-1, 2de lid B.W.).

---

242 Zie bv. Rb. Hasselt 27 maart 2001, *Limb. Rechtsl.* 2001, 323, noot van de redactie.

243 S. DE MEUTER, *l.c.*, p. 669, nr. 31; G. VERSCHELDEN, "De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na kunstmatige inseminatie", *l.c.*, nr. 11, p. 31-32; E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *l.c.*, p. 1119, nr. 67; M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 412, nr. 48.

244 C. CASTELEIN, *l.c.*, 8; F. SWENNEN, "De juridische gevolgen van de adoptie", *l.c.*, 124-126.

Adoptie kan ten vroegste *na de geboorte* plaatsvinden.[245] De toestemming tot adoptie kan door de draagmoeder pas worden gegeven twee maanden na de geboorte van het kind (art. 348-4, 1ste lid B.W.).

Opdat de adoptie zou kunnen plaatsvinden, moet uiteraard voldaan zijn aan alle grond- en vormvoorwaarden tot adoptie.[246] In het verleden oordeelde een deel van de rechtspraak[247] dat de adoptie die *de facto* het finale sluitstuk vormt van een draagmoederschapsovereenkomst niet berust op wettige redenen. Actueel[248] lijkt deze opvatting voorbijgestreefd, althans voor zover de draagmoederschapsovereenkomst uit vrije wil en zonder winstoogmerk werd afgesloten.[249] De meerderheid in de rechtsleer is echter, m.i. terecht, van oordeel dat de rechtsgeldigheid van de overeenkomst van draagmoederschap volledig *losstaat* van de adoptie. De rechter moet nagaan of de grond- en vormvoorwaarden tot adoptie vervuld zijn.[250] Elke overweging over de (on)wettige omstandigheden die het verzoek tot adoptie voorafgaan, zou daarop zonder invloed moeten blijven.[251] Bij de beoordeling van de wettige redenen gaat de rechter overigens na of de doorslaggevende beweegredenen van de adoptie gelegen zijn in de *"affectio adoptionis"*. Dit is de ondubbelzinnige wil om op louter gevoelsmatige redenen tot adoptie over te gaan, die langs beide kanten voldoende sterk moet zijn gezien de verplichtingen die een adoptie voor beide partijen inhoudt.[252]

---

245 C. CASTELEIN, *l.c.*, p. 63, nr. 104; A. HUYGENS, *l.c.*, p. 223, nr. 395.

246 Zie hierover uitgebreid: C. CASTELEIN, *l.c.*, 3-119.

247 Zie bv. Gent 19 januari 1989, *T.G.R.* 1989, 52; in Frankrijk: Cass.fr. (plén.) 31 mei 1991, *J.T.* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON.

248 Zie over de verschillende opvattingen terzake ook uitgebreid: F. SWENNEN, "Volle adoptie na draagmoederschap: nihil obstat?", (noot onder Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000), *R.W.* 2001-02, 206-207.

249 Zie bv. Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN; N. GALLUS, "L'adoption", in X, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004, Les dossiers du journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 2006, (407), p. 420, nr. 398.

250 A. DE WOLF, *l.c.*, 122; M.-N. VEYS, *l.c.*, p. 409, nr. 33; In die zin bv. Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T. Gez.* 1997-98, 124, goedkeurende noot E. MONTERO en *J.L.M.B.* 1996, 1182.

251 N. MASSAGER, *o.c.*, 955-956; E. MONTÉRO, *l.c.*, p. 127, nr. 10 ; X. DIJON en J.-P. MASSON, (noot onder Parijs 15 juni 1990), *J.T.* 1991, (768), p. 770, derde kol. en 771, eerste kol. ; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *l.c.*, nr. 32, p. 257-258. Het kind dat het resultaat is van de overeenkomst, treft zelf geen schuld en mag daarvoor niet worden bestraft: Advies nr. 30 van het Raadgevend Comité voor Bioethiek van België van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap voor een ander, nr. 3.3.1.

252 G. VANDENBERGHE, "Adoptie met het oog op inkorting", (noot onder Antwerpen 9 september 1991), *Not. Fisc. M.* 1993, (147), 151; G. VAN OOSTERWYCK, "Adoptie en

602. Door de openstelling van de adoptie voor *paren van gelijk geslacht* bij wet van 18 mei 2006 (zie *supra*, nr. 561), kan een homopaar dat een beroep deed op een draagmoeder voortaan ook het kind van die draagmoeder adopteren.

Bovendien is een *stiefouder- of partneradoptie* niet uitgesloten. Ingeval het kind reeds een afstammingsband heeft met één wensouder, en het niet met de andere wensouder bij toepassing van de gewone regels inzake afstamming een afstammingsband kan verkrijgen, kan het worden geadopteerd door de echtgenoot of partner van die wensouder. Het kind kan op die manier een afstammingsband t.a.v. beide wensouders verkrijgen.[253] De wet stimuleert overigens stiefouder- of partneradopties door ze te onderwerpen aan gunstigere grondvoorwaarden (zie bv. art. 345, 2de lid B.W.).

603. Ten slotte moet er op worden gewezen dat de rechten van de draagmoeder en de door het recht aangewezen juridische vader die niet de wensvader is, door de nieuwe adoptiewet van 24 april 2003[254] nog beter worden beschermd.[255] Zij moeten hun geïnformeerde toestemming tot adoptie geven (art. 348-4 B.W.). De subsidiariteit van de adoptie komt hierdoor versterkt tot uiting. Opdat de rechter over de weigering heen zou kunnen stappen dient hij *cumulatief* vast te stellen dat (art. 348-11 B.W.):

1° de toestemming op onverantwoorde wijze werd geweigerd;
2° én dat uit een grondig maatschappelijk onderzoek is gebleken dat de juridische ouder zich niet meer om het kind heeft bekommerd of de

volle adoptie in de notariële praktijk", *T. Not.* 1994, (153), 162; S. MOSSELMANS, "Adoptie en het voorbehouden erfdeel van de descendenten", (noot onder Cass. 31 oktober 1996), *R.W.* 1997-98, (1020), 1021; I. ANNÉ, "Stiefouderadoptie, wettige redenen en wettige belangen", (noot onder Gent 8 oktober 1999), *A.J.T.* 2000-01, (152), p. 153, nr. 4.

253 Zie bv. art. 356-1, 3de lid B.W. inzake volle adoptie alwaar wordt bepaald dat de geadopteerde niet ophoudt te behoren tot de familie van de echtgenoot of samenwonende partner van de adoptant.

254 *B.S.* 16 mei 2003, ed. 3, met ingang van 1 september 2005 (art. 6 K.B. 24 augustus 2005, *B.S.* 29 augustus 2005, ed. 2).

255 De bescherming van de oorspronkelijke ouders werd bij de hervorming van het adoptierecht in 2003 uitgebreid, zie: I. MARTENS, "Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW* 2006, (338), nr. 25, p. 344-345; I. LAMMERANT, "Réalisation d'une adoption nationale ou international : quel statut pour les parents d'origine ? Et pourquoi?", *J. dr. jeun.* 2006, (22), 24-26.

gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in gevaar heeft gebracht.

De nieuwe regelgeving inzake adoptie benadrukt hiermee dat de rechtsfiguur adoptie eigenlijk ook niet de uitvoering van draagmoederschapsovereenkomsten tot doel heeft. Adoptie is een bijzondere maatregel van jeugdbescherming die een geboren kind zonder (potentieel) functionele afstammingsbanden een nieuw gezin wil geven. Bij draagmoederschap wordt *ab initio* reeds bepaald wie een afstammingsband wil hebben, maar het recht verleent daar geen rechtsgevolgen aan. Doordat het recht de foutieve personen aanwijst, moet dit na de geboorte worden gecorrigeerd. Dit gebeurt door adoptie.

§ 4. BESLUIT

604. Hoewel draagmoederschap als fenomeen niet alsdusdanig verboden is en sommige fertiliteitscentra hun medewerking[256], weliswaar met bepaalde risico's (zie *supra*, nr. 591), verlenen aan de uitvoering van draagmoederschapsovereenkomsten, verleent het recht er op *generlei wijze* gevolgen aan. De overeenkomsten zijn absoluut nietig en kunnen aldus niet worden afgedwongen. Evenmin bestaan er specifieke bepalingen die aan de rechtmatige kinderwens van de wensouders die een beroep doen op een draagmoeder, tegemoetkomen. Het recht regelt deze verhouding niet. Integendeel valt deze situatie vaak onder de toepassing van de regels die de draagmoeder precies beschermt. Zowel het B.W. als de MBV-wet gaan er immers van uit dat de draagmoeder in alle gevallen ook de wensmoeder is.

Doordat de praktijk van draagmoederschappen niet verboden is, zijn er steeds mensen die hun onvervulde kinderwens op die manier toch in vervulling willen zien gaan. Vaak te goeder trouw geloven zij erin dat het recht wel gevolgen zal hechten aan hun kinderwens. Dit is echter niet het geval. Teneinde pijnlijke situaties en elke ontgoocheling te voor-

256 Uit het advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap voor een ander van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België blijkt dat twee centra onder strikt medische indicatie een medisch begeleide voortplanting uitvoeren in het kader van een draagmoederschap; zie verder ook: Vraag om uitleg nr. 3-282, *Hand.* Senaat 3 juni 2004, nr. 3-61, 71.

komen, komt het de wetgever toe om *uitdrukkelijk stelling* in te nemen.[257] Ofwel verbiedt de wetgever zulke praktijken, ofwel staat hij die toe, desgevallend onder voorwaarden, maar zorgt hij er tegelijk voor dat ook op afstammingsrechtelijk vlak de wensouders tot juridische ouders worden aangewezen. De adoptie is een bijzondere maatregel van jeugdbescherming die tot doel heeft om een kind een nieuw gezin te geven ingeval de oorspronkelijk vastgestelde afstammingsbanden naar de toekomst toe zelfs niet meer potentieel functioneel zijn. Hiermee wordt bedoeld dat ze niet (meer) beleefd worden (affectieve band) alsook de rechten en plichten die voortvloeien uit een vastgestelde afstammingsband *de facto* niet (meer) worden nageleefd.[258]

257 Vgl. *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, 65-66.
258 Vgl. S. DE MEUTER, *l.c.*, nr. 33, p. 670-671.

HOOFDSTUK VI.
AFSTAMMING NA OVERLIJDEN VAN ÉÉN VAN DE WENSOUDERS

§ 1. TOELAATBAARHEID

A. Algemeen

605. De MBV-wet laat de implantatie van overtallige embryo's en de inseminatie van overtallige gameten bewaard ter vervulling van een latere kinderwens *na overlijden* van de wensvader toe mits naleving van bepaalde voorwaarden.[259] De voorstanders van deze mogelijkheid wezen er in de parlementaire voorbereiding op dat de impact van deze bepalingen in de praktijk verwaarloosbaar zal zijn. In zeer uitzonderlijke omstandigheden zou dit worden toegepast.[260] Tot op het heden

---

259 Ook dit bleek een heikel punt te zijn in het parlementaire debat. Tegenstanders wezen er onder meer op dat het niet de bedoeling kan zijn dat het kind al van bij zijn geboorte zijn beide ouders niet heeft. Er zouden eveneens problemen rijzen op afstammingsrechtelijk vlak. Daarenboven moet medisch begeleide voortplanting dienen om een kinderwens van een paar te voldoen, wat niet meer het geval zal zijn na overlijden van een van de leden van het paar, zie: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 33-34; Dit zou ook ernstige vragen over het welzijn van het kind oproepen, een onontwarbaar juridisch kluwen met zich meebrengen en verregaande psychologische gevolgen voor het kind en de moeder veroorzaken, zie: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 110; In ieder geval kan erop worden gewezen dat er nergens een grondig debat over werd gehouden. In het verslag van de werkgroep bio-ethiek werd het onderwerp niet behandeld omdat er nog meer reflectie vereist is: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Verslag namens de werkgroep bioethiek, 103; In Frankrijk is bv. medisch begeleide voortplanting *post mortem* één van de wensouders wettelijk uitgesloten (art. L 2141-2 du Code de la santé publique) en dit niettegenstaande een positief advies van het CCNE (nr. 40, 17 december 1993), zie uitgebreid: V. SEBAG (préface de G. TEBOUL), *Droit et bioétique*, Brussel, Larcier, 2007, p. 129, nr. 282; Principe 7.4. van het CAHBI-rapport (CAHBI 1989) verbiedt iedere vorm van medisch begeleide voortplanting met sperma van de overleden echtgenoot of partner; In Nederland laat art. 7 Embryowet (*Stb.* 2002, 338) het gebruik van geslachtscellen na overlijden toe, mits uitdrukkelijke schriftelijke toestemming tijdens zijn leven, zie hierover uitgebreid: T. OUDHOF, "Het belang van het kind bij kunstmatige voortplanting na overlijden: What's in the name", *FJR* 2002, 288-298; In het VK is het ook uitdrukkelijk toegestaan, zie: Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003 (c.24).

260 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 78, zie ook p. 112: *"Het voorgestelde artikel 15 is inderdaad een compromis: de deur wordt niet helemaal gesloten maar er wordt tegelijk een procedure aan gekoppeld die ontradend is"*.

was dit niet wettelijk omkaderd en werd dit overgelaten aan de medische praktijk.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt ook dat de bepalingen inzake *post mortem* inseminatie vooral bedoeld zijn om een persoon die wordt behandeld, veelal tegen kanker, met een onvruchtbaarheid tot gevolg, de mogelijkheid te bieden om zich voort te planten, ingeval hij tijdens of na die behandeling komt te overlijden.[261] De wet sluit evenwel niet uit dat ook personen die niet worden behandeld voor enige aandoening overtallige embryo's of gameten laten bewaren met het oogmerk om zich na overlijden nog voort te planten.[262]

De fertiliteitscentra bepalen uiteindelijk zelf of zij een gevolg geven aan een aanvraag tot *post mortem* medisch begeleide voortplanting.[263] Zij kunnen desgevallend een beroep doen op de gewetensclausule opgenomen in artikel 5 MBV-wet (zie *supra*, nr. 521).[264] Bovendien moeten zij de betrokken partij eerlijke informatie verstrekken over de medisch begeleide voortplanting en psychologische begeleiding bieden voor en tijdens het medisch begeleide voortplantingsproces (art. 6 MBV-wet).[265] Dit is zeer belangrijk gelet op de gewichtige psychologische en juridische gevolgen die eraan verbonden zijn zowel voor de moeder als voor het toekomstige kind.[266]

606. De regelgeving inzake *post mortem* medisch begeleide voortplanting raakt de openbare orde. Enkel onder de voorwaarden opgesomd in

---

261 *Ibid.*, 99.

262 Vgl. de verklaring van de minister dat iedereen, zonder onderscheid tussen vruchtbare en onvruchtbare mensen met het oog op een in te vullen kinderwens *post mortem*, gameten of embryo's kan laten bewaren: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 25; Er valt hierbij bv. te denken aan personen die op een gevaarlijke missie vertrekken zoals soldaten.

263 De toepassing van *post mortem* medisch begeleide voortplanting vergt steeds een overeenkomst met een fertiliteitscentrum, aangezien er embryo's of gameten moeten worden bewaard door invriezing, hetgeen enkel mogelijk is in een fertiliteitscentrum (art. 3, 1ste lid MBV-wet).

264 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 98-99.

265 *Ibid.*, 98.

266 In Nederland wordt de beoordeling van het belang van het kind vooropgesteld. De instellingen stellen op grond van art. 2, 3de lid Embryowet de criteria op die zij hanteren m.b.t. *postume* voortplanting ter beoordeling van dat belang, zie voor een kritische bespreking: T. OUDHOF, *l.c.*, 295-296.

de MBV-wet (art. 15 en art. 44 MBV-wet) kan *post mortem* medisch begeleide voortplanting worden toegepast. Het niet-naleven van deze voorwaarden kan leiden tot het uitspreken van strafsancties (art. 73 MBV-wet).[267] Bovendien is elke overeenkomst waarin een andere termijn wordt bepaald voor de toepassing *post mortem* van medisch begeleide voortplanting dan die bepaald door de MBV-wet, van rechtswege nietig (art. 16, 2de lid en art. 45, 2de lid MBV-wet).

B. Post-mortem implantatie van overtallige embryo's

607. Artikel 2, r) MBV-wet definieert *post mortem* implantatie als de techniek die de medisch begeleide bevruchting van een vrouw mogelijk maakt door middel van de implantatie van de door invriezing bewaarde overtallige embryo's die haar partner haar bij overeenkomst ter beschikking heeft gesteld vóór zijn overlijden.

Luidens artikel 15 MBV-wet is *post mortem* implantatie van overtallige embryo's *geoorloofd* ingeval de wensouders de overtallige embryo's door invriezing hebben laten bewaren met het oog op de latere invulling van een kinderwens, en zij dit uitdrukkelijk hebben vermeld in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 13 MBV-wet.

608. Hieruit volgt dat *cumulatief* moet voldaan zijn aan de volgende voorwaarden:

1° het moet gaan om overtallige embryo's afkomstig van de wensouders;
2° die overtallige embryo's moeten door invriezing bewaard zijn met het oog op de latere invulling van een kinderwens;
3° de mogelijkheid om *post mortem* de embryo's te implanteren moet uitdrukkelijk vermeld staan in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 13 MBV-wet;
4° de inplanting van de overtallige embryo's gebeurt bij de wensmoeder.

Luidens artikel 12 *in fine* MBV-wet zorgt, indien het gaat om een nieuwe inplanting van overtallige embryo's die op verzoek van twee wensouders

267 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 6-7.

door invriezing werden bewaard met het oog op de latere invulling van een kinderwens, het geraadpleegde fertiliteitscentrum vóór enige geneeskundige handeling plaatsvindt, voor de werkelijke instemming van beiden met die nieuwe inplanting. Deze bepaling kan uiteraard niet na overlijden van de wensvader worden toegepast, zoniet zou iedere *post mortem* implantatie onmogelijk zijn.[268]

609. *Ten eerste* moeten het overtallige embryo's zijn, d.w.z. embryo's die zijn aangemaakt in het kader van een medisch begeleide voortplanting, maar die niet bij een vrouw werden ingeplant (art. 2, d) MBV-wet). Die embryo's moeten bovendien gecreëerd zijn met gameten van de wensouders en aldus genetisch verwant zijn aan beide wensouders. De wensouders moeten immers de embryo's door invriezing laten bewaren. Een embryo gecreëerd met gameten van de overleden man en eicellen van een donor komt hiervoor aldus niet in aanmerking[269], noch gedoneerde embryo's.[270]

De overtallige embryo's moeten *ten tweede* ook bewaard zijn met het oog op de latere invulling van een kinderwens (art. 10, 1ste lid MBV-wet). De wet laat immers toe dat de wensouders een andere bestemming geven aan de overtallige embryo's, bv. de integratie in een wetenschappelijk onderzoeksprotocol, de vernietiging of de opname in een programma voor embryodonatie (art. 10, 2de lid MBV-wet). In het eerste en laatste geval kunnen de overtallige embryo's aldus voor andere redenen worden bewaard. De bewaring moet gebeuren door middel van invriezing.

---

268 De bedoeling van de wetgever blijkt ook uit de verwerping van het amendement nr. 70 dat beoogde de overeenkomst te laten bevestigen net voor de start van de behandeling: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 96-99.

269 Het lijkt evenwel niet uitgesloten dat vóór het overlijden van de wensvader er overtallige embryo's worden gecreëerd met zijn zaadcellen en eicellen van een donor. De overeenkomst tot *post mortem* MBV moet in ieder geval door beide wensouders worden afgesloten en het embryo moet, na overlijden van de wensvader, worden ingeplant bij de wensmoeder. Deze hypothese had de wetgever echter niet voor ogen bij de redactie van de wet.

270 Dit laatste belet niet dat een gedoneerd overtallig embryo nog na overlijden van het donorpaar kan worden ingeplant. Eenmaal de procedure tot donatie van overtallige embryo's is gestart, is de donatie immers onherroepelijk (art. 30, *in fine* MBV-Wet). Het geraadpleegde fertiliteitscentrum bepaalt overigens de termijn van bewaring van overtallige embryo's die werden gedoneerd (art. 34 MBV-wet).

Ten derde moet de mogelijkheid om *post mortem* de embryo's te implanteren uitdrukkelijk vermeld staan in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 13 MBV-wet. Vooraleer wordt overgegaan tot enige medische stap die verband houdt met medisch begeleide voortplanting, moeten de wensouders[271] en het geraadpleegde fertiliteitscentrum een overeenkomst opstellen (art. 7, 1ste lid MBV-wet). In die overeenkomst moeten een aantal gegevens worden vermeld, waaronder de bestemming van de overtallige embryo's wanneer één van de wensouders overlijdt (art. 13, 2de lid, 2° MBV-wet). Op dit punt moeten de wensouders de keuze hebben gemaakt om *post mortem* de embryo's te implanteren bij de wensmoeder.

Ten vierde moet de inplanting van de overtallige embryo's gebeuren bij de wensmoeder, dit is de vrouw die samen met haar partner de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 13 MBV-wet heeft ondertekend. Aldus kunnen overtallige embryo's na overlijden van de wensmoeder niet meer worden ingeplant in een andere vrouw, bv. de nieuwe partner van de wensvader of een draagmoeder. Iedere vorm van medisch begeleide voortplanting met overtallige embryo's gecreëerd met gameten van de wensouders is bijgevolg uitgesloten bij vooroverlijden van de wensmoeder. Inbreuken hierop worden strafrechtelijk beteugeld (zie *supra*, nr. 606).

C. Post-mortem inseminatie van overtallige gameten

610. Artikel 2, s) MBV-wet definieert *post mortem* inseminatie als de techniek die de medisch begeleide bevruchting van een vrouw mogelijk maakt met de door invriezing bewaarde gameten die haar partner haar bij overeenkomst ter beschikking heeft gesteld vóór zijn overlijden.

Luidens artikel 44 MBV-wet is *post mortem* inseminatie geoorloofd ingeval de persoon die de bewaring door invriezing heeft gevraagd, overtallige gameten heeft laten bewaren met het oog op de latere invulling van zijn kinderwens, en hij dit uitdrukkelijk heeft vermeld in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 42 MBV-wet.

---

271 De overeenkomst wordt afgesloten met beide wensouders, zie: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 112.

611. Hieruit volgt dat *cumulatief* aan volgende voorwaarden moet voldaan zijn:

1° het moet gaan om overtallige gameten afkomstig van de partner van de persoon die de inseminatie *post mortem* vraagt;
2° die overtallige gameten moeten door invriezing bewaard zijn met het oog op de latere invulling van zijn kinderwens;
3° en de overleden wensvader moet de mogelijkheid tot *post mortem* inseminatie uitdrukkelijk hebben vermeld in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 42 MBV-wet.

Indien het gaat om een nieuwe inseminatie van gameten die op verzoek van twee wensouders door invriezing werden bewaard met het oog op de latere invulling van een kinderwens, moet luidens artikel 41, laatste lid MBV-wet het fertiliteitscentrum zich van de instemming van beiden met die nieuwe inseminatie vergewissen voordat enige geneeskundige handeling mag plaatsvinden. Deze bepaling kan uiteraard niet na overlijden van de wensvader worden toegepast, zoniet zou iedere *post mortem* inseminatie onmogelijk zijn.[272]

612. *Ten eerste* moet het gaan om overtallige gameten, d.w.z. gameten die zijn weggenomen in het kader van medisch begeleide voortplanting maar die daarvoor niet onmiddellijk zijn gebruikt (art. 2, l) MBV-wet). Die gameten moeten afkomstig zijn van de *partner* van de persoon die de inseminatie *post mortem* vraagt. Deze bepaling heeft aldus geen betrekking op het insemineren met gameten van een (bekende) donor na diens overlijden.[273] Bovendien betreft het uitsluitend ingevroren *zaadcellen*. De vrouw kan aldus geen eicellen, en evenmin gonaden, laten invriezen met het oog om na haar overlijden haar partner de mogelijkheid te bieden bij zijn nieuwe (onvruchtbare) partner of een draagmoeder een genetisch met haar verwant kind te laten verwekken.[274] De vraag rijst wie moet worden aangemerkt als 'partner'? De wet omschrijft

---

272 De bedoeling van de wetgever blijkt ook uit de verwerping van het amendement nr. 70 dat beoogde de overeenkomst te laten bevestigen net voor de start van de behandeling: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 96-99.

273 De MBV-Wet sluit niet uit dat gedoneerde zaadcellen na overlijden van de donor nog worden geïnsemineerd. Luidens art. 59, *in fine* MBV-wet is de donatie immers onherroepelijk eenmaal de procedure is gestart. Overeenkomstig art. 63 MBV-wet bepaalt het geraadpleegde fertiliteitscentrum de termijn van bewaring.

274 Dit is nochtans een zeer actueel vraagstuk, zie: T. OUDHOF, *l.c.*, 298, in het bijzonder voetnoot 69.

het begrip 'partner' nergens. Er mag worden aangenomen dat het de persoon is die mee de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 42 MBV-wet heeft ondertekend. Beide wensouders moeten aldus de overeenkomst hebben ondertekend.[275] Een andere interpretatie zet de deur open naar uiteenlopende interpretaties en misbruiken. Er moet immers worden aangenomen dat onder 'kinderwens' een *bepaalde* 'kinderwens' wordt bedoeld, nl. de realisatie van die kinderwens van de wensvader met een bepaalde vrouw en dit op het tijdstip van het maken van die keuze. De vrouw die de gameten *post mortem* aanwendt, kan bezwaarlijk worden beschouwd als de ontvangster van gameten in de zin van artikel 2 q) MBV-wet.

Ten tweede moeten de overtallige gameten bewaard zijn met oog op de latere invulling van zijn *kinderwens* (art. 37, eerste streepje MBV-wet). De wet laat immers ook toe dat gameten worden weggenomen met het oog op de integratie in een wetenschappelijk onderzoeksprotocol of het gebruik in een programma voor donatie van gameten met het oog op medisch begeleide voortplanting (art. 37, tweede en derde streepje MBV-wet). De bewaring moet gebeuren door middel van invriezing.

Ten derde moet de mogelijkheid om *post mortem* de gameten van de wensvader te insemineren uitdrukkelijk vermeld staan in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 42 MBV-wet. Alvorens wordt overgegaan tot enige medische stap die verband houdt met medisch begeleide voortplanting, moeten de wensouder(s) en het geraadpleegde fertiliteitscentrum een overeenkomst opstellen (art. 7, 1ste lid MBV-wet). In die overeenkomst moeten een aantal gegevens worden vermeld, waaronder de bestemming van de overtallige gameten wanneer de persoon die de bewaring door invriezing wenst, overlijdt (art. 42, 1° MBV-wet). Op dit punt moet de wensvader aldus uitdrukkelijk de keuze hebben vermeld dat na het overlijden zijn ingevroren gameten mogen worden geïnsemineerd bij zijn partner.

---

275 Vgl. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, Toelichting, 7: *"Het is duidelijk dat, wanneer een koppel overweegt een kind te krijgen, de beide personen die deel uitmaken van dit koppel, de overeenkomst ondertekenen"*; vgl. de verklaring van de minister dat *"indien de kinderwens echt bestaat bij een koppel moeten ze in hun overeenkomst duidelijk opnemen dat post mortem inseminatie mogelijk is. Men moet dus van bij het begin bepalen en deze overeenkomst zal worden uitgevoerd"*: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 26.

D. Intrekking van de toestemming bedoeld in artikelen 7, 13 en 42 MBV-wet

613. Uiteraard beoordeelt de *vrouw* na overlijden van haar man of zij door middel van de ingevroren overtallige embryo's of gameten al dan niet een kind bij haar laat verwekken.

614. De vraag rijst echter of de wensvader die aanvankelijk de toestemming heeft gegeven om de ingevroren overtallige embryo's of gameten *post mortem* aan te wenden, deze toestemming vóór zijn overlijden nog kan *intrekken*.

De toestemming tot het aanwenden van overtallige embryo's of gameten na overlijden, moet door de wensvader worden gegeven in de overeenkomst gesloten met het fertiliteitscentrum zoals bedoeld in artikelen 7 en 13 resp. 42 MBV-wet. Een wijziging van de overeenkomst is slechts mogelijk overeenkomstig artikel 14 *j°* artikel 8 MBV-wet resp. artikel 43 *j°* artikel 8 MBV-wet. Luidens artikel 8 MBV-wet kunnen de instructies van de wensouder(s) worden gewijzigd totdat de laatste instructie is uitgevoerd, tenzij intussen de termijn voor de bewaring van gameten of overtallige embryo's verstreken is. Deze wijzigingen moeten worden opgenomen in een schriftelijk document ondertekend door alle partijen bij de hiervoor genoemde overeenkomst. Ingeval het gaat om een paar, moeten deze wijzigingen bovendien met onderling akkoord worden aangebracht en wordt het schriftelijk document door *beide* wensouders ondertekend (art. 8, laatste lid MBV-wet).

Voor de toepassing van *post mortem* medisch begeleide voortplanting moeten beide wensouders de overeenkomst met het fertiliteitscentrum hebben ondertekend. Dit heeft tot gevolg dat zij slechts in onderling akkoord kunnen afwijken van de afgesloten overeenkomst. Ingeval de wensouders het na de ondertekening van de overeenkomst niet eens kunnen worden over de bestemming van de overtallige embryo's, moet het geraadpleegde fertiliteitscentrum rekening houden met de laatste instructie van de wensouders waarover zij het wel eens waren (art. 14, laatste lid MBV-wet). Bij overtallige gameten ontbreekt zelfs zulke bepaling (zie art. 43 MBV-wet). Op grond van een letterlijke lezing van de wettekst moet dan ook worden aangenomen dat de wensvader zijn toestemming niet eenzijdig kan intrekken. Waar dit bij overtallige embryo's

nog aanvaard kan worden, aangezien deze met gameten van beide wensouders worden gecreëerd, lijkt dit bij overtallige gameten van de wensvader evenwel zeer onlogisch.

Een *verzoening* van artikel 12, laatste lid met artikel 15 MBV-wet en artikel 41, laatste lid met artikel 44 MBV-wet zou een oplossing kunnen bieden. Luidens artikel 12, laatste lid en artikel 41, laatste lid MBV-wet moet het geraadpleegde fertiliteitscentrum zich van de instemming van beide wensouders vergewissen alvorens een nieuwe implantatie van embryo's of inseminatie van gameten kan plaatsvinden. Welnu, een lezing naar de geest van deze bepaling leidt ertoe dat ingeval de wensvader vóór overlijden zijn weigering tot implantatie of inseminatie heeft uitgedrukt, het geraadpleegde fertiliteitscentrum met deze weigering na overlijden moet rekening houden.

615. Vast staat dat aangezien de erkenning van een kind reeds een hoogstpersoonlijke rechtshandeling is die niet door de *erfgenamen* van de wensvader kan gebeuren[276], er aangenomen moet worden dat de toestemming tot de verwekking van een kind *post mortem* niet kan worden ingetrokken door de erfgenamen van de wensvader.

E. Verstrijken van de bewaartermijn

1. Bewaring van overtallige embryo's

616. De termijn voor de bewaring van overtallige *embryo's* die werden ingevroren met het oog op de invulling van een latere kinderwens bedraagt *vijf jaar*. De termijn vangt aan op de dag van de bewaring door invriezing en kan worden ingekort op uitdrukkelijk verzoek van de wensouders. De verkorte termijn wordt vermeld in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 13 MBV-wet. Bij het verstrijken van die termijn, voert het geraadpleegde centrum de laatste instructie uit die de wensouders hebben gegeven in de overeenkomst bedoeld in artikel 7 MBV-wet (art. 17 MBV-wet). Artikel 13, 3° MBV-wet bepaalt dat de wensouders hierover uitdrukkelijk een standpunt moeten innemen. De wetgever is deze bepaling wellicht vergeten te vermelden in artikel 17, 3de

276 A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 328 B.W.", in *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (1997), nr. 1.

lid MBV-wet. Na het verstrijken van de termijn hebben zij de keuze tussen de integratie in een wetenschappelijk onderzoeksprotocol, de vernietiging en de opname in een programma voor embryodonatie (art. 10, laatste lid MBV-wet). Bij *post mortem* implantatie moet aldus goed de termijn van bewaring in het oog worden gehouden.

De termijn werd ingevoerd in navolging van het advies nr. 19 van het Raadgevend comité voor bio-ethiek[277] dat een beperking voorstelde van de totale bewaarperiode. *Ten eerste* moet een vaste termijn voor meer uniformiteit tussen de verschillende centra zorgen. *Ten tweede* vindt de wetgever het belangrijk dat de invulling van de kinderwens in de tijd wordt beperkt: de wensouders worden verplicht een keuze te maken bij het verstrijken van de bewaartermijn.[278]

617. Omwille van bijzondere omstandigheden kan de termijn worden *verlengd* (art. 18, § 1 MBV-wet). Dit verzoek wordt opgenomen in een schriftelijk document dat wordt ondertekend door beide wensouders die ook de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 13 ondertekenden en moet binnen een redelijke termijn beantwoord worden door het geraadpleegde fertiliteitscentrum (art. 18, § 2 MBV-wet). Het komt het geraadpleegde fertiliteitscentrum toe om te oordelen of er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn en of zij dienvolgens op het verzoek wensen in te gaan (art. 18, § 3 MBV-wet). Tegen een weigering is geen verhaal mogelijk. Ingeval het fertiliteitscentrum weigert om de termijn te verlengen, voert het de laatste instructie uit die de wensouders hebben gegeven in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 13 MBV-wet (art. 18, § 4 MBV-wet).

Een voorbeeld van bijzondere omstandigheden die de verlenging van de termijn kunnen rechtvaardigen is het geval van een jonge vrouw van twintig die aan kanker lijdt en die op het punt staat een behandeling te ondergaan die een ernstige bedreiging vormt voor een latere zwangerschap. Uiteraard kan die vrouw belang hebben bij een verlenging van de bewaartermijn.[279] Niettemin oordeelt het fertiliteitscentrum in laatste instantie hierover, zodat willekeur niet is uitgesloten. In voornoemde

---

277 Advies nr. 19 van 14 oktober 2002 over de bestemming van ingevroren embryo's, *https://portal.health.fgov.be/portal/page?_pageid=56,8546420&_dad=portal&_schema=PORTAL.*

278 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, Toelichting, 10.

279 *Ibid.*, 10.

situatie oordeelt het fertiliteitscentrum zelfs of de vrouw ooit nog een kind dat genetisch met haar verwant is ter wereld kan brengen.[280]

618. De vraag rijst of, ingeval de wensvader is overleden en de termijn voor het bewaren van de embryo's bijna verstrijkt, de wensmoeder *eenzijdig* een verzoek tot verlenging kan indienen, bv. omdat de minimale wachttermijn om *post mortem* een overtallig embryo te implanteren nog niet verstreken is (zie *infra*, nr. 622). Op grond van artikel 18, § 2, 2de lid MBV-wet is dit uitgesloten. Bovendien kunnen ook de erfgenamen niet namens de wensvader het document ondertekenen. De keuze om een genetisch verwant kind te verwekken is immers hoogstpersoonlijk. Ook de *ratio legis* lijkt zich hiertegen te verzetten; de kinderwens moet immers worden beperkt in de tijd. Dit kan niettemin tot zeer onbillijke situaties aanleiding geven, nl. ingeval de bewaringstermijn verstrijkt kort voor of na overlijden en door omstandigheden, bv. ziekte van de wensvader, niet tijdig (meer) kon worden verlengd. Het fertiliteitscentrum moet de wensouders zelfs niet op de hoogte brengen van het verstrijken van de termijn.[281]

2. Bewaring van overtallige gameten

619. De termijn voor de bewaring van overtallige *gameten* die werden ingevroren met het oog op de invulling van een latere kinderwens bedraagt *tien jaar*. De termijn vangt aan op de dag van de bewaring door invriezing en kan worden ingekort op uitdrukkelijk verzoek van de persoon die de bewaring door invriezing heeft gevraagd. De verkorte termijn wordt vermeld in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 42 MBV-wet. Bij het verstrijken van die termijn, voert het geraadpleegde

---

280 Volgens ENGLERT is het niet uitgesloten dat een eventuele transfer van de embryo's naar een ander fertiliteitscentrum in de overeenkomst bedoeld in art. 18 MBV-wet wordt overeengekomen, voor zover beide fertiliteitscentra daarmee akkoord gaan: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 115-116.

281 De minister verantwoordt dit door te verwijzen naar de klinische praktijk waaruit blijkt dat het zeer moeilijk ligt om contact op te nemen met de verwekkers, en van hen te vernemen wat met de voor een lange periode ingevroren embryo's moet gebeuren. Dat zulks niet makkelijk is, geeft volgens hem aan dat de betrokkenen impliciet – en soms uitdrukkelijk – wensen dat men hen niet opnieuw daarover bevraagt: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 35. De meningen van de leden van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België zijn daarover verdeeld, zie advies nrs. 19 en 29.

centrum de laatste instructie uit die de persoon die de bewaring door invriezing heeft gevraagd, gegeven heeft in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 42 MBV-wet (art. 46 MBV-wet). Artikel 42, 2° MBV-wet bepaalt dat hierover uitdrukkelijk een standpunt moet worden ingenomen in de overeenkomst. Na het verstrijken van de termijn kan worden geopteerd voor de integratie in een wetenschappelijk onderzoeksprotocol, de vernietiging en de opname in een programma voor donatie van gameten (art. 40, laatste lid MBV-wet).

620. Omwille van bijzondere omstandigheden kan ook deze de termijn worden *verlengd* (vgl. *supra*, nr. 617). Dit verzoek wordt opgenomen in een schriftelijk document dat wordt ondertekend door alle ondertekenaars van de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 42 MBV-wet, dus beide wensouders, en wordt binnen een redelijke termijn beantwoord door het geraadpleegde fertiliteitscentrum. Het komt het geraadpleegde fertiliteitscentrum toe om te oordelen of er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn en of zij dienvolgens op het verzoek wensen in te gaan (art. 47 MBV-wet). Tegen een weigering is andermaal geen verhaal mogelijk. Ingeval het fertiliteitscentrum weigert om de termijn te verlengen, voert het de laatste instructie uit die de wensouders hebben gegeven in de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 42 MBV-wet (art. 47, 4de lid j° art. 46, 3de lid MBV-wet).

Ook hier rijst de vraag of de wensmoeder die mee de overeenkomst bedoeld in artikelen 7 en 42 MBV-wet ondertekende, eenzijdig kan verzoeken tot verlenging van de termijn. Op grond van artikel 47, 2de lid MBV-wet luidt het antwoord eveneens negatief. Dezelfde opmerkingen als hoger, nr. 617, kunnen *mutatis mutandis* hier worden opgeworpen.

§ 2. TERMIJN VOOR IMPLANTATIE EN INSEMINATIE

621. *Post mortem* implantatie van overtallige embryo's en inseminatie van overtallige gameten mag *ten vroegste* geschieden zes maanden na het overlijden van de wensvader en *ten laatste* twee jaar na dat overlijden (resp. art. 16, 1ste lid en art. 45, 1ste lid MBV-wet). Het betreft een termijn die van openbare orde is. Iedere bepaling van een overeenkomst die strijdig daarmee is, is van rechtswege nietig (art. 16, 2de lid en art. 45, 2de lid MBV-wet).

622. Er wordt een termijn vastgelegd waarna er moet worden gehandeld, zodat wordt voorkomen dat er ten gevolge van een rouwproces overdreven hevig wordt gereageerd.[282] De *wachttermijn* van zes maanden moet de wensvrouw ertoe aanzetten na te denken over de kinderwens. Uit de hoorzittingen bleek immers dat slechts maximum 5 % van diegenen die zich in de loop van het eerste jaar na het overlijden van de partner tot een centrum hebben gericht om over de gameten te kunnen beschikken, na één jaar terugkomen. Vele centra weigerden om (dit) direct na overlijden toe te staan. De reden daarvoor was dat de vraag kort na overlijden te veel lijkt op een compensatie binnen het rouwproces en veel meer weg zou hebben van een affectieve compensatie dan van een weloverwogen en reële kinderwens.[283]

623. Op de termijn staat ook een *maximumgrens*. De wensmoeder kan slechts een beroep doen op medisch begeleide voortplanting *post mortem* tot twee jaar na overlijden van de wensvader. De vraag rijst of de wensmoeder meerdere kinderen door middel van medisch begeleide voortplanting *post mortem* met ingevroren embryo's of gameten afkomstig van de overleden wensvader kan krijgen. De wet sluit dit niet uit. Er moet in ieder geval gelet worden op de bewaartermijn van de overtallige embryo's of gameten en op voornoemde maximumtermijn. Het is evenmin uitgesloten dat de wensvader bij het verlenen van de toestemming in de overeenkomst zelf beperkingen daarop stelt. Het gaat immers om een *bepaalde* kinderwens.

§ 3. GEVOLGEN

A. Afstamming

1. Algemeen

624. Over de *gevolgen* in het algemeen, en meer in het bijzonder op het vlak van het afstammingsrecht, werd tijdens de parlementaire voorbe-

282 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/1, Toelichting, 9; zie ook Advies nr. 28 van 21 juni 2004 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende voortplanting na het overlijden van de partner.

283 Zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-418/2, Hoorzitting met ROELANDT, Verslag namens de werkgroep bio-ethiek, 28.

reiding weinig nagedacht.[284] Voor sommige parlementsleden vormde de juridische ondoorgrondbaarheid zelfs een argument tegen de toelaatbaarheid.[285]

Hierna volgt een kort overzicht van de gevolgen op afstammingsrechtelijk vlak. Aangezien de MBV-wet geen specifieke afstammingsrechtelijke bepalingen bevat hieromtrent, zijn de *gewone afstammingsregels* opgenomen in artikelen 312 e.v. B.W. op de *post mortem* medisch begeleide voortplanting integraal van toepassing.[286] De wensvader is bovendien niet aan te merken als donor, zodat de bepalingen van het B.W. niet worden gecorrigeerd door de bepalingen van de MBV-wet aangaande de verhouding tussen de wensouders en het kind en de donor en het kind.

2. Langs moederszijde

625. De afstamming langs moederszijde levert weinig problemen op, aangezien medisch begeleide voortplanting enkel is toegestaan na overlijden van de wensvader. Voor de bepaling van de afstamming langs moederszijde kan *integraal* worden verwezen naar de andere delen in dit boek. Het beginsel blijft de *mater semper certa est-regel*: de persoon die van het kind bevalt, is de juridische moeder (art. 312, § 1 B.W.).

3. Langs vaderszijde

626. De afstamming langs vaderszijde is daarentegen *moeilijker* te bepalen. Opnieuw moeten alle mogelijkheden worden onderzocht.

---

284 Zie o.m. de onbeantwoorde vragen in *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 98-99 en de kritiek in *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 19.

285 Zie: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 110; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 33-34.

286 In het VK is *post mortem* medisch begeleide voortplanting weliswaar toegelaten en onder wettelijk bepaalde voorwaarden wordt ook de naam van de vooroverleden wensvader, zelfs indien gameten van een donor werden aangewend, geregistreerd, maar zonder toekenning van enige wettelijke status of rechten aan dat kind ten gevolge van deze registratie: Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003 (c.24). Volgens de explanatory notes bij deze wet handelt het om een symbolische erkenning van hun vader in de geboorteakte. De beperking tot de registratie zonder verdere juridische gevolgen is ingegeven *"to prevent the winding-up of a man's estate"*.

627. Vaststaat dat de *vaderschapsregel* vrijwel nooit t.a.v. de wensvader van toepassing zal zijn. Het kind moet immers geboren worden binnen de 300 dagen na ontbinding van het huwelijk door overlijden opdat de vaderschapsregel uitwerking zou kunnen hebben (art. 315 B.W.). Doordat de wensmoeder minstens 6 maanden moet wachten alvorens zij het embryo kan laten inplanten of de zaadcellen kan laten inbrengen (zie *supra*, nr. 119), is het vrijwel uitgesloten dat het kind ooit binnen voornoemde termijn wordt geboren.[287] Dit zou in het beste geval immers betekenen dat het kind levend en levensvatbaar werd geboren na 119[288] dagen zwangerschap, wat met de huidige stand van de medische wetenschap vrijwel uitgesloten is. De gegeven toestemming van de overleden echtgenoot (cf. art. 318, § 4 B.W.) heeft dan ook geen enkele impact op de afstamming van het kind.

Niets belet evenwel dat de wensmoeder na overlijden van de wensvader opnieuw huwt. Ingeval het kind wordt geboren tijdens het (nieuwe) huwelijk werkt de vaderschapsregel in het voordeel van de (nieuwe) echtgenoot (art. 315 en 317 B.W.). De juridische vader, moeder of het kind zelf kunnen dan, voor zover er nog geen bezit van staat is tot stand gekomen en binnen de geldende vervaltermijn, het vaderschap in hoofde van de (nieuwe) echtgenoot betwisten (cf. art. 318 B.W.). Het bewijs van niet-biologisch vaderschap (art. 318, § 3 B.W.) vloeit voort uit de medisch begeleide voortplantingshandeling, voor zover het kind daar het gevolg van kan zijn. Complexer wordt het ingeval de (nieuwe) echtgenoot zelf de toestemming tot deze handeling heeft gegeven. In dat geval komt zijn juridisch vaderschap immers op onbetwistbare wijze vast te staan (art. 318, § 4 B.W.).

628. De *erkenning* door de wensvader vóór zijn overlijden is in elk geval uitgesloten. Het kind moet reeds verwekt zijn om erkend te kunnen wor-

---

287 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 111.

288 In de veronderstelling dat de wensvader overlijdt op 31 december van het jaar en het daaropvolgende jaar geen schrikkeljaar is, kan de moeder ten vroegste op 1 juli verzoeken tot implantatie of inseminatie (= 181 dagen later). In de veronderstelling dat die dag nog het verzoek wordt ingewilligd en de medische handeling die dag nog werd uitgevoerd, moet het kind worden geboren uiterlijk na 119 dagen zwangerschap (= 300 dagen na overlijden van de wensvader).

den (art. 328, 2de lid B.W.).[289] Gelet op het hoogstpersoonlijke karakter van een erkenning, is het uitgesloten dat de erfgenamen van de wensvader het kind in zijn plaats kunnen erkennen.[290] Dit kan tot zeer onbillijke situaties leiden. Naar analogie van *supra*, nr. 548, kan *de lege ferenda* worden bepleit dat de toestemming tot *post mortem* medisch begeleide voortplanting ook de prenatale, zelfs preconceptionele erkenning van het aldus te verwekken kind zou inhouden.[291] De erkenning heeft uiteraard maar uitwerking ingeval het kind levend en levensvatbaar wordt geboren.

Het is niet uitgesloten dat een andere man het kind, zelfs prenataal (art. 328, 2de lid B.W.) erkent, voor zover de moeder[292] daarmee instemt (art. 329*bis*, § 2, 1ste lid B.W.). Het kind valt immers niet onder de toepassing van de vaderschapsregel (art. 319 B.W.) en een erkenning vereist geen voorafgaande controle van het biologische vaderschap. De moeder heeft *de facto* een veto-recht. Ingeval zij weigert, kan de man zelfs geen vervangende machtiging verkijgen, aangezien zij steeds het niet-biologische vaderschap kan aantonen (cf. art. 329*bis*, § 2, 3de lid B.W.).

629. Een *onderzoek naar vaderschap* teneinde het juridische vaderschap t.a.v. de overleden man te laten vaststellen, is daarentegen wel mogelijk.[293] Sommige auteurs achten dit, zelfs na de hervorming in 1987, uitgesloten.[294] Zij baseren hun oordeel op een samenlezing van artikelen 315 en 326 B.W. en op artikel 725, 2de lid, 1° B.W. Hierdoor gaan zij ervan uit dat de vooronderstelling dat voortplanting enkel door

---

289 P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *l.c.*, kol. 633, nr. 18; N. MASSAGER, *o.c.*, nr. 241 en de verwijzingen aldaar; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 248, nr. 394.

290 P. SENAEVE, *Compendium*, nr. 803; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", *o.c.*, p. 267, nr. 439.

291 Vgl. P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *l.c.*, kol. 633, nr. 20; N. MASSAGER, *o.c.*, p. 482, nr. 241.

292 De geviseerde situatie is het geval waarin het kind jonger is dan twaalf jaar. Vanaf de leeftijd van twaalf jaar moet het juridisch en feitelijk bekwame kind mee toestemmen. Eens meerderjarig of ontvoogd, oordeelt het zelf of er een afstammingsband tot stand wordt gebracht ingevolge erkenning (art. 329*bis*, § 1 B.W.).

293 N. MASSAGER, *o.c.*, p. 483, nr. 242.

294 P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *l.c.*, n° 18, kol. 633; A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet 31 maart 1987", *l.c.*, 238, de auteur benadert wel de problematiek vanuit het perspectief van de overleden spermadonor.

geslachtsgemeenschap kan, d.i. een activiteit tussen levende personen, nog steeds deel uitmaakt van het geldende positief recht. Als gevolg daarvan kan het kind geen vaderlijke afstamming verkrijgen t.a.v. een man die reeds overleden was op het ogenblik van de verwekking, ook al heeft het kind met die man een onmiddellijke genetische band. Deze opvatting kan evenwel niet meer worden gevolgd. De MBV-wet kapt definitief met deze vooronderstelling. Bovendien wordt nergens in de nieuwe afstammingswet uitdrukkelijk bepaald dat een gerechtelijk onderzoek naar vaderschap slechts ontvankelijk is ingeval de vader nog leefde op het tijdstip van verwekking. Dit is een voorwaarde toevoegen die niet uitdrukkelijk bepaald is in de wet. Voorts kan dit, nog veel meer dan in 1987, niet meer uit de *ratio* van de hervormde afstammingsregels worden afgeleid, gelet op de vooruitgang in de medische wetenschap en in het licht van MBV-wet. Ten slotte is het ook strijdig met het belang van het kind waarvan de regels inzake vestiging en behoud van een afstammingsband een uitdrukking vormen.[295] Een correctie met de sociale werkelijkheid is immers niet uitgesloten. Het kind kan bv. (gewoon) geadopteerd worden door de nieuwe partner van de moeder.

De vordering wordt ingesteld tegen de anderen[296] en de erfgenamen van de wensvader (art. 332*quater*, 1ste lid B.W.). Het bewijs van biologisch vaderschap (art. 324, 2de lid en art. 332*quinquies*, § 3, *a contrario* B.W.) valt eenvoudig te leveren door aan te tonen dat de wensvader bij overeenkomst de implantatie van ingevroren overtallige embryo's of de inseminatie van ingevroren overtallige gameten heeft toegestaan en het kind het gevolg kan zijn van de *post mortem* medisch begeleide voortplantingsdaad. Een *post mortem* bevolen DNA-onderzoek (cf. art. 331*octies* B.W.) is bovendien niet uitgesloten.[297] Op die manier kan aldus een

295 Zie wat betreft "het belang van het kind" als leidraad: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-597/24, Verslag namens de subcommissie familierecht, 5-8, 11, 12, 16, 26, 42, 43, 48, 49, 55-57, 62 en 68; *Parl. St.* Kamer, nr. 51-597/32, Verslag namens de commissie voor de justitie, 5, 24-28, 42, 45; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 3, 9, 12, 13, 15-18, 25, 41, 42, 47, 48, 58.

296 Indien de moeder de vordering instelt, is dit het kind. Indien het kind de vordering instelt, is dit de moeder. Zie art. 332*ter*, 3de lid B.W.

297 Zie bv. Antwerpen 1 oktober 1997, *T.B.B.R.* 1999, 60; Luik 27 november 2001, *J.L.M.B.* 2002, 156, noot; Gent 10 maart 2005, nr. 2001/AR/2365, *onuitg.*; Kort Ged. Namen 25 september 1995, *J.L.M.B.* 1997, 503; Rb. Brugge 9 oktober 1995, *T.B.B.R.* 1998, 210, noot K. HERBOTS; Kort Ged. Luik 25 oktober 1995, *Rev. not. b.* 1998, 53, noot; Y.-H. LELEU, "Droit des personnes et des familles. Mise à jour. La filiation et l'autorité parentale. Loi du 1er juillet 2006 – Loi du 18 juillet 2006", in *Collection de la Faculté de droit de l'Université*

afstammingsband worden gevestigd t.a.v. de reeds overleden *wensvader*. Ingeval de moeder niets onderneemt, kan het kind eens ontvoogd of meerderjarig, zelf de vordering inleiden en dit tot de leeftijd van 48 jaar (art. 331*ter* B.W.).

Het onderzoek naar vaderschap ingesteld tegen een *derde* wordt steeds afgewezen, aangezien het kind verwekt door middel van een ingevroren embryo of met ingevroren zaadcellen afkomstig van de overleden wensvader nooit een biologische band langs vaderszijde kan hebben t.a.v. een derde (art. 332*quinquies*, § 3 B.W.). Slechts in de zeer hypothetische situatie waarbij alle partijen akkoord gaan, en de derde bezit van staat heeft t.a.v. het kind, zou de vordering, zonder toetsing aan de biologische werkelijkheid, toch kunnen worden ingewilligd (art. 324, 1ste lid B.W.).

B. Naamgeving

630. De naamgeving is, in beginsel althans[298], een gevolg van de afstamming. Ingeval de moeder niet (opnieuw) gehuwd is na het overlijden van de wensvader en aldus op het tijdstip van de geboorte de vaderschapsregel niet in het voordeel van een andere man werkt, verkrijgt het kind de naam van de *moeder* (art. 335, § 2 B.W.). In het omgekeerde geval, verkrijgt het kind de naam van de juridische vader, nl. de (nieuwe) echtgenoot van de wensmoeder (art. 335, § 1 B.W.). Na een geslaagde betwisting van het vaderschap dat vaststaat o.g.v. de vaderschapsregel, verkrijgt het kind de naam van de moeder (art. 335, § 2 B.W.).

631. Ingeval het kind prenataal met toestemming van de wensmoeder wordt erkend door een *man*, verkrijgt het op tijdstip van de geboorte de naam van die man (art. 335, § 1 B.W.).

---

de Liège, Brussel, Larcier, 2007, 31-32 en de aldaar aangehaalde referenties; G. VERSCHELDEN, "Afstamming", in *A.P.R.*, Mechelen, E. Story-Scientia, 2004, p. 292, nr. 491; K. HERBOTS, "Het post-mortem DNA-onderzoek inzake afstammingsgeschillen", (noot onder Rb. Brugge 9 oktober 1995), *T.B.B.R.* 1998, (211), 212-217.

298 Art. 335, § 4 B.W. laat immers het meerderjarige kind wiens afstamming wordt gewijzigd toe om te opteren voor het behoud van zijn naam, hoewel die niet meer een vastgestelde afstammingsband reflecteert, bv. na een geslaagde vaderschapsbetwisting.

632. Indien de afstamming van het kind langs vaderszijde *na* de geboorte komt vast te staan ingevolge een erkenning of een gerechtelijk onderzoek naar vaderschap, behoudt het kind de naam van de moeder (art. 335, § 3, 1ste lid B.W.).

Aangezien een onderzoek naar vaderschap tegen de overleden wensvader pas na de geboorte van het kind kan worden ingesteld (art. 331*bis* B.W.), heeft en behoudt het kind ook in die situatie de naam van de *moeder*.

In beide situaties kunnen hetzij de ouders samen, hetzij één van hen indien de andere overleden is, in een door de ambtenaar van de burgerlijke stand opgemaakte akte verklaren dat het kind de naam van zijn vader zal dragen. Die verklaring moet worden gedaan binnen een jaar te rekenen van de dag waarop de personen die de *verklaring* doen, de vaststelling van de afstamming hebben vernomen en vóór de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind (art. 335, § 3, 1ste en 3de lid B.W.). Aldus kan de wensmoeder, zelfs ingeval de wensvader overleden is vóór de verwekking, het kind toch nog de naam van de wensvader geven.

C. Erfrecht

1. Geen afstammingsband met wensvader

633. Het antwoord op de vraag of het kind erft van zijn vooroverleden wensvader is relatief eenvoudig ingeval het kind geen afstammingsband heeft met die wensvader. Het kan ofwel geen afstammingsband hebben langs vaderszijde en dan erft het langs die zijde niet. Ofwel kan een andere man het kind met toestemming van de wensmoeder hebben erkend, of op het tijdstip van geboorte gehuwd zijn met die wensmoeder, en dan bestaat er erfrecht tussen die man en het kind.

2. Wel een afstammingsband met wensvader

634. Eén van de meest heikele discussies die zich bij toepassing van medisch begeleide voortplanting na overlijden van de wensvader zullen voordoen, houdt ongetwijfeld verband met de vraag of het kind dat een

afstammingsband heeft met de wensvader door middel van een gerechtelijk onderzoek naar vaderschap, ook kan *erven* van die overleden wensvader. In de parlementaire voorbereiding wordt nauwelijks aandacht geschonken aan dit zeer belangrijke vraagstuk.[299] Dit is eens te meer schrijnend omdat de wetgever dit fenomeen bij de redactie van het erfrecht, en in het bijzonder van artikel 725 B.W., in 1804 niet voor ogen kon hebben gehad. Een aanpassing van deze bepaling, minstens het herdenken van de inhoud ervan, was wenselijk geweest.

Deze vaststelling wordt nog kracht bij gezet nu de wet de praktijk uitdrukkelijk toelaat, weliswaar onder bepaalde voorwaarden, en bepaalt dat het kind steeds het resultaat moet zijn van een *uitdrukkelijke* kinderwens van een paar. De wensvader en de wensmoeder moeten een overeenkomst daartoe afsluiten met een fertiliteitscentrum. In die overeenkomst wordt uitdrukkelijk bepaald of de overtallige embryo's of gameten na overlijden van de wensvader mogen worden aangewend ter realisatie van een op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst bestaande kinderwens. Tenzij de wensvader hiermee de wensmoeder een plezier wil doen, moet er vanuit worden gegaan dat hij ook de wens heeft dat het kind geboren na zijn overlijden ook als zijn kind wordt beschouwd. Het is laatstgenoemde opvatting die de wetgever bij het toelaten ervan voor ogen had.

635. Luidens het ongewijzigde artikel 725 B.W. moet men *bestaan* op het ogenblik dat de erfenis openvalt. Derhalve is onbekwaam om te erven volgens deze bepaling: het kind dat nog niet verwekt is (art. 725, 1° B.W.).

Wat wordt echter verstaan onder *'verwekt zijn'*? De technieken van medisch begeleide voortplanting hebben een belangrijke component in de voortplanting buiten spel gezet, nl. de geslachtsgemeenschap. Dit gegeven, gecombineerd met de mogelijkheden tot bewaring van gameten en embryo's en het zelfs *post mortem* leveren van een sluitend bewijs inzake genetisch ouderschap, leidt ertoe dat de grondslag van voornoemde bepaling gedeeltelijk aan herdenking toe is.[300]

---

299 De vraag werd nochtans meermaals opgeworpen, zie *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 97-99 en 111.

300 Vgl. CHARLES P. KINDERGAN JR. en MAUREEN McBRIEN, "Posthumous Reproduction", *Family Law Quarterly* 2005, vol. 3, (579), 587.

636. Toegepast op de geviseerde situatie leidt dit volgens de rechtsleer van vóór de MBV-wet tot het volgende resultaat.

Bij K.I. kan het tijdstip van de verwekking enigszins worden vergeleken met een verwekking op natuurlijke wijze. Er wordt aangenomen dat het ogenblik van inseminatie als tijdstip van verwekking moet worden aangemerkt.[301] Dit heeft tot gevolg dat het *post mortem* door middel van kunstmatige inseminatie ontstane kind nooit erfrecht verkrijgt in de nalatenschap van de vooroverleden wensvader.

Bij toepassing van I.V.F. met E.T. rijst er echter nog een bijkomend probleem. Is een *overtallig embryo* een verwekt kind?

637. De meerderheid van de rechtsleer van vóór de MBV-wet is van oordeel dat onder 'verwekking' de *inbreng* van het *embryo* in de baarmoeder moet worden verstaan. Dit wordt gemotiveerd vanuit de *ratio* van de invoering van artikel 725 B.W. in 1804, nl. voorkomen dat de eigendom van de erfgoederen te lange tijd in het ongewisse zou blijven. De gelijkstelling tussen bestaan en verwekking is dan ook te verklaren vanuit de veronderstelling dat het verwekte kind binnen een korte en vrij voorspelbare periode ter wereld zal komen. De techniek van bewaring door invriezing van overtallige embryo's roept een factor van tijdloosheid en onzekerheid in over de wording van erfgenaam die niet valt te verzoenen met de *ratio legis* van artikel 725 B.W.[302] Deze opvatting leidt ertoe dat het kind slechts wordt verwekt op het tijdstip van de inbreng van het embryo in de baarmoeder van de wensvrouw, waardoor het geen erfrecht verkrijgt t.a.v. de vooroverleden wensvader, zelfs indien het levend en levensvatbaar wordt geboren.

---

301 A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987, *l.c.*, 238; A. VERBEKE, "Art. 725 B.W.", in *Comm. Erf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (1991), nr. 17; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 56; W. PINTENS, B. VANDER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, p. 583, nr. 1223.

302 M. PUELINCKX-COENE, *o.c.*, 58; W. PINTENS, B. VANDER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *o.c.*, p. 584, nr. 1223; A. VERBEKE, "Art. 725 B.W.", *l.c.*, nr. 20; Vgl. A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987, *l.c.*, p. 234, nr. 18; G. BAETEMAN, "Het afstammingsrecht in België", *T.P.R.* 1989, (1539), p. 1573, nr. 51.

Een minderheid van de rechtsleer[303] is evenwel van oordeel dat het bestaan van de menselijke persoonlijkheid op vermogensrechtelijk vlak dient te worden *vervroegd* tot op het ogenblik van de bevruchting, op voorwaarde weliswaar van het levend en levensvatbaar geboren worden van het kind. Deze opvatting leidt ertoe dat het tijdstip van de creatie van het embryo als tijdstip van 'verwekking' wordt aangemerkt, zodat het kind wel erft van zijn vooroverleden wensvader op voorwaarde dat het levend en levensvatbaar wordt geboren. Hiermee wordt echter een onderscheid gecreëerd tussen de wijzen waarop het kind werd verwekt. Bij toepassing van K.I. verkrijgt het geen erfrecht, terwijl het bij toepassing van I.V.F. met E.T. wel erfrecht kan verkrijgen t.a.v. zijn vooroverleden wensvader. De vraag rijst of een onderscheid in de wijze van verwekking wel een ongelijke behandeling kan rechtvaardigen.

638. Uit de discussies in de parlementaire voorbereiding blijkt echter dat sommige parlementsleden en deskundigen ervan uitgaan dat ingeval het kind een afstammingsband *post mortem* verkrijgt met de vooroverleden wensvader, hij ook wordt geroepen tot de nalatenschap van die wensvader.[304] Vanuit die optiek kan ook de beperking van de toepassing in de tijd, nl. tot twee jaar na het overlijden, worden verklaard. Daarmee wordt enigszins tegemoetgekomen aan de *ratio* van artikel 725 B.W. De onzekerheid rijst hoogstens tot 2 jaar en +/- 9 maanden na het overlijden van de wensvader. Vanaf het moment dat het kind levend en levensvatbaar geboren wordt, kan een vordering worden ingeleid tot vaststelling van de afstamming (art. 331*bis* B.W.). Merk op dat de *ratio legis* actueel ook wordt ondermijnd door de mogelijkheid om een DNA-onderzoek op het overleden lichaam of op andere verwanten uit te voeren (zie *supra*, nr. 629), zelfs indien de ongehuwde moeder reeds zwanger was op het tijdstip van overlijden van de wensvader. Dit kan in het kader van een onderzoek naar vaderschap nog tot 30 jaar na de geboorte en op initiatief van het kind zelfs tot zijn 48ste levensjaar (art. 331*ter* B.W.) worden bevolen, waardoor er in het uiterste geval nog tot 48 jaar na de

303 E. GULDIX en M.-F. LAMPE, "Vruchtbaarheidstechnieken en het statuut van het embryo, juridische benadering, juridische basisgegevens", in X, *Bio-ethica in de jaren '90*, I, Gent, Omega editions, 1987, 280-282.

304 Zie de tussenkomsten van DE SCHAMPHELAERE en ENGLERT: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 97 en 99; vgl. de tussenkomst van VERHAEGEN: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-2567/4, Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing, 19.

geboorte een afstammingsband kan worden gevestigd. Over onzekerheid van de eigendom van de erfgoederen gesproken… Uiteraard moet eveneens rekening worden gehouden met de verjaringstermijnen in het erfrecht.

Dit standpunt lijkt ook vanuit fundamenteel oogpunt niet onlogisch.[305] Zoals hoger aangegeven (zie *supra*, nr. 605), laat de wet uitdrukkelijk *post mortem* medisch begeleide voortplanting binnen de aangehaalde voorwaarden (zie *supra*, nrs. 607 e.v.) toe en wordt de wens om na overlijden nog vader te worden uitdrukkelijk bepaald in de overeenkomst met het fertiliteitscentrum. Het betreft een *bepaalde* en in de *tijd* beperkte kinderwens, waarvan de verwezenlijking na overlijden afhangt van de wensmoeder aan wie de beoordeling wordt gelaten of de vervulling van de kinderwens *post mortem* nog wel opportuun is. Het fertiliteitscentrum beoordeelt daarnaast de oprechtheid van de kinderwens. Desgevallend kan het weigeren om de overeenkomst af te sluiten of, na overlijden, ook daadwerkelijk uit te voeren (zie *supra*, nr. 605). Indien de vader een kind wenst, zelfs na zijn overlijden, kan er vanuit worden gegaan dat hij ook de wil heeft dat het kind als zijn kind wordt beschouwd.

In dezelfde zin werpt PUELINCKX-COENE de bedenking op dat het individuele belang van het kind niet al te veel moet wijken voor overwegingen van algemeen belang ingeval voornoemde opvatting (zie *supra*, nr. 637) wordt gevolgd. Zij vervolgt met te stellen dat bovendien het gevaar dat het lot van de nalatenschap in het ongewisse blijft en dat op vereffenende en verdeelde nalatenschappen zal moeten worden teruggekomen, sinds de Afstammingswet van 1987 zeer dikwijls latent aanwezig is. Ten slotte wijst ze er op dat *"Zo men trouwens het erfrecht grondt in de verplichting van eenieder zijn naastbestaanden niet onverzorgd achter te laten,*

---

305 Vgl. VS: CHARLES P. KINDERGAN JR. en MAUREEN McBRIEN, "Posthumous Reproduction", *Family Law Quarterly* 2005, vol. 3, (579), 587-591: *"However, since assisted reproduction now makes posthumous reproduction possible using the cryopreserved gametes of a decedent who intended or consented to having a child after death, the nature of the inquiry regarding the child's inheritance rights must be resolved in a different context from that which existed before the use of assisted reproductive technology became possible"*. De voorgestelde grondslag is de uitgedrukte wil van de overleden persoon om na zijn overlijden nog tot ouder te worden aangewezen; Vgl. met Nederland alwaar dezelfde vraagstukken worden opgeworpen. Art. 2 van Boek I B.W. levert immers een vergelijkbaar resultaat op als art. 725 B.W.: T. OUDHOF, *l.c.*, 296-297.

zou ook hier een erfrecht gerechtvaardigd zijn, althans zo duidelijk bewezen is dat de erflater akkoord ging in die omstandigheden nog een kind te hebben".[306]

639. Welke betekenis moet dan worden gehecht aan 'verwekt zijn' in de zin van artikel 725, 1° B.W.? De meerderheid in de rechtsleer volgt actueel de opvatting dat de verwekking moet worden gesitueerd op het tijdstip waarop het ononderbroken proces dat met zekerheid kan leiden tot de geboorte van een kind aanvat. Dit lijkt *de lege late* de enige correcte interpretatie te zijn.

In het licht van de commentaar onder *supra*, nr. 638 en gelet op de gelijkheid tussen de kinderen[307] kan *de lege ferenda*[308] echter worden verdedigd dat de wetgever een uitzondering moet invoeren op deze regel.[309] Bijvoorbeeld door een wettelijke fictie te creëren: "worden beschouwd als verwekt: de kinderen geboren bij toepassing van de wettelijke bepalingen van de MBV-wet inzake de *post mortem* medisch begeleide voortplanting". Iedere andere opvatting bestraft het kind verwekt *post mortem*, hoewel de wet het expliciet als toelaatbaar[310] regelt en ook garanties inbouwt waar-

306 M. PUELINCKX-COENE, *o.c.*, 59-60; zie ook *infra*, nr. 642.

307 Een onderscheid in de wijze van verwekking kan m.i. niet de toets aan het gelijkheidsbeginsel doorstaan. Is het bovendien gerechtvaardigd dat een kind geboren binnen de 300 dagen na overlijden van de echtgenoot van de moeder wel een afstammingsband kan vestigen en wel erfrecht verkrijgt, terwijl een kind geboren na 300 dagen na overlijden weliswaar wel een afstammingsband kan laten vestigen (betwist) maar geen erfrecht verkrijgt? Het enige onderscheid dat bestaat is dat in het eerste geval het ononderbroken proces dat kan leiden tot de geboorte van het kind reeds gestart was, terwijl dit in de tweede situatie nog moet opgestart worden door de wil van de wensmoeder en binnen de dwingende termijn. Als de 'wil' tot het krijgen van een kind de dieperliggende grondslag vormt, hetgeen de MBV-Wet bevestigt met de invoering van een onderscheid tussen 'wensouders' en 'donoren', en het in het belang van het kind is dat het erfrecht en een afstammingsband verkrijgt, lijkt m.i. dit onderscheid niet gerechtvaardigd; Vgl. met de opvatting van sommige leden van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België in het advies nr. 28 van 21 juni 2004 betreffende voortplanting na het overlijden van de partner.

308 Het optreden van de wetgever werd reeds eerder bepleit door M. COENE, "De toverkunst van Isis", *T.P.R.* 1994, (1879), 1884.

309 Zie bv. voorgesteld art. 15 van het Wetsvoorstel inzake de medisch begeleide voortplanting, *Parl. St.* Senaat 2003-04, nr. 3-418/1, 10 en 16, alwaar wordt voorgesteld om art. 725, 2de lid, 1° B.W. aan te vullen met: *"tenzij het gaat om een kind dat na het overlijden van de vader is verwekt via kunstmatige bevruchting of een andere handeling die voortplanting beoogt op basis van de gameten van de overleden vader, die hiertoe zijn schriftelijke toestemming heeft gegeven overeenkomstig artikel 12 van de wet van …. op de medisch begeleide voortplanting"*.

310 Dit geldt uiteraard onverminderd de vraag omtrent de opportuniteit, nl. of het in het belang van het kind is dat zijn ouders er bewust kunnen voor kiezen dat het zonder één van hen opgroeit, zie ook: M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND, J. VERSTRAETE en I. VERHAERT, m.m.v. R. BARBAIX, "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen. 1996-

uit duidelijk blijkt dat de wensvader ook de wil[311] daartoe moet hebben geuit. Merk ook op dat het kind in alle gevallen biologisch afstamt van *beide* wensouders. Het argument van de rechtsonzekerheid omtrent de erfgoederen is in deze specifieke situatie achterhaald.[312] Er wordt ten slotte niet getornd aan de algemene regel dat het kind levend en levensvatbaar geboren moet worden opdat het kan erven (zie art. 725, 2° B.W.).

D. Schenkingen

640. De vraag rijst of de wensvader vóór zijn overlijden een schenking kan doen ten voordele van zijn toekomstig kind. Luidens artikel 906 B.W. volstaat het om bij schenking onder de levenden te kunnen verkrijgen dat men *verwekt* was op het ogenblik van de schenking.[313] Opnieuw rijst de discussie wat onder 'verwekt zijn' moet worden verstaan. Terzake kan worden verwezen naar *supra*, nr. 634 e.v. aangaande het erfrecht.

E. Onderhoudsvorderingen

1. Onderhoudsvordering tegen de verwekker?

641. Een onderhoudsvordering op grond van artikelen 336 e.v. B.W. tegen de erfgenamen van de wensvader met wiens gameten het kind werd verwekt, is uitgesloten. Ongeacht de grondslag waarop de onderhoudsvordering berust (zie *supra*, nr. 559), kan de vordering enkel worden voortgezet maar niet worden ingesteld tegen de erfgenamen van de wensvader (art. 337, § 3 B.W.). Vermits de vordering pas kan worden

2004", *T.P.R.* 2005, (449), p. 50, nr. 20. De wetgever heeft op dit punt niettemin een uitdrukkelijke keuze gemaakt.

311 In het Wetsvoorstel nr. 3-418/1 moest luidens art. 12 de man bij authentieke akte de toestemming geven tot *post mortem* MBV. In de MBV-wet is de uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van de wensvader vereist.

312 De kritiek die in de rechtsleer rees op het Wetsvoorstel nr. 3-418/1 hield o.m. verband met het ontbreken van een tijdslimiet waarbinnen kunstmatige bevruchting diende plaats te vinden, zie M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND, J. VERSTRAETE en I. VERHAERT, m.m.v. R. BARBAIX, "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen. 1996-2004", *T.P.R.* 2005, (449), p. 50, nr. 20. Dit wordt nu verholpen doordat er uitdrukkelijk een algemene maximumtermijn voor MBV wordt ingesteld, nl. tot twee jaar na het overlijden.

313 Zie hierover meer: W. PINTENS, K. VANWINCKELEN en J. DU MONGH, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 204-205.

ingesteld wanneer het kind levensvatbaar werd geboren en de wensvader op dat tijdstip ten minste ongeveer twaalf maanden eerder overleden is, kan bijgevolg geen onderhoudsvordering meer worden ingesteld. De nalatenschap blijft onbelast.[314]

2. Onderhoudsplicht op grond van een vastgestelde afstammingsband?

642. Zelfs indien door een onderzoek naar vaderschap de afstammingsband t.a.v. de overleden wensvader komt vast te staan, dan nog bestaat er geen onderhoudsverplichting lastens de erfgenamen of de nalatenschap jegens het kind. De wettelijke onderhoudsplichten zijn persoonlijke plichten die niet overgaan op de erfgenamen.[315] Er bestaat geen enkele wettelijke bepaling die aan het *post mortem* verwekte kind een onderhoudsrecht lastens zijn juridische vader toekent. De wet vertrekt immers vanuit het standpunt dat het kind werd verwekt op een tijdstip waarop de wensvader nog leefde en aldus erft van de wensvader (zie *supra*, nr. 638).

F. Recht op identiteit?

643. Het kind dat verwekt werd door medisch begeleide voortplanting *post mortem* met gameten afkomstig van een vooroverleden wensvader, heeft volgens de MBV-wet geen enkel recht op identiteit. In de MBV-wet wordt immers nergens bepaald dat het kind identificerende gegevens of zelfs medische en niet-identificerende gegevens kan opvragen.

Of het kind op de hoogte wordt gebracht van de wijze waarop het werd verwekt, is in de eerste plaats zaak van de wensmoeder. De moeder zal meestal wel sterk erop aandringen om de identiteit van de wensvader mee te delen aan het kind.[316] Ook hier kunnen er niettemin problemen rijzen omtrent het recht op identiteit van het kind.

---

314 Art. 339*bis* B.W. kan immers niet worden toegepast nu er geen uitkering kan worden vastgesteld.

315 J. GERLO, *Handboek voor familierecht 1. Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 90, nr. 200.

316 *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1440/9, Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, 99.

G. Doodgeboren kinderen

644. Het is uitgesloten dat de naam van de vóór de verwekking overleden wensvader wordt geakteerd in de akte van aangifte van levenloos geboren kind. De wensvader heeft het kind immers niet prenataal kunnen erkennen (art. 328, 2de lid B.W.), noch kan hij verzoeken om zijn naam op te nemen in voornoemde akte (cf. art. 80*bis*, 2de lid, 2° B.W.).[317] Aangezien ook hier kan worden aangenomen dat de erkenning en het verzoek *hoogstpersoonlijke* rechtshandelingen zijn, is het uitgesloten dat de erfgenamen dit in zijn plaats doen.

Naar analogie met *supra*, nrs. 548 en 628, kan *de lege ferenda* opnieuw worden bepleit dat de toestemming tot *post mortem* medisch begeleide voortplanting ook de erkenning van het kind inhoudt, zonder dat hier het levend en levensvatbaar geboren worden van het kind een rol speelt. Een doodgeboren kind kan *de lege lata* immers reeds erkend worden tijdens de zwangerschap (zie art. 80*bis* en art. 328 B.W.). Uiteraard verkrijgt het hierdoor geen erfrecht (zie art. 725, 2° B.W.).

317 Zie over de registratie van de namen in de akte van levenloos geboren kind uitgebreid: C. CASTELEIN en T. WUYTS, *l.c.*, 771-844.

BIJLAGE:
GECOÖRDINEERDE VERSIE VAN DE WETTEN VAN 1 JULI 2006, 27 DECEMBER 2006, 10 MEI 2007, 15 MEI 2007 EN 6 JULI 2007

BURGERLIJK WETBOEK*

(Code Napoléon, 3 september 1807*)*

TITEL II. AKTEN VAN DE BURGERLIJKE STAND

[…]

Hoofdstuk II. Akten van geboorte

[…]

62. [§ 1. De akte van erkenning vermeldt:

1. de voornamen, de naam, de plaats en datum van geboorte van het kind;

2. de voornamen, de naam, de woonplaats, de plaats en datum van geboorte van degene die het kind erkent en van de ouder ten aanzien van wie de afstamming reeds voor de erkenning vaststond;

3. in voorkomend geval, de toestemming van de personen bedoeld in [artikel 329*bis*], met vermelding van de voornamen, de naam, de woonplaats en de plaats en datum van geboorte van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind indien hij in de erkenning heeft toegestemd.

Indien de in [artikel 329*bis*, § 3] bedoelde personen niet hebben toegestemd in de akte van erkenning maar er niet tegen zijn opgekomen binnen de in dat artikel gestelde termijn of indien hun verzoek tot nietigverklaring is afgewezen bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest, wordt daarvan melding gemaakt op de kant van de akte van erkenning.

§ 2. Zodra de akte van erkenning van het kind is opgemaakt, wordt daarvan melding gemaakt op de kant van zijn akte van geboorte.

§ 3. De ambtenaar van de burgerlijke stand die een akte van erkenning opmaakt, is gehouden daarvan binnen drie dagen kennis te geven aan de echtgenoot van de erkenner. Paragraaf 3 van artikel 50 is van toepassing.]

Vervangen bij art. 8 Wet 31 maart 1987 (*B.S.* 27 mei 1987).
§ 1 gewijzigd bij art. 2 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

[…]

* Deze gecoördineerde versie van de wetgeving inzake afstamming en medisch begeleide voortplanting werd verzorgd door Tim Wuyts, aspirant F.W.O.-Vlaanderen (K.U.Leuven).

Hoofdstuk IV. Akten van overlijden

[…]

[80*bis*. Wanneer een kind is overleden op het ogenblik van de vaststelling van de geboorte door de ambtenaar van de burgerlijke stand of de door hem toegelaten geneesheer of gediplomeerde vroedvrouw, maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand een akte van aangifte van een levenloos kind op.

De akte van aangifte van een levenloos kind vermeldt:

1° de dag, het uur, de plaats van de bevalling, alsmede het geslacht van het kind;

2° het jaar, de dag, de plaats van de geboorte, de naam, de voornamen en de woonplaats van de moeder en de vader[, of de vader die niet gehuwd is met de moeder en die het verwekt kind erkend heeft overeenkomstig artikel 328.
Op zijn vraag en mits toestemming van de moeder kunnen de naam, de voornamen en de woonplaats van de vader die niet gehuwd is met de moeder en die het verwekt kind niet erkend heeft, tevens vermeld worden.];

3° de naam, de voornamen en de woonplaats van de aangever;

4° de voornamen van het kind, indien om de vermelding ervan wordt verzocht.

Deze akte wordt, op haar dagtekening, ingeschreven in het register van de akten van overlijden.]

Ingevoegd bij art. 2 Wet 27 april 1999 (*B.S.* 24 juni 1999).
Tweede lid, 2° aangevuld bij art. 3 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

[…]

TITEL V. HET HUWELIJK

[…]

164. Echter kan de Koning, om gewichtige redenen, [het in artikel 161 bedoelde verbod voor aanverwanten en] het in het vorige artikel bevatte verbod opheffen.

Vervangen bij art. 6 Wet 13 februari 2003 (*B.S.* 28 februari 2003).
Gewijzigd bij art. 3 Wet 13 februari 2005 (*B.S.* 23 februari 2005).
Gewijzigd bij art. 2 Wet 15 mei 2007 tot wijziging van het B.W. m.b.t. het huwelijk tussen aanverwanten (*B.S.* 29 juni 2007, ed. 3).

[…]

TITEL VI. ECHTSCHEIDING

[…]

295. Indien de gescheiden echtgenoten zich opnieuw verenigen door hun huwelijk andermaal te doen voltrekken, is artikel 1465 alleen van toepassing als er kinderen zijn die niet gemeenschappelijk zijn.

Gewijzigd bij Wet 31 maart 1987.
Vervangen bij art. 2 Wet 10 mei 2007 tot wijziging van het B.W. ter bevordering van de erfrechtelijke bescherming van buitenhuwelijkse kinderen (*B.S.* 3 augustus 2007).

[…]

TITEL VII. [AFSTAMMING]

Titel VII (art. 312-342b) vervangen bij art. 38 Wet 31 maart 1987 (*B.S.* 27 mei 1987).

Hoofdstuk I. [Vaststelling van de afstamming van moederszijde]

312. [§ 1. Het kind heeft als moeder de persoon die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld.

§ 2. [Tenzij het kind het bezit van staat heeft ten aanzien van de moeder, kan de op deze wijze vastgelegde afstamming van moederszijde betwist worden door alle wettelijke middelen, binnen het jaar van de ontdekking van het leugenachtige karakter van de afstamming van moederszijde, door de vader, het kind, de vrouw ten opzichte van wie de afstamming is vastgesteld en door de persoon die het moederschap van het kind opeist].

§ 3. […]

§ 2 gewijzigd bij art. 367, 1° Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).
§ 3 opgeheven bij art. 367, 2° Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).

313. [§ 1. Indien de naam van de moeder niet in de akte van geboorte is vermeld of bij ontstentenis van zulk een akte, kan zij het kind erkennen [onder de bij artikel 329*bis* bepaalde voorwaarden].

§ 2. De erkenning is evenwel niet ontvankelijk indien daaruit blijkt dat tussen haar en de vader een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan

verlenen [tenzij het huwelijk waardoor dat beletsel is ontstaan, nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding.]

§ 3. Indien de moeder gehuwd is en een kind erkent dat tijdens het huwelijk geboren is, moet de erkenning worden medegedeeld aan [de echtgenoot of de echtgenote].

Indien de akte is opgemaakt door een Belgisch ambtenaar van de burgerlijke stand of een Belgische notaris, geeft deze kennis van de akte; indien zij niet is opgemaakt door een Belgisch ambtenaar van de burgerlijke stand of door een Belgische notaris, wordt de akte betekend op verzoek van de moeder, het kind of diens wettelijke vertegenwoordiger.

Totdat de kennisgeving of betekening heeft plaatsgehad kan de erkenning niet worden tegengeworpen [aan de echtgenoot of de echtgenote], aan de kinderen geboren uit diens huwelijk met degene die het kind erkent en aan de kinderen die door de beide echtgenoten geadopteerd zijn.]

§ 3 gewijzigd bij art. 10, 1° en 2° Wet 13 februari 2003 (*B.S.* 28 februari 2003, 3de ed.), met ingang van 1 juni 2003 (art. 23).
§ 1 en § 2 aangevuld bij art. 4 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

314. [Bij gebreke van de akte van geboorte, van de vermelding van de naam van de moeder in die akte of wanneer het kind onder valse namen is ingeschreven en niet is erkend, kan de afstamming van moederszijde gerechtelijk worden vastgesteld [onder de bij artikel 332*quinquies* bepaalde voorwaarden].

De vordering is evenwel niet ontvankelijk indien daaruit blijkt dat tussen de moeder en de vader een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen [tenzij het huwelijk waardoor dat beletsel is ontstaan, nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding.]

De eiser moet het bewijs leveren dat het kind hetzelfde is als dat van wie de vermeende moeder is bevallen.

Hij kan zulks bewijzen door aan te tonen dat het ten aanzien van de vermeende moeder het bezit van staat heeft.

Bij gebreke van bezit van staat kan het bewijs van de afstamming door alle wettelijke middelen worden geleverd. Het tegenbewijs kan eveneens door alle wettelijke middelen worden geleverd.]

Eerste en tweede lid aangevuld bij art. 5 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

Hoofdstuk II. [Vaststelling van de afstamming van vaderszijde]

AFDELING I. [VERMOEDEN VAN VADERSCHAP]

315. [Het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk, heeft de echtgenoot tot vader.]

316. [Deze regel geldt niet wanneer [uit een beslissing houdende vaststelling van het vermoeden van afwezigheid] blijkt dat het kind geboren is meer dan 300 dagen na de verdwijning van de echtgenoot, onverminderd de rechten van de te goeder trouw handelende derden.]

Gewijzigd bij art. 36, 3° Wet 9 mei 2007 (*B.S.* 21 juni 2007).

[**316*bis*.** Tenzij de echtgenoten op het tijdstip van de aangifte van de geboorte een gemeenschappelijke verklaring afgelegd hebben, is het in artikel 315 bedoelde vermoeden van vaderschap niet meer van toepassing:

1° wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen nadat de rechter de overeenkomst tussen de partijen heeft bekrachtigd in verband met de aan de echtgenoten gegeven machtiging om een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken overeenkomstig artikel [1256] van het Gerechtelijk Wetboek, of na de beschikking van de voorzitter zitting houdend in kort geding die de echtgenoten machtigt om een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, of na neerlegging van het verzoekschrift bedoeld in artikel 1288*bis* van hetzelfde Wetboek;

2° wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum waarop de echtgenoten, blijkens het bevolkingsregister, het vreemdelingenregister of het wachtregister, op verschillende adressen zijn ingeschreven, voor zover ze nadien niet opnieuw zijn ingeschreven op hetzelfde adres;

3° wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na een krachtens artikel 223 door de vrederechter uitgesproken vonnis waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, en minder dan 180 dagen na de datum waarop deze maatregel verstreken is, of nadat de echtgenoten feitelijk zijn herenigd.]

Ingevoegd bij art. 6 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).
Gewijzigd bij art. 14 Wet 27 april 2007 (*B.S.* 7 juni 2007), met ingang van 1 september 2007.

317. [Het kind dat geboren is binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van zijn moeder en na een nieuw huwelijk van deze, heeft de nieuwe echtgenoot tot vader.

Wordt dit vaderschap betwist, dan wordt de vorige echtgenoot geacht de vader te zijn, behalve wanneer ook zijn vaderschap wordt betwist of wanneer het vaderschap van een derde komt vast te staan.]

318. [§ 1. Tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot, kan het vermoeden van vaderschap worden betwist door de moeder, het kind, de man ten aanzien van wie de afstamming vaststaat en de persoon die het vaderschap van het kind opeist.

[…]

§ 2. [De vordering van de moeder moet worden ingesteld binnen een jaar na de geboorte.] De vordering van de echtgenoot moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij niet de vader van het kind is; die van de man die het vaderschap van het kind opeist moet worden ingesteld binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is en die van het kind moet worden ingesteld op zijn vroegst op de dag waarop het de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en uiterlijk op de dag waarop het de leeftijd van tweeëntwintig jaar heeft bereikt [of binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de echtgenoot zijn vader niet is].

Indien de echtgenoot overleden is zonder in rechte te zijn opgetreden, terwijl de termijn om zulks te doen nog niet verstreken is, kan zijn vaderschap binnen een jaar na zijn overlijden of na de geboorte, worden betwist door zijn bloedverwanten in de opgaande en in de neerdalende lijn.

Het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 317 kan daarenboven worden betwist door de vorige echtgenoot.

§ 3. Onverminderd het bepaalde in §§ 1 en 2, wordt het vermoeden van vaderschap teniet gedaan indien door alle wettelijke middelen is bewezen dat de betrokkene niet de vader is.

De betwisting van het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot wordt bovendien, behoudens tegenbewijs, gegrond verklaard:

1° in de gevallen bedoeld in artikel 316*bis*;

2° wanneer de afstamming van moederszijde door erkenning of bij rechterlijke beslissing is vastgesteld;

3° wanneer de vordering werd ingesteld vooraleer de afstamming van moederszijde is komen vast te staan.

§ 4. De vordering tot betwisting van het vermoeden van vaderschap is niet ontvankelijk, als de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn.

§ 5. De vordering tot betwisting die wordt ingesteld door de persoon die beweert de biologische vader van het kind te zijn, is maar gegrond als diens vaderschap is komen vast te staan. De beslissing welke die vordering tot betwisting inwilligt, brengt van rechtswege de vaststelling van de afstammingsband van de verzoeker met zich. De rechtbank gaat na of aan de voorwaarden van artikel 332*quinquies* is voldaan. In ontkennend geval wordt de vordering afgewezen.]

§ 3, enig lid, 1° en 2° vervangen bij art. 1 Wet 27 december 1994 (*B.S.* 28 januari 1995).
Artikel geheel vervangen bij art. 7 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).
§ 1, tweede lid opgeheven bij art. 368, 1° Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).
§ 2 gewijzigd bij art. 368, 2° en 3° Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).

AFDELING II. [ERKENNING]

319. [Wanneer het vaderschap niet vaststaat krachtens de artikelen 315 of 317, kan de vader het kind erkennen onder de bij artikel 329*bis* bepaalde voorwaarden.]

Geheel vervangen bij art. 8 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

319*bis*. [Wanneer de vader gehuwd is en een kind erkent dat is verwekt bij een vrouw van wie hij niet de echtgenoot is, moet die erkenning ter kennis van de echtgenoot of van de echtgenote worden gebracht.

Te dien einde, indien de akte van erkenning is opgemaakt door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of door een Belgische notaris, wordt een afschrift van de akte door hem verzonden bij een ter post aangetekende brief. Indien de akte niet is opgemaakt door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of door een Belgische notaris, wordt ze betekend bij deurwaardersexploot op verzoek van de vader, het kind of diens wettelijke vertegenwoordiger.

Totdat deze mededeling heeft plaatsgehad, kan de erkenning niet worden tegengeworpen aan de echtgenoot of de echtgenote, aan de kinderen geboren uit diens huwelijk met degene die het kind erkent en aan de kinderen die door de beide echtgenoten geadopteerd zijn.]

Gewijzigd bij art. 11 Wet 13 februari 2003 (*B.S.* 28 februari 2003, ed. 3), met ingang van 1 juni 2003 (art. 23).
Geheel vervangen bij art. 9 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

320. [...]

Enig 2° en 4° vervangen bij art. 2 Wet 27 december 1994 (*B.S.* 28 januari 1995).
Opgeheven bij art. 23 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

321. [De vader kan het kind niet erkennen, wanneer uit die erkenning een huwelijksbeletsel zou blijken tussen hem en de moeder waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen [tenzij het huwelijk waardoor dat beletsel is ontstaan nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding.]]

Aangevuld bij art. 10 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

AFDELING III. [ONDERZOEK NAAR HET VADERSCHAP]

322. [[Wanneer het vaderschap niet vaststaat krachtens de artikelen 315 of 317, noch op grond van een erkenning, kan het bij vonnis worden vastgesteld onder de bij artikel 332*quinquies* bepaalde voorwaarden.]

[Indien de verweerder gehuwd is en het kind tijdens het huwelijk verwekt is bij een vrouw waarvan hij niet de echtgenoot is, moet het vonnis waarbij de afstamming wordt vastgesteld, aan de echtgenoot of de echtgenote worden betekend. Totdat die betekening heeft plaatsgehad, kan het vonnis niet worden tegengeworpen aan de echtgenoot of de echtgenote, noch aan de kinderen geboren uit het huwelijk met de verweerder of geadopteerd door beide echtgenoten.]]

Gewijzigd bij art. 12 Wet 13 februari 2003 (*B.S.* 28 februari 2003, ed. 3), met ingang van 1 juni 2003 (art. 23).
Eerste lid vervangen bij art. 11 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

323. [...]

Opgeheven bij art. 24 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

324. [De afstamming wordt bewezen door het bezit van staat ten aanzien van de vermeende vader.

Bij gebreke van bezit van staat wordt de afstamming van vaderszijde door alle wettelijke middelen bewezen.

Behalve wanneer er twijfel over bestaat, wordt het vaderschap vermoed wanneer is komen vast te staan dat de verweerder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking gemeenschap heeft gehad met de moeder.]

325. [Het onderzoek naar het vaderschap is onontvankelijk, wanneer uit het vonnis een huwelijksbeletsel tussen de vermeende vader en de moeder zou blijken waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen [tenzij het huwelijk waardoor dat beletsel is ontstaan, nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding.]]

Aangevuld bij art. 12 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

Hoofdstuk III. [Gemeenschappelijke bepalingen nopens de wijze waarop de afstamming wordt vastgesteld]

AFDELING I. [HET TIJDSTIP VAN DE VERWEKKING]

326. [Het kind wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed te zijn verwekt in het tijdvak van de 300e tot en met de 180e dag voor de geboortedag en op het tijdstip dat

voor hem het gunstigst is, gelet op het onderwerp van de vordering dat het heeft ingesteld of van het verweermiddel dat het heeft voorgedragen.]

AFDELING II. [DE ERKENNING]

327. [Indien de erkenning niet is geschied in de akte van geboorte, kan zij geschieden bij authentieke akte, met uitsluiting van het testament.]

328. [De erkenning kan geschieden door een onbekwame.

Zij kan bovendien geschieden ten gunste van een verwekt kind, dan wel van een overleden kind indien dit afstammelingen heeft nagelaten. [In geval van een overleden kind zonder afstammelingen, kan de erkenning geschieden binnen het jaar na de geboorte van het kind.]]

Tweede lid aangevuld bij art. 13 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

[**328*bis*.** [De vorderingen bedoeld in de artikelen 318 en 329*bis* kunnen voor de geboorte ingesteld worden door de man die het vaderschap van het kind opeist.]]

Ingevoegd bij art. 14 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).
Vervangen bij art. 369 Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).

329. [Zo een kind wordt erkend door meer dan een persoon van hetzelfde geslacht, heeft alleen de eerste erkenning gevolg zolang ze niet is vernietigd.]

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

§ 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 het kind onbekwaam is verklaard of zich in een staat van verlengde minderjarigheid bevindt, dan wel 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 dan wel in de onmogelijkheid zijn wil te kennen te geven, 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 de vernietiging van de erkenning vorderen van de rechtbank van de woonplaats van het kind.

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.]

Ingevoegd bij art. 15 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

330. [§ 1. Tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van degene die het heeft erkend, kan de erkenning van het moederschap worden betwist door de vader, het kind, de vrouw die het kind heeft erkend en de vrouw die het moederschap van het kind opeist. Tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van

degene die het heeft erkend, kan de erkenning van het vaderschap worden betwist door de moeder, het kind, de man die het kind heeft erkend en de man die het vaderschap van het kind opeist.

De erkenner en zij die de voorafgaande, in artikel 329*bis* vereiste of bedoelde toestemmingen hebben gegeven, zijn echter alleen gerechtigd de erkenning te betwisten, indien zij bewijzen dat aan hun toestemming een gebrek kleefde.

De erkenning kan niet worden betwist door hen die partij zijn geweest bij de beslissing waarbij de erkenning is toegestaan overeenkomstig artikel 329*bis*, of bij de beslissing waarbij de krachtens dat artikel gevorderde vernietiging is afgewezen.

De vordering van de vader, de moeder of de persoon die het kind erkend heeft, moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de persoon die het kind erkend heeft, niet de vader of de moeder is; die van de persoon die de afstamming opeist moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij of zij de vader of de moeder van het kind is; die van het kind moet op zijn vroegst worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en moet uiterlijk worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van tweeëntwintig jaar heeft bereikt [of binnen een jaar na het ontdekken van het feit dat de persoon die het erkend heeft noch zijn vader, noch zijn moeder is].

§ 2. Onverminderd het bepaalde in § 1, wordt de erkenning tenietgedaan, indien door alle wettelijke middelen is bewezen dat de betrokkene niet de vader of de moeder is.

§ 3. De vordering tot betwisting die wordt ingesteld door de persoon die beweert de biologische vader of moeder van het kind te zijn, is maar gegrond als diens vaderschap of moederschap is komen vast te staan. De beslissing welke die vordering tot betwisting inwilligt, brengt van rechtswege de vaststelling van de afstammingsband van de verzoeker met zich. De rechtbank gaat na of aan de voorwaarden van artikel 332*quinquies* is voldaan. In ontkennend geval wordt de vordering afgewezen.]

Geheel vervangen bij art. 16 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).
§ 1 gewijzigd bij art. 370 Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).

Hoofdstuk IV. [Vorderingen met betrekking tot de afstamming]

AFDELING I. [ALGEMEEN]

331. [§ 1. Alleen de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de afstamming.

§ 2. Telkens als de afstamming wordt betwist, kunnen de strafrechtbanken en de andere gerechten eerst uitspraak doen nadat de beslissing van de rechtbank van eerste aanleg omtrent de staat in kracht van gewijsde is getreden.]

331*bis*. [Rechtsvorderingen met betrekking tot de afstamming zijn niet ontvankelijk indien het kind niet levensvatbaar geboren is.]

331*ter*. [Wanneer de wet geen kortere termijn stelt, verjaren de vorderingen betreffende de afstamming door verloop van dertig jaar te rekenen van de dag waarop het bezit van staat geëindigd is, of, bij gebreke van bezit van staat, vanaf de geboorte, of te rekenen van de dag waarop het kind in het bezit van staat is gekomen overeenkomstig de staat die hem werd betwist, waarbij artikel 2252 onverkort van toepassing blijft.

Artikel 2253 is niet van toepassing.

De in dit artikel bepaalde verjaringstermijn geldt niet voor de op artikel 329*bis* gegronde vorderingen.]

Geheel vervangen bij art. 17 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

331*quater*. [Van het vorderingsrecht betreffende de afstamming kan niet worden afgezien.]

331*quinquies*. [Erfgenamen kunnen de reeds begonnen rechtsvordering voortzetten, tenzij de verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan.]

331*sexies*. [Onverminderd artikel 329*bis*, § 2, tweede lid, en § 3, eerste lid, en artikel 332*quinquies*, worden de niet-ontvoogde minderjarige, de onbekwaamverklaarde en de wilsonbekwame, in gedingen betreffende hun afstamming, als eiser of als verweerder vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger en, indien er tegenstrijdigheid van belangen is, door een voogd ad hoc die aangewezen wordt door de voorzitter van de rechtbank op verzoek van elke belanghebbende of van de procureur des Konings.]

Geheel vervangen bij art. 18 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

331*septies*. [De rechtbanken beslechten de geschillen betreffende de afstamming waarvoor de wet geen regeling getroffen heeft, door de meest waarschijnlijke afstamming met alle rechtsmiddelen vast te stellen.

Zo de andere bewijsmiddelen onvoldoende zijn, wordt het bezit van staat in aanmerking genomen.]

331*octies*. [De rechtbanken kunnen, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methode gelasten.]

331*nonies*. [Het bezit van staat moet voortdurend zijn.

Het wordt bewezen door feiten die te samen of afzonderlijk de betrekking van afstamming aantonen.

Die feiten zijn onder meer:

– dat het kind altijd de naam heeft gedragen van degene van wie wordt gezegd dat het afstamt;
– dat laatstgenoemde het als zijn kind heeft behandeld;
– dat die persoon als vader of moeder in zijn onderhoud en opvoeding heeft voorzien;
– dat het kind die persoon heeft behandeld als zijn vader of moeder;
– dat het kind wordt erkend door de familie en in de maatschappij;
– dat de openbare overheid het als zodanig beschouwt.]

331*decies.* [Rechterlijke beslissingen inzake afstamming kunnen worden tegengeworpen zelfs aan personen die geen partij waren in het geding; dezen kunnen echter derdenverzet instellen.

In afwijking van artikel 811 van het Gerechtelijk Wetboek kan de rechtbank, zelfs ambtshalve, gelasten dat alle belanghebbenden jegens wie zij oordeelt dat de beslissing mede moet gelden, in het geding worden geroepen.]

AFDELING II. [DE VORDERINGEN IN HET BIJZONDER]

332. […]

Opgeheven bij art. 24 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

332*bis.* [De vorderingen tot betwisting van staat moeten op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen en degene van zijn ouders wiens vaderschap of moederschap niet wordt betwist in het geding worden geroepen, alsook de persoon wiens vaderschap of moederschap wordt betwist.]

Geheel vervangen bij art. 19 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

332*ter.* [De rechtsvordering tot inroeping van staat kan worden ingesteld door het kind en door elk van zijn ouders persoonlijk.

Na het overlijden van het kind, kan de vordering worden ingesteld door diens afstammelingen, die dat evenwel enkel kunnen doen voor de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder.

De vordering moet op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen en degene van de ouders wiens vaderschap of moederschap vaststaat, alsook de persoon wiens vaderschap of moederschap wordt onderzocht, in het geding worden geroepen.

Indien de rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap tot gevolg kan hebben dat het vaderschap komt vast te staan op grond van artikel 315 of 317, dan moet ze ook worden ingesteld tegen de echtgenoot en, in voorkomend geval, tegen de vorige echtgenoot van de vermeende moeder.]

332*quater.* [Indien een van de personen die krachtens de voorgaande artikelen moet worden gedagvaard overleden is, wordt de rechtsvordering tot betwisting van staat alleen ingesteld tegen de anderen en wordt de rechtsvordering tot inroeping van staat ingesteld tegen de anderen en de erfgenamen van de overledene.

Indien allen die krachtens de voorafgaande bepalingen moeten worden gedagvaard overleden zijn, wordt de vordering ingesteld bij eenzijdig verzoekschrift en zijn de artikelen 1025 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing, met uitzondering van de artikelen 1029, tweede lid, en 1032.]

[332*quinquies.* § 1. De vorderingen tot onderzoek naar het moederschap of het vaderschap zijn onontvankelijk indien het meerderjarige of het ontvoogde minderjarige kind zich daartegen verzet.

§ 2. Indien het verzet uitgaat van een minderjarig kind dat niet ontvoogd is en de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, of van degene van de ouders van het kind ten aanzien van wie de afstamming vaststaat, wijst de rechtbank, zonder afbreuk te doen aan § 3, de vordering slechts af indien ze betrekking heeft op een kind dat minstens één jaar oud is op het ogenblik van de indiening ervan, en de vaststelling van de afstamming kennelijk strijdig is met de belangen van het kind.

Er wordt geen rekening gehouden met het verzet van het kind dat onbekwaam is verklaard, zich in een staat van verlengde minderjarigheid bevindt, of waarvan de rechtbank, op grond van feitelijke elementen vastgesteld in een met reden omkleed proces-verbaal, oordeelt dat het geen onderscheidingsvermogen heeft.

§ 3. De rechtbank wijst de vordering hoe dan ook af indien het bewijs wordt geleverd dat degene wiens afstamming wordt onderzocht niet de biologische vader of moeder van het kind is.

§ 4. Indien tegen de man die een vaderschapsonderzoek vordert 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, wordt op verzoek van een van de partijen de uitspraak verdaagd, tot wanneer de beslissing over de strafvordering in kracht van gewijsde is getreden. Indien de betrokkene hiervoor wordt veroordeeld, zal [de vordering tot onderzoek naar het vaderschap] op vraag van één van de partijen worden verworpen.]

Ingevoegd bij art. 20 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).
§ 4 gewijzigd bij art. 371 Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).

AFDELING III. [BEKENDMAKING VAN DE RECHTERLIJKE BESLISSING IN DE REGISTERS VAN DE BURGERLIJKE STAND]

333. § 1. Elk exploot van betekening van een vonnis of arrest waarbij een vordering betreffende de afstamming wordt toegewezen, moet in afschrift worden medegedeeld aan het openbaar ministerie.

§ 2. Na het verstrijken van de termijn van hoger beroep of van voorziening in cassatie of, in voorkomend geval, na de uitspraak van het arrest waarbij de voorziening wordt afgewezen, zendt het openbaar ministerie onverwijld het beschikkende gedeelte van elk vonnis of arrest waarbij een vordering betreffende de afstamming wordt toegewezen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de plaats waar de akte van geboorte van het kind is opgemaakt of overgeschreven.

Indien de akte van geboorte niet in België is ingeschreven, wordt het beschikkende gedeelte gezonden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de verblijfplaats van het kind in België of, bij gebreke daarvan, aan die van het eerste district van Brussel.

De ambtenaar van de burgerlijke stand schrijft, binnen een maand, het beschikkende gedeelte over in zijn registers; melding daarvan wordt gemaakt op de kant van de akten betreffende de burgerlijke stand van het kind en van zijn afstammelingen.

Hoofdstuk V. [Gevolgen van de afstamming]

334. [Ongeacht de wijze waarop de afstamming is vastgesteld, hebben de kinderen en hun afstammelingen dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de ouders en hun bloed- en aanverwanten en hebben de ouders en hun bloed- en aanverwanten dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de kinderen en hun afstammelingen.]

334*bis*. [...]

Opgeheven bij art. 24 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

334*ter*. [De erkenning waaruit blijkt dat een kind tijdens het huwelijk werd verwekt door een der echtgenoten en een andere persoon dan de echtgenoot, heeft tot gevolg dat degene die het kind erkent, alle voordelen verliest die de andere echtgenoot bij huwelijksovereenkomst heeft toegestaan in het vooruitzicht van een verdeling van het gemeenschappelijk vermogen, evenals de schenkingen welke in die overeenkomst vervat liggen, tenzij die echtgenoot bij een voor notaris verleden akte uitdrukkelijk zijn wil te kennen geeft de bepalingen van de huwelijksovereenkomst geheel of ten dele te handhaven.

De herroeping van de voordelen en van de schenkingen doet geen afbreuk aan de rechten van derden te goeder trouw.

In hetzelfde geval kan de echtgenoot degene die het kind erkent, geheel of ten dele van de erfopvolging uitsluiten, met uitzondering van het erfrecht dat hij krachtens artikel 915*bis*, § 2, bezit.

In alle gevallen waarbij uit de vaststelling van de afstamming blijkt dat een kind tijdens het huwelijk werd verwekt door een der echtgenoten en een andere persoon dan de echtgenoot, gelden dezelfde gevolgen als die welke het eerste lid aan een vrijwillige erkenning verbindt en de echtgenoot kan het recht uitoefenen dat hem bij het derde lid wordt verleend.]

335. § 1. Het kind wiens afstamming alleen van vaderszijde vaststaat of wiens afstamming van vaderszijde en van moederszijde tegelijkertijd komen vast te staan, draagt de naam van zijn vader […].

§ 2. Het kind wiens afstamming alleen van moederszijde vaststaat, draagt de naam van zijn moeder.

§ 3. Indien de afstamming van vaderszijde komt vast te staan na de afstamming van moederszijde, blijft de naam van het kind onveranderd. Evenwel kunnen de ouders samen of een van hen, indien de andere overleden is, in een door de ambtenaar van de burgerlijke stand opgemaakte akte verklaren dat het kind de naam van zijn vader zal dragen.
[…]

Die verklaring moet worden gedaan binnen een jaar te rekenen van de dag waarop de personen die de verklaring doen, de vaststelling van de afstamming hebben vernomen en voor de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind. [De termijn van één jaar begint te lopen op de dag die volgt op de in artikel 319*bis*, tweede lid, bedoelde kennisgeving of betekening.]

Van de verklaring wordt melding gemaakt op de kant van de akte van geboorte en van de andere akten betreffende het kind.]

[§ 4. Indien de afstamming van een kind wordt gewijzigd wanneer het de meerderjarige leeftijd heeft bereikt, mag er zonder zijn akkoord geen enkele verandering aan zijn naam worden aangebracht.]

§ 1 gewijzigd, § 3, 2de lid opgeheven, § 3, 3de lid aangevuld en § 4 toegevoegd bij art. 21 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

Hoofdstuk VI. [Vordering tot uitkering voor levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding]

336. [Het kind wiens afstamming van vaderszijde niet vaststaat, kan van degene die gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking met zijn moeder gemeenschap heeft gehad, een uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding vorderen.

Indien de opleiding niet voltooid is, loopt de verplichting tot na de meerderjarigheid van het kind.]

337. [§ 1. De vordering komt aan het kind persoonlijk toe. […]

§ 2. De vordering gaat niet over op de erfgenamen van het kind. Deze kunnen echter de begonnen rechtsvordering voortzetten.

§ 3. Na het overlijden van de persoon die gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking met de moeder gemeenschap heeft gehad, kan de vordering worden voortgezet maar niet meer ingesteld tegen zijn erfgenamen.]

§ 1 gewijzigd bij art. 22 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

338. [§ 1. De eiser biedt de voorzitter van de rechtbank een verzoekschrift aan, bevattende een beknopte opgave van de feiten en vergezeld van de bewijsstukken, zo die er zijn.

De voorzitter bepaalt dag en uur waarop de partijen voor hem moeten verschijnen. De oproeping geschiedt bij gerechtsbrief.

§ 2. Indien de verweerder het bestaan heeft erkend van de gemeenschap die tot grondslag dient van de vordering en indien de partijen het eens zijn over het bedrag van de uitkering tot levensonderhoud, maakt de voorzitter daarvan proces-verbaal op.

Indien de partijen het niet eens zijn of niet verschijnen, geeft de voorzitter een beschikking waarbij hij hen naar de rechtbank verwijst.

§ 3. Indien de verweerder bij de eerste verschijning voor de rechtbank enkel het bedrag betwist van de uitkering tot levensonderhoud, wordt de zaak naar de raadkamer verwezen en het vonnis uitgesproken in openbare terechtzitting.

Indien de verweerder bij de eerste verschijning voor de rechtbank het bestaan betwist van de gemeenschap die tot grondslag dient van de vordering, wordt uitspraak gedaan volgens het gemeen recht.

In hoger beroep wordt dezelfde rechtspleging gevolgd.]

338*bis*. [De vordering wordt afgewezen indien de verweerder door alle wettelijke middelen het bewijs levert dat hij de vader niet is.]

339. [Het bedrag van de uitkering wordt bepaald met inachtneming van de behoeften van het kind en de inkomsten, mogelijkheden en maatschappelijke toestand van de uitkeringsplichtige en van de moeder.

De uitkering kan worden gewijzigd overeenkomstig artikel 209.]

339*bis*. [De last van de uitkering gaat over op de nalatenschap van de uitkeringsplichtige overeenkomstig artikel 205*bis*, §§ 3 en 4.

De uitkering kan worden gewijzigd overeenkomstig artikel 209.]

340. [De uitkering is niet meer verschuldigd zodra de afstamming van vaderszijde vaststaat ten aanzien van een ander dan de uitkeringsplichtige of indien het kind geadopteerd wordt.]

341. [Een vonnis waarbij de verweerder krachtens artikel 336 wordt veroordeeld tot het betalen van een uitkering, heeft dezelfde gevolgen als de vaststelling van het vaderschap, wat de huwelijksbeletselen betreft.]

342. […]

[…]

Hoofdstuk III. Onderscheiden orden van erfopvolging

[…]

[745*quater*. [§ 1. Wanneer de blote eigendom behoort aan de afstammelingen van de vooroverleden echtgenoot, aan zijn geadopteerde kinderen of aan de afstammelingen van dezen, kan de langstlevende echtgenoot of een van de blote eigenaars vorderen dat het vruchtgebruik geheel of ten dele wordt omgezet, hetzij in de volle eigendom van met vruchtgebruik belaste goederen, hetzij in een geldsom, hetzij in een gewaarborgde en geïndexeerde rente.
[…].]

§ 2. Wanneer de blote eigendom behoort aan andere personen dan die bedoeld in § 1, kan de langstlevende echtgenoot die omzetting eisen binnen vijf jaar na het openvallen van de nalatenschap.

In hetzelfde geval kan hij te allen tijde eisen dat de blote eigendom van de goederen bedoeld in § 4 hem tegen geld wordt overgedragen.

De rechtbank kan de omzetting van het vruchtgebruik en de toewijzing van de volle eigendom weigeren, wanneer zulks de belangen van een onderneming of van een beroepsarbeid ernstig zou schaden.

Indien de rechtbank het billijk acht wegens omstandigheden die eigen zijn aan de zaak, kan zij een vordering tot omzetting toewijzen, die is ingesteld door een andere blote eigenaar dan die bedoeld in § 1 of, na de termijn van vijf jaar, door de langstlevende echtgenoot.

§ 3. De omzetting van het vruchtgebruik van de goederen onderworpen aan het recht van wettelijke terugkeer kan, alleen worden gevorderd door degene die dat recht bezit.

§ 4. Het vruchtgebruik van het onroerend goed dat bij het openvallen van de nalatenschap het gezin tot voornaamste woning diende, en van het daarin aanwezige huisraad, kan niet worden omgezet dan met instemming van de langstlevende echtgenoot.]

Artikel ingevoegd bij art. 8 Wet 8 mei 1981 (*B.S.* 27 mei 1981).
§ 1 vervangen bij art. 70 Wet 31 maart 1987 (*B.S.* 27 mei 1987).
§ 1, 2de lid opgeheven bij art. 24 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

[…]

Hoofdstuk VI. Verdeling en inbreng

[…]

[837. […]]

Opnieuw opgenomen bij art. 74 Wet 31 maart 1987 (*B.S.* 27 mei 1987).
Opgeheven bij art. 24 Wet 1 juli 2006 (*B.S.* 29 december 2006, ed. 6).

[…]

TITEL V. HUWELIJKSVERMOGENSSTELSELS

[…]

Hoofdstuk III. Overeenkomsten die het wettelijk stelsel kunnen wijzigen

[…]

§ 4. Gemeenschappelijke bepaling

1465. Ingeval er kinderen zijn [die niet gemeenschappelijk zijn], blijft elk beding in het huwelijkscontract hetwelk ten gevolge heeft dat aan een der echtgenoten meer wordt gegeven dan het beschikbaar gedeelte, zonder gevolg ten aanzien van het meerdere; gelijke verdeling van hetgeen is overgespaard van de wederzijdse inkomsten der echtgenoten, al zijn die ongelijk, wordt echter niet beschouwd als een voordeel waardoor de kinderen [die niet gemeenschappelijk zijn] worden benadeeld.

Vervangen bij Wet 14 juli 1976.
Gewijzigd bij art. 3 Wet 10 mei 2007 tot wijziging van het B.W. ter bevordering van de erfrechtelijke bescherming van buitenhuwelijkse kinderen (*B.S.* 3 augustus 2007).

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

(*B.S.* 29 december 2006, ed. 6)

[…]

Hoofdstuk IV. Overgangsbepaling

25. § 1. In afwijking van artikel 330, § 1, vierde lid, zoals gewijzigd bij deze wet, en van artikel 318, § 1, tweede lid, zoals ingevoegd bij deze wet, kunnen de erkenning en het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot worden betwist door de persoon die het moederschap of vaderschap van het kind opeist gedurende een termijn van één jaar vanaf de inwerkingtreding van deze wet, zelfs indien er meer dan een jaar verstreken zou zijn sedert de geboorte of het ontdekken van de geboorte van het kind.

§ 2. Gedurende een termijn van één jaar vanaf de inwerkingtreding van deze wet, behoudt elke belanghebbende derde, in de zin van artikel 330, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek in zijn vorige lezing, de mogelijkheid een erkenning te betwisten, volgens de voorwaarden voorgeschreven door de vroegere wetgeving.

§ 3. De verjaringstermijn van de vordering tot betwisting van de erkenning ingesteld door artikel 330, § 1, vierde lid, zoals gewijzigd bij deze wet, begint te lopen de dag waarop deze wet in werking treedt, tenzij de vordering reeds was verjaard, en zonder dat de totale duur van de verjaringstermijn dertig jaar kan overschrijden.

§ 4. De erkenning en het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot betreffende een kind dat geboren werd voor de inwerkingtreding van deze wet, kunnen worden betwist door de echtgenoot of door degene die het kind erkent, binnen een termijn van één jaar vanaf de datum van de ontdekking van het feit dat hij niet de vader van het kind is, zelfs indien er meer dan een jaar zou zijn verstreken sedert de geboorte of het ontdekken van de geboorte van het kind.

[§ 5. De personen die de rechten bezitten die voortvloeien uit artikel 320 van het Burgerlijk Wetboek, vervangen bij de wet van 31 maart 1987 en gewijzigd bij de wet van 27 december 1994 en uit artikel 323 van hetzelfde Wetboek, vervangen bij de wet van 31 maart 1987, zoals opgeheven bij deze wet, kunnen nog een vordering

instellen binnen een termijn van een jaar vanaf de datum van inwerkingtreding van deze wet.]

§ 5 ingevoegd bij art. 372 Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).

[**Hoofdstuk V. Inwerkingtreding**

26. Deze wet treedt in werking op de door de Koning te bepalen datum en uiterlijk op 1 juli 2007.]

Ingevoegd bij art. 373 Wet 27 december 2006 (*B.S.* 28 december 2006, ed. 3).

WET VAN 27 DECEMBER 2006 HOUDENDE DIVERSE BEPALINGEN (I)

(*B.S.* 28 december 2006, ed. 3)

374. Dit hoofdstuk treedt in werking op de dag van de inwerkingtreding van 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 met uitzondering van artikel 373 dat in werking treedt de dag waarop deze wet in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekendgemaakt.

WET VAN 6 JULI 2007 BETREFFENDE DE MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING EN DE BESTEMMING VAN DE OVERTALLIGE EMBRYO'S EN DE GAMETEN

(*B.S.* 17 juli 2007)

[…]

TITEL II. DEFINITIES

2. Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder:

a) medisch begeleide voortplanting: de uitvoering, overeenkomstig een geheel van nadere regels en voorwaarden voor de toepassing van nieuwe medische technieken van begeleide voortplanting, van:

1° hetzij een kunstmatige inseminatie,

2° hetzij een van de *in vitro* fertilisatietechnieken, dat wil zeggen technieken waarbij op een gegeven ogenblik een eicel en/of een embryo worden behandeld;

b) embryo: cel of samenhangend geheel van cellen met het vermogen uit te groeien tot een mens;

c) embryo *in vitro*: een embryo dat zich buiten het vrouwelijk lichaam bevindt;

d) overtallig embryo: embryo dat is aangemaakt in het kader van een medisch begeleide voortplanting, maar dat niet bij een vrouw werd ingeplant;

e) bewaring door invriezing: invriezing van gameten, overtallige embryo's, gonaden en fragmenten van gonaden;

f) wensouder: elke persoon die heeft besloten om ouder te worden door middel van medisch begeleide voortplanting, ongeacht of dit met zijn eigen gameten of embryo's gebeurt of niet;

g) fertiliteitscentrum: zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde in de zin van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden;

h) onderzoek op overtallige embryo's: gebruik van overtallige embryo's voor onderzoek in de zin en volgens de criteria van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, en dat ertoe strekt kennis te verwerven die specifiek is voor de uitoefening van de geneeskunst als bedoeld in het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst;

i) embryodonor: persoon die bij overeenkomst ten kosteloze titel, gesloten met een centrum voor *in vitro* fertilisatie overtallige embryo's afstaat opdat deze anoniem kunnen worden gebruikt voor medisch begeleide voortplanting bij ontvan-

gers van embryo's zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen het ongeboren kind en de donor;

j) ontvanger van een embryo: persoon die schriftelijk heeft aanvaard om in het kader van medisch begeleide voortplanting overtallige embryo's te ontvangen zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen de donor van het embryo en het ongeboren kind;

k) gameten: voortplantingscellen die op basis van het geslacht worden opgedeeld in vrouwelijke gameten (eicellen) en mannelijke gameten (spermatozoïden) en waarvan de versmelting een embryo vormt;

l) overtallige gameten: gameten die zijn weggenomen in het kader van medisch begeleide voortplanting maar die daarvoor niet onmiddellijk zijn gebruikt;

m) onderzoek op gameten of gonaden: gebruik van gameten, gonaden of fragmenten van gonaden voor onderzoek;

n) gonade: orgaan dat de voortplantingscellen produceert, te weten de eierstokken bij de vrouw en de teelballen bij de man;

o) persoon bij wie een afname wordt verricht: persoon bij wie gameten worden weggenomen teneinde deze te gebruiken in het kader van een wetenschappelijk onderzoeksprotocol;

p) donor van gameten: persoon die bij overeenkomst ten kosteloze titel, gesloten met een centrum voor *in vitro* fertilisatie gameten afstaat opdat ze in het kader van medisch begeleide voortplanting worden gebruikt bij ontvangers van gameten zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen het ongeboren kind en de donor;

q) ontvanger van gameten: persoon die schriftelijk heeft aanvaard om in het kader van medisch begeleide voortplanting gameten te ontvangen zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen de donor van de gameten en het ongeboren kind;

r) *post mortem* implantatie: techniek die de medisch begeleide bevruchting van een vrouw mogelijk maakt door middel van de implantatie van de door invriezing bewaarde overtallige embryo's die haar partner haar bij overeenkomst ter beschikking heeft gesteld vóór zijn overlijden;

s) *post mortem* inseminatie: techniek die de medisch begeleide bevruchting van een vrouw mogelijk maakt met de door invriezing bewaarde gameten die haar partner haar bij overeenkomst ter beschikking heeft gesteld vóór zijn overlijden;

t) genetische pre-implantatiediagnostiek: techniek die erin bestaat om in het kader van een *in vitro* fertilisatie één of meerdere genetische kenmerken van de embryo's *in vitro* te analyseren om inlichtingen te verzamelen die worden gebruikt om uit te maken welke embryo's worden ingeplant;

u) centrum voor menselijke erfelijkheid: centrum in de zin van het koninklijk besluit van 14 december 1987 houdende vaststelling van de normen waaraan de centra voor menselijke erfelijkheid moeten voldoen om erkend te worden;

v) matching: techniek die erin bestaat gameten en overtallige embryo's zo te kiezen dat er geen al te grote lichamelijke verschillen bestaan tussen de donor(en) en de ontvanger(s).

TITEL III. MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING

Hoofdstuk I. Algemene beginselen

3. Onverminderd het koninklijk besluit van 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's «reproductieve geneeskunde» moeten voldoen om erkend te worden, kunnen *in vitro* fertilisatie en bewaring door invriezing van embryo's, gameten, gonaden en fragmenten van gonaden enkel worden uitgevoerd in fertiliteitscentra.

De Koning stelt de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren, opslaan en distribueren van embryo's, gameten, gonaden en fragmenten van gonaden.

Bij ontstentenis daarvan, voeren de fertiliteitscentra de procedures uit overeenkomstig de stand van de wetenschap en de gebruiken van het beroep.

4. Gameten mogen worden weggenomen bij meerderjarige vrouwen van maximum 45 jaar.

Een verzoek om implantatie van embryo's of inseminatie met gameten kan worden ingediend door meerderjarige vrouwen van maximum 45 jaar.

De implantatie van embryo's of de inseminatie met gameten kunnen niet worden uitgevoerd bij meerderjarige vrouwen ouder dan 47 jaar.

In afwijking van het eerste lid kan het wegnemen met het oog op bewaring door invriezing van gameten, van overtallige embryo's, van gonaden of fragmenten van gonaden bij een minderjarige worden uitgevoerd wanneer daar een medische reden voor bestaat.

5. De fertiliteitscentra zorgen voor grote transparantie van hun opties in verband met de toegankelijkheid van de behandeling; ze kunnen ten aanzien van de tot hen gerichte verzoeken een beroep doen op de gewetensclausule.

De fertiliteitscentra brengen de verzoeker(s) binnen een maand na de beslissing van de geraadpleegde arts op de hoogte van hun weigering om in te gaan op het verzoek.

Deze weigering gebeurt schriftelijk en bevat verplicht:

1° hetzij de medische redenen voor de weigering;

2° hetzij een verwijzing naar de gewetensclausule waarvan sprake is in het eerste lid van dit artikel;

3° wanneer de verzoeker of de verzoekers dat wensen, het adres van een ander fertiliteitscentrum waartoe zij zich kunnen wenden.

Hoofdstuk II. Procedure

AFDELING I. VOORAFGAANDE INFORMATIE

6. Als het geraadpleegde fertiliteitscentrum besluit in te gaan op het verzoek om medisch begeleide voortplanting, gaat het in de gevallen waarin zulks aangewezen is vóór de ondertekening van de in artikel 7 bedoelde overeenkomst na of de oorzaken van de steriliteit, de onvruchtbaarheid of de subfertiliteit bij de verzoekster of bij de verzoekers werden vastgesteld en behandeld overeenkomstig de stand van de wetenschap en de gebruiken van het beroep.

Nadat deze controle is uitgevoerd, moet het fertiliteitscentrum eveneens verplicht:

1° de betrokken partijen eerlijke informatie verstrekken over de medisch begeleide voortplanting;

2° de betrokken partijen psychologische begeleiding bieden voor en tijdens het medisch begeleide voortplantingsproces.

AFDELING II. OVEREENKOMST

7. Voordat wordt overgegaan tot enige medische stap die verband houdt met medisch begeleide voortplanting, stellen de wensouder(s) en het geraadpleegde fertiliteitscentrum een overeenkomst op.

De overeenkomst vermeldt de identiteit, de leeftijd en het adres van de wensouder(s) en de gegevens van het geraadpleegde fertiliteitscentrum.

Wanneer het om een paar gaat, wordt de overeenkomst ondertekend door beide wensouders.

De overeenkomst wordt opgesteld in twee exemplaren, waarbij het ene bestemd is voor het fertiliteitscentrum, het andere voor de wensouder(s).

AFDELING III. WIJZIGING VAN DE OORSPRONKELIJKE OVEREENKOMST

8. De instructies van de wensouder(s) kunnen worden gewijzigd totdat de laatste instructie is uitgevoerd, tenzij intussen de termijn voor de bewaring van gameten of overtallige embryo's verstreken is.

Deze wijzigingen worden opgenomen in een schriftelijk document, ondertekend door alle partijen die de overeenkomst bedoeld in artikel 7 ondertekenen.

Wanneer het om een paar gaat, worden deze wijzigingen met onderling akkoord aangebracht en wordt het in het tweede lid bedoelde document ondertekend door beide wensouders.

TITEL IV. OVERTALLIGE EMBRYO'S

Hoofdstuk I. Algemene beginselen

9. Behoudens om medische redenen mag er niet worden overgegaan tot nieuwe afnames van gameten om andere embryo's aan te maken zolang de wensouder(s) nog beschikken over overtallige embryo's die zijn ingevroren met het oog op een latere kinderwens, voor zover deze voldoen aan de vereiste gezondheidsnormen.

Het geraadpleegde fertiliteitscentrum beoordeelt de gezondheid van de overtallige embryo's.

10. De overtallige embryo's kunnen worden bewaard door invriezing met het oog op de invulling van een bestaande kinderwens of een latere kinderwens.

Als de embryo's niet worden bewaard door invriezing voor de in het eerste lid bepaalde doeleinden of als de in de artikelen 17 en 18 van deze wet bepaalde termijn voor de bewaring door invriezing verstreken is, kunnen de overtallige embryo's:

– worden geïntegreerd in een wetenschappelijk onderzoeksprotocol overeenkomstig de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*,

– worden vernietigd,

– worden opgenomen in een programma voor embryodonatie.

11. De overtallige embryo's mogen in geen geval een andere bestemming krijgen dan bepaald in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 13 van deze wet.

Hoofdstuk II. Bewaring door invriezing van overtallige embryo's met het oog op de invulling van een bestaande of een latere kinderwens

AFDELING I. VOORAFGAANDE INFORMATIE

12. Indien het geraadpleegde fertiliteitscentrum beslist gevolg te geven aan het verzoek tot medisch begeleide voortplanting door middel van inplanting van embryo's *in vitro*, moet het verplicht en vóór de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 13 van deze wet wordt ondertekend:

1° de verplichting inzake algemene informatie en psychologische begeleiding in acht nemen die artikel 6 van deze wet oplegt;

2° de wensouder(s) eerlijke informatie verstrekken over de omstandigheden en de duur van de bewaring van hun overtallige embryo's, als bepaald in de artikelen 17 en 18 van deze wet;

3° de wensouder(s) eerlijke informatie verstrekken over de mogelijke bestemming van de overtallige embryo's bij het verstrijken van vermelde termijn.

Indien het gaat om een nieuw inplanting van overtallige embryo's die op verzoek van twee wensouders door invriezing werden bewaard met het oog op de latere invulling van een kinderwens, zorgt het geraadpleegde fertiliteitscentrum

vóór enige geneeskundige handeling plaatsvindt, voor de werkelijke instemming van beiden met die nieuwe inplanting

AFDELING II. OVEREENKOMST

13. Voor enige inplanting van embryo's plaatsvindt, stellen het geraadpleegde fertiliteitscentrum en de wensouder(s) de overeenkomst op bedoeld in artikel 7 van deze wet.

Naast de vermeldingen bepaald in artikel 7, tweede lid, moet de overeenkomst voorzien in:

1° de bestemming van de overtallige embryo's bij scheiding, echtscheiding, wanneer een van de wensouders definitief niet meer in staat is beslissingen te nemen of wanneer de wensouders een onoplosbaar meningsverschil hebben;

2° de bestemming van de overtallige embryo's wanneer een van de wensouders overlijdt;

3° de bestemming van de overtallige embryo's na het verstrijken van de termijn voor de bewaring ervan, zoals bepaald in de artikelen 17 en 18 van deze wet.

Wanneer het om een paar gaat, moet de overeenkomst worden ondertekend door beide wensouders.

AFDELING III. WIJZIGING VAN DE OORSPRONKELIJKE OVEREENKOMST

14. De instructies die in de in de artikelen 7 en 13 van deze wet bepaalde overeenkomst zijn opgenomen, kunnen worden gewijzigd, overeenkomstig de in artikel 8 van deze wet vastgestelde regels.

Ingeval de wensouders het na de ondertekening van de overeenkomst niet eens kunnen worden over de bestemming van de overtallige embryo's, houdt het geraadpleegde fertiliteitscentrum rekening met de laatste instructie van de wensouders waarover zij het wel eens waren.

AFDELING IV. POST MORTEM IMPLANTATIE VAN OVERTALLIGE EMBRYO'S

15. Wanneer de wensouders de overtallige embryo's door invriezing hebben laten bewaren met het oog op de latere invulling van een kinderwens en zij dit uitdrukkelijk hebben vermeld in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 13 van deze wet, is *post mortem* implantatie van overtallige embryo's geoorloofd.

16. Post mortem implantatie mag ten vroegste geschieden zes maanden na het overlijden van de wensouder en ten laatste twee jaar na dat overlijden.

Iedere bepaling van een overeenkomst die strijdig is met het eerste lid van dit artikel is van rechtswege nietig.

AFDELING V. TERMIJN VOOR DE BEWARING VAN OVERTALLIGE EMBRYO'S

Onderafdeling I. Principe

17. De termijn voor de bewaring van overtallige embryo's die werden ingevroren met het oog op de invulling van een bestaande of een latere kinderwens bedraagt vijf jaar. Deze termijn vangt aan op de dag van de bewaring door invriezing.

Deze termijn kan op uitdrukkelijk verzoek van de wensouder(s) ingekort worden. Dit wordt vermeld in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 13.

Bij het verstrijken van de termijn voert het geraadpleegde centrum de laatste instructie uit die de wensouder(s) heeft/hebben gegeven in de overeenkomst bedoeld in artikel 7.

Onderafdeling II. Afwijking

18. § 1. In afwijking van artikel 17, eerste lid, kan (kunnen) de wensouder(s) vragen dat de termijn wegens bijzondere omstandigheden wordt verlengd.

§ 2. Dit verzoek wordt opgenomen in een schriftelijk document dat wordt ondertekend door alle ondertekenaars van de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 13 en moet binnen een redelijke termijn beantwoord worden door het geraadpleegde fertiliteitscentrum.

Wanneer het om een paar gaat, moet het in het voorgaande lid bedoelde schriftelijk document worden ondertekend door beide wensouders.

§ 3. Als het geraadpleegde fertiliteitscentrum op het verzoek ingaat, wordt de verlenging van de termijn opgetekend in de overeenkomst waarin artikel 7 van deze wet voorziet.

§ 4. Weigert het geraadpleegde fertiliteitscentrum op het verzoek in te gaan, dan kan de bewaringstermijn niet worden verlengd en is artikel 17, derde lid, van toepassing.

[…]

Hoofdstuk IV. De donatie van overtallige embryo's

AFDELING I. ALGEMENE BEGINSELEN

22. De gratis donatie van overtallige embryo's is geoorloofd.

De donatie van overtallige embryo's geschiedt anoniem.

Handel in menselijke embryo's is verboden.

23. Het is verboden:

1° overtallige embryo's te doneren met het oog op eugenetische selectie, als bepaald in artikel 5, 4°, van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, dat wil zeggen gericht op de selectie of de verbetering van niet-pathologische genetische kenmerken van de menselijke soort;

2° overtallige embryo's te doneren met het oog op geslachtsselectie, als bepaald in artikel 5, 5°, van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, dat wil zeggen gericht op de geslachtsselectie, met uitzondering van de selectie ter voorkoming van geslachtsgebonden ziekten.

24. De matching tussen donor(en) en ontvanger(s) kan niet worden beschouwd als een eugenetische praktijk in de zin van artikel 23, 1°.

25. De gelijktijdige implantatie van embryo's afkomstig van verschillende donoren van overtallige embryo's is verboden.

26. De overtallige embryo's van eenzelfde donor of donorpaar mogen niet gebruikt worden om bij meer dan zes verschillende vrouwen telkens één of meerdere kinderen geboren te laten worden.

27. Vanaf het moment van de implantatie van de gedoneerde overtallige embryo's, spelen de afstammingsregels als bepaald in het Burgerlijk Wetboek in het voordeel van de wensouder(s) die deze overtallige embryo's heeft (hebben) ontvangen.

Een donor of een donorpaar van overtallige embryo's kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen. Ook de ontvanger(s) van overtallige embryo's en het kind geboren dankzij de implantatie van overtallige embryo's kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen tegen de donor(en) van overtallige embryo's.

28. Als overtallige embryo's in een embryodonatieprogramma worden gebruikt, moet het geraadpleegde fertiliteitscentrum de anonimiteit van de donoren waarborgen door alle gegevens die zouden kunnen leiden tot hun identificatie ontoegankelijk te maken.

Iedere persoon die in of voor een fertiliteitscentrum werkt en die op welke manier ook kennis neemt van informatie waarmee de donoren van overtallige embryo's kunnen worden geïdentificeerd, is gebonden door het beroepsgeheim en kan worden gestraft overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek.

AFDELING II. EMBRYODONOREN

Onderafdeling I. Voorafgaande informatie

29. Als de wensouder of wensouders beslissen de overtallige embryo's in een donatieprogramma te gebruiken, moet het geraadpleegde fertiliteitscentrum niet alleen de in artikel 6 bepaalde algemene informatieverplichting naleven, maar de wensouder(s) ook eerlijke informatie verstrekken over de gevolgen van dit gebruik.

Onderafdeling II. Overeenkomst

30. Overeenkomstig artikel 13, tweede lid, 3°, wordt het gebruik van overtallige embryo's in een programma voor donatie van overtallige embryo's uitdrukkelijk vermeld in de in de artikelen 7 en 13 bedoelde overeenkomst.

Behalve de vermeldingen opgesomd in de artikelen 7 en 13, vermeldt de overeenkomst ook:

1° de verbintenis aangegaan door de donor of de donoren om alle onderzoeken te ondergaan en alle medische gegevens, die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van deze wet, te verstrekken waarmee het fertiliteitscentrum kan nagaan of de gedoneerde embryo's gezond zijn;

2° de bestemming die de donor of de donoren aan de embryo's wil(len) geven, mochten de resultaten van de in het 1° bedoelde onderzoeken onverenigbaar met de donatie zijn, met andere woorden vernietiging of gebruik voor wetenschappelijk onderzoek;

3° de bestemming die de donor of de donoren aan de embryo's wensen te geven, mocht(en) de donor(en) weigeren of er later van afzien om de in het 1° bedoelde onderzoeken te laten uitvoeren, meer bepaald vernietiging of gebruik voor wetenschappelijk onderzoek.

Eenmaal de procedure tot donatie van overtallige embryo's is gestart, is de donatie onherroepelijk.

AFDELING III. DE ONTVANGERS VAN EMBRYO'S

Onderafdeling I. Voorafgaande informatie

31. Benevens de in artikel 6 bedoelde algemene informatieplicht, verstrekt het geraadpleegde centrum de informatie over de gevolgde procedure.

Onderafdeling II. Procedure

32. De ontvangster van het embryo dient een schriftelijke aanvraag tot implantatie van overtallige embryo's in door middel van een aangetekend schrijven gericht aan het geraadpleegde fertiliteitscentrum.

Wanneer het om een paar gaat, wordt het in het vorige lid bedoelde schriftelijk document ondertekend door beide wensouders.

Het geraadpleegde centrum beantwoordt de in het eerste lid bedoelde aanvraag binnen twee maanden na de datum waarop het is verzonden.

33. Indien het fertiliteitscentrum ingaat op de in artikel 32 bedoelde aanvraag, wordt er tussen het geraadpleegde centrum en de ontvangster of het paar dat het embryo ontvangt, een overeenkomst opgesteld als bedoeld in de artikelen 7 en 13.

Wijst het geraadpleegde fertiliteitscentrum de in artikel 32 bedoelde aanvraag af, dan wordt artikel 5, derde lid, toegepast.

AFDELING IV. TERMIJN VOOR DE BEWARING VAN OVERTALLIGE EMBRYO'S

34. De termijn voor de bewaring van overtallige embryo's die gebruikt worden in een programma voor de donatie van overtallige embryo's wordt vastgesteld door het geraadpleegde fertiliteitscentrum.

AFDELING V. OPSLAG EN MEDEDELING VAN DE GEGEVENS

35. Onverminderd de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, verzamelt het fertiliteitscentrum voor iedere embryodonor de volgende gegevens:

1° medische informatie die betrekking heeft op de twee genetische ouders van de overtallige embryo's en die belangrijk kan zijn voor de gezonde ontwikkeling van het ongeboren kind;

2° de fysieke kenmerken van de twee genetische ouders van de overtallige embryo's;

3° de informatie die nodig is voor de toepassing van deze wet.

De Koning stelt een systeem vast voor de uitwisseling van informatie tussen de fertiliteitscentra.

36. De gegevens met betrekking tot de donoren van overtallige embryo's, die vermeld worden in artikel 35, eerste lid, 1°, mogen worden meegedeeld door het fertiliteitscentrum:

1° aan de ontvangster van het embryo of het paar dat het embryo ontvangt, wanneer zij daarom vragen op het moment dat zij een keuze maken;

2° voor zover de gezondheid van de persoon die verwekt is door de implantatie van overtallige embryo's dit vereist, aan diens huisarts of aan die van de ontvangster van het embryo of het paar dat het embryo ontvangt.

TITEL V. GAMETEN

Hoofdstuk I. Algemene principes

37. Gameten kunnen worden weggenomen met het oog op:

– de kinderwens of de bewaring door invriezing met het oog op de latere invulling van de kinderwens;

– de integratie in een wetenschappelijk onderzoeksprotocol;

– het gebruik in een programma voor donatie van gameten met het oog op medisch begeleide voortplanting.

38. Gameten mogen in geen geval een andere bestemming krijgen dan die welke bepaald is in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 42 van deze wet.

39. De bepalingen van deze titel zijn ook van toepassing op gonaden en fragmenten van gonaden.

Hoofdstuk II. Bewaring door invriezing van gameten met het oog op de invulling van een bestaande of een latere kinderwens

AFDELING I. WERKINGSSFEER

40. Gameten kunnen worden bewaard door invriezing met het oog op de invulling van een bestaande of een latere kinderwens.

Wanneer de bewaring door invriezing niet heeft plaatsgevonden met de in het eerste lid bepaalde oogmerken of wanneer de termijn voor bewaring door invriezing vastgesteld in de artikelen 46 en 47 is verstreken, kunnen de overtallige gameten:

– worden geïntegreerd in een wetenschappelijk onderzoeksprotocol overeenkomstig de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*,

– worden vernietigd,

– worden gebruikt in een programma voor donatie van gameten.

AFDELING II. VOORAFGAANDE INFORMATIE

41. Indien het geraadpleegde fertiliteitscentrum beslist gevolg te geven aan het verzoek tot medisch begeleide voortplanting door middel van kunstmatige inseminatie, moet het verplicht en vóór de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 42 van deze wet wordt ondertekend:

1° de algemene verplichting inzake informatie en psychologische begeleiding in acht nemen die door artikel 6 van deze wet wordt opgelegd;

2° de wensouder(s) eerlijke informatie verstrekken over de afname van gameten, de omstandigheden en de duur van de bewaring van hun overtallige gameten, als bepaald in de artikelen 46 en 47 van deze wet;

3° de wensouder(s) eerlijke informatie verstrekken over de mogelijke bestemming van de overtallige gameten bij het verstrijken van vermelde termijn.

Indien het gaat om een nieuwe inseminatie van gameten die op verzoek van de twee wensouders door invriezing werden bewaard met het oog op de latere invulling van een kinderwens, vergewist het geraadpleegde fertiliteitscentrum zich van de instemming van beiden met die nieuwe inseminatie voordat enige geneeskundige handeling plaatsvindt.

AFDELING III. OVEREENKOMST

42. Vóór de inseminatie sluiten het geraadpleegde fertiliteitscentrum en de wensouder(s) de overeenkomst bedoeld in artikel 7 van deze wet.

Naast de in artikel 7, tweede lid, bepaalde vermeldingen bevat de overeenkomst verplicht bepalingen over:

1° de bestemming van de overtallige ingevroren gameten wanneer de persoon die de bewaring door invriezing wenst, definitief niet meer in staat is beslissingen te nemen of overlijdt;

2° de bestemming die wordt gegeven aan de overtallige ingevroren gameten na het verstrijken van de bewaringstermijn bepaald in de artikelen 46 en 47.

Wanneer de persoon die de aanvraag tot bewaring door invriezing heeft gedaan minderjarig is, wordt de overeenkomst overeenkomstig artikel 12 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, gesloten tussen het geraadpleegde fertiliteitscentrum en de ouders die het gezag over de minderjarige uitoefenen of zijn voogd.

AFDELING IV. WIJZIGING VAN DE OORSPRONKELIJKE OVEREENKOMST

43. De instructies die in de in de artikelen 7 en 42 bepaalde overeenkomst zijn opgenomen, kunnen worden gewijzigd overeenkomstig de in artikel 8 van deze wet vastgestelde regels.

AFDELING V. POST MORTEM INSEMINATIE VAN OVERTALLIGE GAMETEN

44. Wanneer de persoon die de bewaring door invriezing heeft gevraagd, overtallige gameten heeft laten bewaren met het oog op de latere invulling van zijn kinderwens, en hij dit uitdrukkelijk heeft vermeld in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 42, is *post mortem* inseminatie met overtallige gameten geoorloofd.

45. Post mortem inseminatie mag ten vroegste geschieden zes maanden na het overlijden van de persoon die de bewaring door invriezing gevraagd heeft en ten laatste twee jaar na het overlijden van die persoon.

Iedere bepaling in de overeenkomst die strijdig is met het eerste lid van dit artikel is van rechtswege nietig.

AFDELING VI. TERMIJN VOOR DE BEWARING VAN OVERTALLIGE GAMETEN

Onderafdeling I. Principe

46. De termijn voor de bewaring van overtallige gameten die werden ingevroren met het oog op invulling van een bestaande of een latere kinderwens bedraagt 10 jaar. Deze termijn vangt aan op de dag van de bewaring door invriezing.

Deze termijn kan op uitdrukkelijk verzoek van de persoon die de bewaring door invriezing heeft gevraagd, worden ingekort. Dit wordt vermeld in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 42.

Bij het verstrijken van de termijn, voert het geraadpleegde centrum de laatste instructie uit die door de persoon die de bewaring door invriezing heeft gevraagd, werd gegeven in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 42 van deze wet.

Onderafdeling II. Afwijking

47. In afwijking van artikel 46 kan de persoon die de bewaring door invriezing gevraagd heeft of, kunnen in het geval bedoeld in artikel 42, derde lid, zijn ouders of zijn voogd, vragen dat de bovenvermelde termijn wegens bijzondere omstandigheden wordt verlengd.

Dit verzoek wordt opgenomen in een schriftelijk document dat wordt ondertekend door alle ondertekenaars van de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 42, en wordt binnen een redelijke termijn beantwoord door het geraadpleegde fertiliteitscentrum.

Indien het fertiliteitscentrum instemt met dit verzoek, wordt de verlenging van de termijn vermeld in de overeenkomst bedoeld in de artikelen 7 en 42 van deze wet.

Als het geraadpleegde fertiliteitscentrum weigert op dit verzoek in te gaan, kan de bewaringstermijn niet worden verlengd en is artikel 46, derde lid, van toepassing.

[…]

Hoofdstuk IV. Donatie van gameten

AFDELING I. ALGEMENE BEGINSELEN

51. § 1. De gratis donatie van gameten is toegestaan.

De Koning kan echter een vergoeding bepalen om verplaatsingskosten of loonverlies van de persoon bij wie een afname wordt verricht, te dekken. Deze vergoeding kan ook de ziekenhuiskosten dekken die samenhangen met de afname van eicellen bij de donor.

§ 2. Handel in menselijke gameten is verboden.

52. Het is verboden:

1° gameten te doneren met het oog op eugenetische selectie, als bepaald in artikel 5, 4°, van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, dat wil zeggen gericht op de selectie of de verbetering van niet-pathologische genetische kenmerken van de menselijke soort;

2° gameten te doneren met het oog op geslachtsselectie, als bepaald in artikel 5, 5°, van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, dat wil zeggen gericht op geslachtsselectie, met uitzondering van de selectie ter voorkoming van geslachtsgebonden ziekten.

53. De matching tussen donor(en) en ontvanger(s) kan niet worden beschouwd als een eugenetische praktijk in de zin van artikel 52, 1°.

54. Het gelijktijdig insemineren van gameten afkomstig van verschillende donoren, is verboden.

55. De gameten van eenzelfde donor mogen niet gebruikt worden om bij meer dan zes verschillende vrouwen telkens één of meer kinderen geboren te laten worden.

56. 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).

Donoren van gameten kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen. Ook de ontvanger(s) van gameten en het kind geboren dankzij de inseminatie van gameten kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen tegen de donor(en) van gameten.

57. Wanneer gameten gebruikt worden voor een donatieprogramma, moet het geraadpleegde fertiliteitscentrum alle gegevens die zouden kunnen leiden tot de identificatie van de donor, ontoegankelijk maken. De niet-anonieme donatie berustend op de toestemming van de donor en de ontvanger(s) is toegestaan.

Iedere persoon die in of voor een fertiliteitscentrum werkt en die op welke manier ook kennis neemt van informatie waarmee de donoren van gameten kunnen worden geïdentificeerd, is gebonden door het beroepsgeheim en kan worden gestraft overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek.

AFDELING II. DONOREN VAN GAMETEN

Onderafdeling I. Voorafgaande informatie

58. Indien de persoon bij wie de afname wordt verricht beslist zijn gameten te laten gebruiken in een donatieprogramma, heeft het geraadpleegde fertiliteitscentrum benevens de in artikel 6 bedoelde algemene informatieverplichting, ook de plicht de donoren eerlijke informatie te verstrekken over de procedure voor de afname en over de gevolgen van dat gebruik.

Onderafdeling II. Overeenkomst

59. Het gebruik van gameten in een gameetdonatieprogramma wordt uitdrukkelijk vermeld in de in artikelen 7 en 42 bedoelde overeenkomst, die wordt gesloten tussen de donor en het geraadpleegde fertiliteitscentrum.

De overeenkomst vermeldt, naast de in artikelen 7 en 42 opgesomde gegevens:

1° de verbintenis aangegaan door de donor om alle onderzoeken te ondergaan en alle medische gegevens, die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van deze wet, te verstrekken waarmee het fertiliteitscentrum kan nagaan of de gedoneerde gameten gezond zijn,

2° de bestemming die de donor wenst te geven aan de gameten mochten de resultaten van de onderzoeken bedoeld in het 1° onverenigbaar met de donatie zijn, dit wil zeggen vernietiging of gebruik voor wetenschappelijk onderzoek,

3° de bestemming die de donor wenst te geven aan de gameten mocht hij weigeren of er later van afzien om de onderzoeken bedoeld in het 1°, te laten uitvoeren, dit wil zeggen vernietiging of gebruik voor wetenschappelijk onderzoek.

Eenmaal de procedure tot donatie van gameten is gestart, is de donatie onherroepelijk.

AFDELING III. ONTVANGERS VAN GAMETEN

Onderafdeling I. Voorafgaande informatie

60. Benevens de in artikel 6 bedoelde algemene informatieplicht, verstrekt het geraadpleegde centrum de informatie over de gevolgde procedure aan de ontvanger(s).

Onderafdeling II. Procedure

61. De ontvangster dient een aanvraag voor inseminatie met gameten in door middel van een aangetekende brief aan het geraadpleegde fertiliteitscentrum.

Wanneer het om een paar gaat, wordt het in het eerste lid bedoelde schriftelijk document ondertekend door beide wensouders.

Het geraadpleegde centrum beantwoordt de in het eerste lid bedoelde aanvraag binnen twee maanden na de verzending ervan.

62. Als het fertiliteitscentrum ingaat op de in artikel 61 bedoelde aanvraag, wordt er tussen het geraadpleegde centrum en de ontvangster of het paar dat de gameten ontvangt, een overeenkomst opgesteld als bedoeld in de artikelen 7 en 42.

Wijst het geraadpleegde fertiliteitscentrum de in artikel 61 bedoelde aanvraag af, dan wordt artikel 5, derde lid, toegepast.

AFDELING IV. TERMIJN VOOR DE BEWARING VAN DE GAMETEN

63. De termijn voor de bewaring van gameten die gebruikt worden in een gameetdonatieprogramma wordt vastgesteld door het geraadpleegde fertiliteitscentrum.

AFDELING V. OPSLAG EN MEDEDELING VAN DE GEGEVENS

64. Onverminderd de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, verzamelt het fertiliteitcentrum voor iedere donor van gameten de volgende gegevens:

1° medische informatie met betrekking tot de donor van gameten die belangrijk kan zijn voor de gezonde ontwikkeling van het ongeboren kind;

2° de fysieke kenmerken van de donor van gameten;

3° de informatie die nodig is voor de toepassing van deze wet.

De Koning stelt een systeem vast voor de uitwisseling van informatie tussen de fertiliteitcentra.

65. De gegevens met betrekking tot de donor van gameten, die vermeld worden in artikel 64, eerste lid, 1°, mogen worden meegedeeld door het fertiliteitscentrum:

1° aan de ontvangster van de gameten of aan het paar dat de gameten ontvangt, wanneer zij daarom vragen op het moment dat zij een keuze maken;

2° voor zover de gezondheid van de persoon die verwekt is door de inseminatie met gameten dit vereist, aan diens huisarts of aan die van de ontvangster van de gameten of het paar dat de gameten ontvangt.

[…]

TITEL VII. STRAFRECHTELIJKE SANCTIES

73. Elke overtreding van de bepalingen van deze wet, wordt gestraft met gevangenisstraf van een tot vijf jaar en met geldboete van 1 000 tot 10 000 euro of met een van die straffen alleen.

74. Indien een veroordeling wordt uitgesproken met toepassing van artikel 73 van deze wet, kan de rechter bovendien het verbod uitspreken om gedurende vijf jaar enige medische of onderzoeksactiviteit uit te oefenen.

TITEL VIII. OVERGANGSBEPALING

75. In geval van bestaande gameten, gonaden of fragmenten van gonaden en overtallige embryo's die in bewaring zijn gegeven vóór de inwerkingtreding van deze wet en voor dewelke geen bestemming vastgelegd werd, informeert het centrum naar de wens van de wensouder(s).

Indien er geen eenduidige wens van de wensouder(s) kan verkregen worden, worden de gameten, gonaden of fragmenten van gonaden en overtallige embryo's vernietigd met inachtneming van de in deze wet vastgestelde termijnen.