



PATRICK SENA EVE
FREDERIK SWENNEN
GERD VERSCHULDEN (eds.)

Verblijfsco-ouderschap

Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen

Adoptie door personen van hetzelfde geslacht

Met bijdragen van
Cathleen Aerts
Annelore Huygens
Ilse Martens
Hilde Vanbockrijck
Valérie Vervliet



intersentia

De Wet van 18 mei 2006 heeft de adoptie opengesteld voor paren van hetzelfde geslacht, waardoor echtgenoten, wettelijk samenwonenden of feitelijk samenlevende partners van hetzelfde geslacht voortaan samen een kind kunnen adopteren, en de ene partner het kind van de andere kan adopteren.

De Wet van 18 juli 2006 heeft in het Burgerlijk Wetboek het verblijfsco-ouderschap als prioritaire verblijfsregeling voor kinderen van niet-samenlevende ouders vooropgesteld. Door deze wet werd tevens de permanente *saisine* van de jeugdrechtbank ingevoerd, werd een wettelijke basis gelegd voor het aanwenden van dwangmaatregelen om een gerechtelijke uitspraak inzake verblijf van of omgang met een minderjarig kind te doen naleven, en werd bovendien de mogelijkheid ingevoerd om de beperkingen en uitsluitingen van het beslag op loon en sociale uitkeringen niet langer van toepassing te verklaren op de dwangsommen die in deze materie worden opgelegd.

Dit boek biedt een grondige en diepgaande bespreking van deze belangrijke innovaties in het familierecht. Daarnaast wordt eveneens aandacht besteed aan de fiscaalrechtelijke en sociaalrechtelijke aspecten van het verblijfsco-ouderschap.

Met bijdragen van Cathleen Aerts, Annelore Huygens, Ilse Martens, Hilde Vanbockrijck en Valérie Vervliet.

www.intersentia.be



VERBLIJFSCO-UDERSCHAP

INSTITUUT VOOR FAMILIERECHT
EN JEUGDRECHT
K.U.LEUVEN

Nr. 64

ONDERZOEKSGROEP BURGERLIJK RECHT
UNIVERSITEIT ANTWERPEN

INSTITUUT VOOR FAMILIERECHT
UNIVERSITEIT GENT

VERBLIJFSCO-LOUDERSCHAP

UITVOERING EN SANCTIONERING VAN VERBLIJFS- EN OMGANGSREGELINGEN

ADOPTIE DOOR PERSONEN VAN HETZELFDE GESLACHT

**Commentaar op de Wetten van 18 juli 2006
en van 18 mei 2006**

**P. SENA EVE, F. SWENNEN en
G. VERSCHULDEN (eds.)**

Met bijdragen van:
Cathleen AERTS
Annelore HUYGENS
Ilse MARTENS
Hilde VANBOCKRIJCK
Valérie VERVLIEET



intersentia

Antwerpen – Oxford

Verblijfsco-ouderschap. Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen. Adoptie door personen van hetzelfde geslacht
P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.)

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

ISBN 978-90-5095-685-7
D/2007/7849/53
NUR 822

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

INHOUD

Voorwoord	xiii
-----------------	------

DEEL I.

HET VERBLIJFSCO-ouderschap ALS PRIORITAIR TE ONDERZOEKEN VERBLIJFSREGELING

ILSE MARTENS	1
--------------------	---

HOOFDSTUK I.

SITUERING	3
§ 1. Korte historiek	3
§ 2. Aanzet en motieven tot invoering van het verblijfsco-ouderschap als prioritair te onderzoeken verblijfsregeling	4

HOOFDSTUK II.

DE INHOUD VAN DE WET VAN 18 JULI 2006	7
---	---

§ 1. Akkoord van de ouders over de verblijfsregeling	7
A. Homologatie van het akkoord	7
B. Toetsing van het akkoord aan het belang van het kind	9
C. Injunctiebevoegdheid van de rechter	12
D. Een effectief bestaand rechtsgeschil als vereiste m.b.t. het te homologeren akkoord	12
§ 2. Bij gebreke van akkoord tussen de ouders	16
A. Het verblijfsco-ouderschap als prioritair te onderzoeken verblijfsregeling	16
1. Situering	16
2. Verduidelijking van de wettelijke terminologie	17
3. Toepassingsvoorwaarden	21
4. Praktische consequenties	23
B. Mogelijkheid van het opleggen van een ongelijk verdeeld verblijf	24
C. Bijzondere motiveringsverplichting	31
1. Een met bijzondere redenen omklede uitspraak	31
2. In alle gevallen waarin over de verblijfsregeling uitspraak wordt gedaan	33
3. Belang van het kind en het belang van de ouders als wettelijke criteria	34
D. Evaluatie	34
E. Overgangsrecht	37

DEEL II.

DE FISCAALRECHTELIJKE ASPECTEN VAN CO-ouderschap

CATHLEEN AERTS	39
----------------	----

HOOFDSTUK I.

SCHETS VAN DE PROBLEMATIEK	41
----------------------------	----

§ 1. Inleiding	41
§ 2. Impact van co-ouderschap	42
A. Begrip gezinsvorming	42
B. Vaststelling gezinsvorming	43
1. Door uitspraak of overeenkomst	43
2. Uit de feitelijke omstandigheden	43

HOOFDSTUK II.

VERDELINGSMOGELIJKHEDEN	47
-------------------------	----

§ 1. Schets	47
§ 2. Materiële toepassingsvoorwaarden	48
A. Voorwaarden met betrekking tot de relatie tussen belastingplichtige en kind	48
1. Tot en met aanslagjaar 2007	48
2. Vanaf aanslagjaar 2008	49
B. Voorwaarden met betrekking tot het kind	50
1. Schets	50
2. Discriminaties?	51
C. Voorwaarden met betrekking tot de belastingplichtigen	54
1. (Gelijkmatig) verdeeld verblijf	54
2. Geen deel uitmaken van eenzelfde gezin	56
§ 3. Vormvoorwaarden	59
A. Tot en met aanslagjaar 2007	59
B. Vanaf aanslagjaar 2008	60
§ 4. Gevolgen van de verdeling	62
A. Rechtstreekse gevolgen	62
1. Draagwijdte van de verdeling	62
2. Toepassing van de verdeling	65
B. Onrechtstreekse gevolgen	68

HOOFDSTUK III.

BESLUIT	71
---------	----

DEEL III.	
KINDERBIJSLAG EN (VERBLIJFS)CO-ouderschap	
VALÉRIE VERVLIET	73
INLEIDING	75
HOOFDSTUK I.	
INVLOED VAN DE GEZINSSITUATIE BIJ TOEKENNING VAN	
DE PRESTATIES	79
§ 1. Welke invloed heeft de gezinssituatie?	79
A. Regeling vóór de invoering van het gezagsco-ouderschap	79
B. Co-ouderschap versus afwisselend verblijf	80
C. Gevolgen van de invoering van gezagsco-ouderschap in	
de kinderbijslagreglementering	81
§ 2. Aanduiding van de rechthebbende	83
A. Externe samenloop	84
1. Algemene regel	84
2. Regel bij gezagsco-ouderschap	85
B. Interne samenloop	87
1. Algemene regel	87
2. Regeling vóór de invoering van het gezagsco-ouderschap ..	90
3. Regeling na de invoering van het gezagsco-ouderschap ..	91
§ 3. Aanduiding van het rechtgevend kind	93
§ 4. Aanduiding van de bijslagtrekkende	95
A. Algemene regel	95
B. Regeling vóór de invoering van het gezagsco-ouderschap	96
C. Regeling na de invoering van het gezagsco-ouderschap	97
D. Enkele bijzonderheden betreffende de uitbetaling van	
de kinderbijslag	101
1. Mogelijkheden gebaseerd op de kinderbijslag-	
wetgeving	102
2. Mogelijkheden buiten de kinderbijslagwetgeving	103
§ 5. Co-ouderschap en meerderjarigheid van de kinderen	107
A. Algemene regeling	108
B. Specifieke regeling bij verblijfsco-ouderschap	110
HOOFDSTUK II.	
INVLOED VAN DE GEZINSSITUATIE BIJ HET BEPALEN VAN	
HET BEDRAG VAN DE KINDERBIJSLAG	113
§ 1. De rangregeling	113
§ 2. De groepering van kinderen	114
BESLUIT	119

DEEL IV.	
PROCESRECHTELIJKE INNOVATIES INZAKE VERBLIJFS- EN OMGANGSREGELING	
ILSE MARTENS	123
HOOFDSTUK I.	
INLEIDING	125
§ 1. Situering	125
§ 2. Toepassingsgebied	126
HOOFDSTUK II.	
DE VERZOENINGSPOGING DOOR DE RECHTER – INFORMATIEVERPLICHTING OVER HET NUT VAN DE GERECHTELIJKE BEMIDDELING	127
HOOFDSTUK III.	
MOGELIJKHEID VAN HET BEVELEN VAN MAATREGELEN ALVORENS RECHT TE DOEN	133
HOOFDSTUK IV.	
MOGELIJKHEID VAN VOORLOPIGE REGELING EN HERZIENING VAN DE ZAAK	135
HOOFDSTUK V.	
DE BLIJVENDE SAISINE VAN DE JEUGDRECHTBANK	139
§ 1. Nieuwe regeling	139
A. Het beginsel van de blijvende saisine	139
B. De gevolgen van de verhuis van de minderjarige naar een ander arrondissement	141
C. De gevolgen van hoger beroep tegen een vorige uitspraak ...	142
D. De mogelijkheid van het vorderen van verstek	143
E. Geen wijziging aangaande de hoorplicht en de gevolgen van het horen	143
F. Geen wijziging wat de verwijzing in de gedingkosten betreft	144
G. De duur van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank	144
H. Kritische bedenkingen	145
§ 2. Overgangsrecht	146

DEEL V.	
SANCTIONERING VAN DE NIET-NALEVING VAN BESLISSINGEN	
AANGAANDE VERBLIJF EN OMGANGSRECHT	
HILDE VANBOCKRIJCK	147
HOOFDSTUK I.	
DOELSTELLING EN TOEPASSINGSGEBIED	149
§ 1. Doelstelling van de wetgever	149
§ 2. Het nieuwe artikel 387 <i>ter</i> B.W.	150
§ 3. Toepassingsgebied	151
A. Niet-naleving van een rechterlijke beslissing	151
B. Alle rechtscolleges	153
C. Elke beslissing inzake verblijfsregeling of recht op persoonlijk contact	153
1. <i>Ratione personae</i>	154
2. Een eindbeslissing of een beslissing alvorens recht te doen	155
HOOFDSTUK II.	
MATERIEELRECHTELIJK LUIK	157
§ 1. De mogelijkheid beroep te doen op onderzoeksdaten	157
A. De mogelijkheid voor de rechter de zaak nader te onderzoeken	157
B. De onderzoeksdaten	158
1. Niet-limitatieve opsomming in de wet	158
§ 2. De dwangsom	160
A. Principe	160
B. De dwangsom met supervoorrecht	161
1. Principe	161
2. Toepassingsvoorwaarden	162
3. Gebrekkige formulering van artikel 1412, 1ste lid, 3° Ger.W.	164
C. De dwangsom als hoofdveroordeling	165
1. Controverse in rechtspraak en rechtsleer	165
2. Oplossing van de wetgever	166
§ 3. De gedwongen tenuitvoerlegging	167
A. Historiek en totstandkoming	167
1. Situatie vóór 1996	167
2. Richtlijn van de Kamer van gerechtsdeurwaarders van 21 maart 1996	169
3. De rechtspraak van het Hof van Cassatie	170
4. De Wet van 18 juli 2006	171

B.	De nieuwe regel	172
C.	Voorzorgsmaatregelen	173
1.	Toepassingsgebied van artikel 387 <i>ter</i> B.W.	173
2.	Rechterlijke controle	173
3.	Modaliteiten	173
D.	Knelpunten	174
1.	Toepassing van artikel 1387 Ger.W.?	174
2.	Medewerking van de gerechtsdeurwaarders?	175
§ 4.	De mogelijkheid nieuwe beslissingen te nemen met betrekking tot het ouderlijk gezag of het verblijf van het kind	176
A.	Algemeen	176
B.	Na echtscheiding door onderlinge toestemming	177
 HOOFDSTUK III.		
PROCEDUREEL LUIK		179
§ 1.	Inleiding	179
§ 2.	De mogelijkheid om de zaak terug voor de rechter te brengen ...	179
A.	Principe	179
B.	De bevoegde rechter	180
1.	De rechter die de niet-nageleefde beslissing heeft getroffen	180
2.	Versnippering van bevoegdheden over verschillende rechtscolleges	181
C.	Knelpunten	183
1.	Temporele bevoegdheidsverdeling	183
2.	Hoger beroep	184
§ 3.	Procedure in geval van absolute noodzaak	187
A.	Principe	187
B.	Absolute noodzaak	187
C.	Bewijs van de obstructie door de weigerende partij	188
D.	Enkel een beroep op dwangmaatregelen mogelijk	188
E.	De bevoegde rechter	189
F.	Advies van het openbaar ministerie	189
§ 4.	Aanhangig maken van de zaak	190
1.	Procedure dringende voorlopige maatregelen voor de vrederechter	190
2.	Procedure voorlopige maatregelen voor de voorzitter rechtsprekend in kort geding ex artikel 1280 Ger.W.	191
3.	Procedure voor de jeugdrechtbank	191
4.	Procedure na echtscheiding door onderlinge toestemming	192
5.	Procedure in geval van absolute noodzaak	192
6.	Procedure in kort geding in geval van urgentie	193

§ 5. Uitspraak met voorrang boven alle andere zaken	193
§ 6. Uitvoerbaarheid bij voorraad van rechtswege	194
 HOOFDSTUK IV. INTERNATIONALE BEPALINGEN	195
 HOOFDSTUK V. OVERGANGSRECHT	197
 DEEL VI. VOORWAARDEN EN GEVOLGEN VAN DE ADOPTIE DOOR PAREN VAN HETZELFDE GESLACHT ANNELORE HUYGENS	199
 HOOFDSTUK I. INLEIDING	201
 HOOFDSTUK II. HOMO-ouderschap: het discriminatievraagstuk en de wet van 18 mei 2006	205
§ 1. Internationaalrechtelijke en grondwettelijke evoluties	205
A. De aansporing van het Arbitragehof	205
B. Discriminatievraagstuk en het arrest-Fretté	207
§ 2. De Wet van 18 mei 2006	210
 HOOFDSTUK III. GRONDVOORWAARDEN VOOR DE ADOPTIE (DOOR PAREN VAN HETZELFDE GESLACHT) NAAR INTERN RECHT	215
§ 1. Algemene grondvoorwaarden	215
A. Wettige reden	215
B. Hoger belang van de minderjarige en eerbied voor de	
rechten die hem toekomen	218
C. Wettige belangen	219
D. Bekwaamheid en geschiktheid	219
§ 2. Bekwaamheidsvereisten	221
A. Burgerlijke staat	221
1. Geadopteerde	221
2. Adoptant	221
B. Leeftijd	222
1. De geadopteerde	222
2. Adoptant	224
§ 3. Toestemmingen	224

HOOFDSTUK IV.	
GEVOLGEN VAN DE (INTERNE) ADOPTIE DOOR PAREN	
VAN HETZELFDE GESLACHT	227
§ 1. De aangepaste regeling inzake de naam	228
A. Inleiding	228
B. De naamgeving na een adoptie door paren van hetzelfde	
geslacht	229
1. De volle adoptie	229
2. De gewone adoptie	231
3. Regels gemeenschappelijk aan de volle en de gewone	
adoptie door paren van hetzelfde geslacht	237
§ 2. Ongerijmdheden	239
§ 3. Potentiële discriminaties	240
HOOFDSTUK V.	
DE INTERNATIONALE ADOPTIE	243
§ 1. De interlandelijke adoptie	243
A. Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht	246
1. Internationale bevoegdheid	246
2. Toepasselijk recht	247
B. De matching als potentieel struikelblok	250
1. Procedure (kort)	250
2. Opportuniteit van de interlandelijke adoptie door	
paren van hetzelfde geslacht	252
§ 2. Bijzonder probleem van internationaal privaatrecht: de	
erkenning van belgische adoptiebeslissingen in het	
buitenland	253
HOOFDSTUK VI.	
BESLUIT	255
BIJLAGEN	257
BURGERLIJK WETBOEK	259
GERECHTELIJK WETBOEK	267

VOORWOORD

1. Dit boek is het verslagboek van drie studienamiddagen over het verblijfsco-ouderschap en de adoptie door personen van hetzelfde geslacht die op 7, 13 en 17 november 2006 werden gehouden resp. aan de KULeuven, de UGent en de Universiteit Antwerpen. De organisatie van de studienamiddagen verliep voor een eerste maal in samenwerking tussen de professoren familierecht van de drie grote Vlaamse rechtsfaculteiten, Patrick Senaeve (Instituut voor Familie- en Jeugdrecht, KULeuven), Frederik Swennen (Familierecht – Onderzoeksgroep Burgerlijk Recht, Universiteit Antwerpen) en Gerd Verschelden (Instituut voor Familierecht, UGent).

2. Op de studienamiddagen waren twee (minstens symbolisch) erg belangrijke wetten aan de orde:

- de wet van 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, in werking getreden op 30 juni 2006¹;
- de wet van 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, in werking getreden op 14 september 2006.²

3. De genoemde wetten hebben op twee punten een vergelijkbare achtergrond.

Enerzijds vormen ze beide een voorbeeld van de toenemende invloed van de *fundamentele rechten en vrijheden* in het familierecht. Het familierecht wordt steeds meer ingevuld vanuit de waarden van vrijheid en gelijkheid, zoals overigens ook blijkt uit de aanhoudende stroom van arresten van het Arbitragehof. De gelijkheidsgedachte speelt ten deze ten voordele van paren van hetzelfde geslacht, wat betreft de toegang tot de adoptie, en ten voordele van de vaders, wat betreft het verblijfsco-ouderschap. Bij deze zgn. constitutionalisering van het familierecht vallen nochtans bedenkingen te maken.³

¹ B.S. 20 juni 2006.

² B.S. 4 september 2006.

³ Zie bv. J.-L. RENCHON, “Le droit de la personne et de la famille: de l’indisponibilité à l’autodétermination”, in D. HEIRBAUT en G. MARTYN (eds.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 99 e.v.

Anderzijds zijn ook deze wetten weer een voorbeeld van de toenemende invloed van *lobbygroeperingen* op het parlementaire werk. In rechtsvergelijkende studies wordt als kenmerkend voor nieuwe familierechtelijke wetgeving aangehaald, dat minderheidsgroepen maatgevend worden voor het wetgevende werk. Ook bij die evolutie passen kanttekeningen.⁴ Het is zeer duidelijk dat de adoptie door personen van hetzelfde geslacht tot stand is gekomen na intensief lobbywerk van de zgn. holebiverenigingen. Minder zichtbaar is misschien dat ook aan de wet op het verblijfsco-ouderschap stevig lobbywerk van belangengroeperingen van – vooral – gescheiden mannen is voorafgegaan.

DE WET VAN 18 MEI 2006

4. Door de wet van 18 mei 2006 werd de adoptie opengesteld voor paren van hetzelfde geslacht, waardoor echtgenoten, wettelijk samenwonenden en feitelijk samenlevende partners van hetzelfde geslacht samen een kind kunnen adopteren, en waardoor de ene gelijkslachtige partner het kind of adoptief kind van de andere kan adopteren.⁵

Het is merkwaardig dat nog in de Memorie van toelichting bij wat de wet van 13 februari 2003 op de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht geworden is, de federale regering erop wees dat de openstelling van de adoptie voor paren van gelijk geslacht tot een te grote abstractie van de werkelijkheid zou leiden.⁶

⁴ Zie bv. M.-A. GLENDON, "Introduction: Family law in a time of turbulence", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 2006, 28 p.

⁵ Samengevoegde wetsvoorstellen: Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde de adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-664/1; Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erkenning van de afstamming betreft, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-520/1; Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten, *Parl. St.* 2003-04, nrs. 51-666/1 en 51-667/1; Wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde adoptie door ouders van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-980 en Wetsvoorstel tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-1411/1.

⁶ Wetsontwerp tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1692/1, 6.

Hoewel het er aanvankelijk op leek dat er een brede politieke consensus bestond aangaande de adoptie door personen van hetzelfde geslacht⁷, bleek dit naarmate de tijd vorderde minder duidelijk te worden. De parlementaire discussie werd verlegd naar de keuze tussen de openstelling van de adoptie voor paren van gelijk geslacht en de invoering van een zorg- (of mee-)ouderschap.⁸ Het uiteindelijke wetsontwerp werd in de Senaat met de kleinst mogelijke meerderheid van stemmen aangenomen.⁹

5. De wetgever oordeelde dat er geen objectieve redenen bestaan, noch in het belang van het kind, noch in het belang van de kandidaat-adoptanten, die kunnen rechtvaardigen dat aan personen van gelijk geslacht de adoptie van een kind wordt ontzegd. Kinderen die opgroeien binnen een relatie tussen personen van hetzelfde geslacht zouden minstens even gelukkig zijn als kinderen die in andere relaties opgroeien. De uitsluiting zou bovendien een ongeoorloofde discriminatie in stand houden. Verder werd ook gewezen op het belang van het kind om opgevoed te worden in een gezinssituatie.¹⁰ Het gebrek aan een juridisch kader zou nadelig zijn voor kinderen en zou er toe leiden dat zij zich in een uiterst kwetsbare situatie bevinden in geval van een scheiding of overlijden, en dat zij ook tal van problemen in het dagelijkse leven ondervinden.¹¹

6. De wet van 18 mei 2006 bracht concreet twee wijzigingen aan in het B.W. *Vooreerst* werd art. 343, § 1 B.W. geslachtsneutraal gemaakt. *Ten tweede* werden een aantal nieuwe bepalingen ingelast die betrekking hebben op de naam

⁷ Zie voor een overzicht van deze trend: Verslag, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-664/8, 142-144; Resolutie Europees Parlement over de grondrechten in de Europese Unie (2002), *Europees Parlement* 4 september 2003, document nr. 2002/2013 (INI); Resolutie Vlaams Parlement 21 april 2004, *Parl. St. Vl. Parl.* 2003-04, nr. 2170/5.

⁸ Zie de vele amendementen in dit verband: amendementen nrs. 15-18, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-664/4; amendementen nrs. 19-23, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-664/5; amendementen nrs. 2-6, *Parl. St. Senaat* 2005-06, nr. 3-1460/2; amendementen nrs. 10-15, *Parl. St. Senaat* 2005-06, nr. 3-1460/3 en amendementen nrs. 20, 21 en 28-30, *Parl. St. Senaat* 2005-06, nr. 3-1460/5.

⁹ Zie *Hand. Senaat* 20 april 2006, nr. 3-159, 80: 34 stemmen voor, 33 tegen en 2 onthoudingen op een totaal van 71 senatoren.

¹⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-664/1, 3; Verslag, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-664/8, 18-20; *Parl. St. Senaat* 2005-06, nr. 3-1460/6, 2-3; dit werd bovendien reeds verdedigd bij de discussie over het wetsontwerp tot hervorming van de adoptie, maar kon geen meerderheid vinden niettegenstaande het advies van de Raad van State in dezelfde zin, zie *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 50-1366/1, 157-158.

¹¹ Verslag, *Parl. St. Senaat* 2005-06, nr. 3-1460/6, 3-4.

die het adoptiekind krijgt na een gewone (art. 353 B.W.) resp. een volle (art. 356 B.W.) adoptie door personen van hetzelfde geslacht.

Beide belangrijke wijzigingen worden besproken door Annelore HUYGENS, assistente aan de Universiteit Antwerpen.

DE WET VAN 18 JULI 2006

Historiek

7. Op 17 maart 2005 diende de Regering bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsontwerp in “*tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind*”.¹² Dit wetsontwerp is er gekomen als uitvloeisel van de Staten-Generaal van het Gezin in 2003-2004, alwaar belangengroeperingen zeer actief waren en waar – althans volgens het verslag – bijna unaniem was voorgesteld om inzake de verblijfsregeling in de wet een referentiemodel in te voeren.¹³ Die unanimiteit bestond evenwel vooral langs Franstalige zijde, terwijl de meeste Vlaamse leden tegen een referentiemodel gekant waren.

Voorheen had volksvertegenwoordiger Swennen al een wetsvoorstel ingediend betreffende de verblijfsregeling van minderjarige kinderen bij hun niet-samenlevende ouders¹⁴ en een wetsvoorstel tot het waarborgen van het omgangsrecht van ouders en grootouders.¹⁵ Voorts was er een wetsvoorstel-Wathelet aangaande de gedwongen tenuitvoerlegging van uitspraken m.b.t. de persoon van kinderen¹⁶, een wetsvoorstel-De Permentier e.a. tot opvolging van gerechtelijke uitspraken inzake bijkomend verblijf en omgangsrecht¹⁷, een wetsvoorstel-Taelman e.a. tot verbetering van de afdwingbaarheid van

¹² *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001. Dit wetsontwerp werd voor het eerst voorgesteld op een studiedag van de *Commission jeunesse du barreau de Liège* “L’hébergement alterné, solution idéale?” op 21 januari 2005 door minister Onkelinx en haar kabinetmedewerker D. Pire. Voor een commentaar, zie A. DE WOLF, “Ouderlijk gezag na echtscheiding: gezamenlijke gezagsuitoefening en gelijkverdeeld verblijf”, *E.J.* 2005, 91-93.

¹³ *De Staten-Generaal van het Gezin – In een notendop*, Brussel, Ed. Luc Pire, 2004, 55-56.

¹⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-0975/001, Wetsvoorstel-Swennen, 30 maart 2004.

¹⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-0976/001, Wetsvoorstel-Swennen, 30 maart 2004.

¹⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-0434/001, Wetsvoorstel-Wathelet, 14 november 2003.

¹⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1070/001, Wetsvoorstel-De Permentier e.a., 29 april 2004.

gerechtelijke uitspraken inzake de omgang met kinderen¹⁸, en een wetsvoorstel-Wathelet inzake de verblijfsregeling.¹⁹ Al deze wetsvoorstellen werden bij de parlementaire behandeling toegevoegd aan het wetsontwerp van minister Onkelinx en zijn ingevolge het aannemen van dat ontwerp vervallen.²⁰

8. Volgens de Memorie van Toelichting streefde dit wetsontwerp vier doelstellingen na, die alle te maken hebben met de problematiek van de geschillen inzake verblijf en omgang van minderjarige kinderen met hun niet samenlevende ouders:

- invoering van een gelijkmatig verdeeld verblijf van het kind bij zijn niet-samenlevende ouders als wetgevend model;
- invoering van de bestendige saisine van de jeugdrechtbank;
- organisatie van de gedwongen tenuitvoerlegging van uitspraken inzake verblijf en omgang;
- niet langer toepasselijk verklaren van de beperkingen en uitsluitingen inzake beslag van loon en sociale uitkeringen (= toekenning van het ‘supervoorrecht’) voor de bedragen verschuldigd ten titel van dwangsom in deze materie.

9. Na een intensieve parlementaire voorbereiding in de subcommissie familierecht met talloze hoorzittingen, en vervolgens een beperkte bespreking in de voltallige kamercommissie voor de justitie, werd dit wetsontwerp geamendeerd aangenomen in de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 30 maart 2006²¹, vervolgens geëvoceerd door de Senaat alwaar het summier werd behandeld, de tekst werd verbeterd maar op 8 juni 2006 werd beslist het ontwerp niet te amenderen.²²

Terminologie

10. In de wet van 18 juli 2006 wordt systematisch het begrip “huisvesting” van het kind gehanteerd als equivalent van het Franse begrip “*hébergement*”.

¹⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 1288/001, Wetsvoorstel-Taelman e.a., 15 juli 2004.

¹⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 1509/001, Wetsvoorstel-Wathelet e.a., 14 december 2004.

²⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 15.

²¹ In de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd het wetsontwerp goedgekeurd met 90 stemmen (VLD, SP.A, PS, MR en Ecolo) tegen 0 en 36 onthoudingen (CD&V, Vlaams Belang, N-VA, CDH en FN).

²² In de Senaat werd het wetsontwerp goedgekeurd met 36 stemmen (VLD, SP.A, PS en 3 MR-senatoren) tegen 8 (Vlaams Belang, FN) en 9 onthoudingen (CD&V, CDH en 2 MR-senatoren).

Het gaat hier evenwel om een verkeerde Nederlandse vertaling van de Franse term.²³

“*Hébergement*” kan immers twee geheel verschillende zaken betekenen: 1°) huisvesting; 2°) verblijf. Ten onrechte werd in de tekst van de wet gekozen voor de eerste vertaling, waar het eigenlijk gaat om het verblijf van het kind van gescheiden ouders en geenszins om zijn huisvesting (dit is het onderdak bieden aan een persoon).

In de Nederlandstalige rechtsleer wordt de term “huisvesting” door geen enkele auteur aangewend, en in de praktijk gebruikt de overgrote meerderheid van de Nederlandstalige magistraten en advocaten niet de term “huisvesting” van het kind maar die van “verblijf” van het kind.

Het is bijzonder slordig en inconsequent dat de wetgever in een en hetzelfde lid van een wetsbepaling de term “*hébergement*” nu eens – verkeerdelijk – door “huisvesting” vertaalt en dan weer – correct – door “verblijf”. De Nederlandse tekst van art. 374, § 2, 3de lid B.W. luidt immers: “Ingeval de rechtbank echter van oordeel is dat de gelijkmatig verdeelde huisvesting (“*l’hébergement égalitaire*” in de Franse tekst), niet de meest passende oplossing is, kan zij evenwel beslissen om een ongelijk verdeeld verblijf (“*un hébergement non-égalitaire*” in de Franse tekst) vast te leggen”.

11. Deze verkeerde vertaling is in de nieuwe wet terug te vinden in:

- de titel van de wet;
- art. 2 van de wet: eerste, tweede en derde lid van art. 374, § 2 B.W.
- art. 4 van de wet: eerste en vierde lid van het nieuwe art. 387ter, § 1 B.W.

Het is juist dat reeds in de vroegere tekst van art. 374 B.W. zoals gewijzigd door de wet van 13 april 1995, deze verkeerde vertaling van “*hébergement*” werd aangewend, namelijk in:

- art. 374, 2de lid B.W. dat door de Wet van 18 juli 2006 art. 374, § 1, 2de lid B.W. is geworden (“de organisatie van de huisvesting”);
- art. 374, 5de lid B.W. dat door de nieuwe wet art. 374, § 1, 5de lid B.W. is geworden (“In elk geval bepaalt de rechter de wijze waarop het kind wordt gehuisvest” – “*les modalités d’hébergement*” in de Franse tekst):

²³ Ook om de toelichting bij het wetsontwerp goed te begrijpen, leest men best de Franse tekst, daar de Nederlandse vertaling ervan te wensen overlaat (zie o.m. *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 12)!

correcter zou dit als volgt luiden: “In elk geval bepaalt de rechter de verblijfsregeling van het kind”).

Vreemd genoeg werd de reeds bestaande (foutieve) Nederlandse tekst van art. 374 B.W. door de federale regering als argument aangewend om een amendement dat de term ‘verblijf’ i.p.v. ‘huisvesting’ hanteerde, te doen wijzigen²⁴, alsof een verkeerde terminologie in bestaande wetgeving noodgedwongen overgenomen moet worden in nieuwe wetgeving. Een amendement – waarover nochtans consensus bestond in de subcommissie familierecht²⁵ – dat beoogde in de Nederlandse tekst van de wet de term ‘verblijfsregeling’ in te voeren met als motivering dat de term ‘huisvesting (smodaliteiten)’ niet de gebruikelijke terminologie in het Nederlands is, werd hierdoor vervallen verklaard.²⁶ Ook in de Senaat werden amendementen om overal de term ‘huisvesting’ te vervangen door de term ‘verblijf’²⁷ verworpen.

12. Het verdient hoe dan ook aanbeveling om in de rechtspraktijk verder systematisch de correcte Nederlandse term ‘*verblijf*’ (gelijkmatig verdeeld verblijf; hoofdverblijf; bijkomend verblijf; verblijfsregeling) aan te wenden en niet de term ‘huisvesting’.

13. Het verblijfsco-ouderschap als prioritair te onderzoeken verblijfsregeling, en de procedurele aanpassingen ten gevolge van de wet van 18 juli 2006 worden toegelicht door Ilse MARTENS, assistente aan de UGent. De nieuwe regeling over de gedwongen tenuitvoerlegging wordt besproken door Hilde VANBOCKRIJCK, assistente aan de KULeuven en advocaat aan de balie Leuven.

Eenzijds is vooral de nieuwe regeling inzake de gedwongen tenuitvoerlegging een stap voorwaarts. Uit een aantal rechtsvergelijkende Europese studies was immers gebleken dat vooral het Belgische recht ter zake onvoldoende mogelijkheden bood.

²⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/017, Amendement nr. 43 van de Regering (subamendement op amendement nr. 37), dat werd aangenomen. Duidelijk mag zijn dat het dus niet gaat om een “taalkundige verbetering”, waarvan nochtans sprake in de verantwoording bij het aangenomen subamendement, wel integendeel. In werkelijkheid werd de noodzakelijke taalkundige verbetering, vanuit een verkeerd begrip van de terminologie, tegengehouden.

²⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 58.

²⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/007, Amendement nr. 24 (Taelman); *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 11.

²⁷ *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/6, Amendementen nrs. 17 tot 20 (H. Vandenberghe).

Anderzijds blijkt uit genoemde bijdragen welk risico in de wet van 18 juli 2006 schuilt: dat het verblijfsco-ouderschap en de bijhorende procedures zouden worden misbruikt als vorm van “*legal stalking*”. Op alle betrokken actoren rust de verantwoordelijkheid de nieuwe wetgeving toe te passen in het enkele belang van het kind. Een blik over de grenzen is in dat verband belangwekkend: een Frans onderzoek wijst op de desastreuze gevolgen die het Franse verblijfsco-ouderschap, in voege sinds 2002, op de kinderen kan hebben.²⁸ Dat is sommige Nederlanders alvast niet ontgaan.²⁹

PERSONENBELASTING EN KINDERBIJSLAG

14. Wij achtten het zinvol om naar aanleiding van de invoering van het verblijfsco-ouderschap als referentiekader, ook aandacht te besteden aan de invloed ervan op twee belendende rechtstakken.

Om die reden worden vooreerst de fiscale aspecten van het verblijfsco-ouderschap toegelicht door Cathleen AERTS, assistente aan de KU Leuven. Het W.I.B. werd in deze materie intussen nog grondig gewijzigd door de wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I).³⁰

Ten slotte werd ook de regeling in verband met de kinderbijslag besproken, door dr. Valérie VERVLIEET, doctor-assistente aan de Universiteit Antwerpen.

15. Op die manier hopen wij aan alle juristen en andere betrokken beroepsgroepen een grondig wetenschappelijk én praktijkgericht overzicht te bieden van twee erg belangrijke vernieuwingen in het familierecht.

Gerd Verschelden

Frederik Swennen

Patrick Senaeve

²⁸ J. PHÉLIP, *Le livre noir de la garde alternée*, Parijs, Dunod, 2006 – al moet ook worden vermeld dat de schrijfster voorzitter is van alweer een belangengroepering.

²⁹ Zie het editoriaal van K. BOELE-WOELKI, ‘Verblijfsco-ouderschap: regel of uitzondering?’ in *F.J.R.* 2006, afl. 12, onder verwijzing naar de Franse studie en met een bespreking van de Nederlandse stand van zaken.

³⁰ Wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I), *B.S.* 28 december 2006, 3de ed.

DEEL I.
HET VERBLIJFSCO-ouderschap
als prioritair te onderzoeken
verblijfsregeling

ILSE MARTENS

Assistente Vakgroep Burgerlijk Recht
Universiteit Gent



HOOFDSTUK I.

SITUERING

§ 1. KORTE HISTORIEK

16. Sinds de Wet van 13 april 1995¹ kent het Burgerlijk Wetboek als uitgangspunt het systeem van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, ongeacht of de ouders al dan niet gehuwd zijn, al dan niet (wettelijk of feitelijk) samenleven, uit de echt gescheiden zijn of feitelijk gescheiden leven (zie art. 373, 1ste lid en 374, 1ste lid B.W.). Aangezien het kind van niet-samenlevende ouders nooit terzelfder tijd bij elk van zijn ouders kan verblijven, dienen de ouders een regeling uit te werken omtrent wat in artikel 374, 2de lid B.W. “de organisatie van de huisvesting” wordt genoemd, m.a.w. een verblijfsregeling waarin wordt bepaald waar, wanneer en hoelang het kind bij elk van zijn ouders zal verblijven.

17. In dat verband bepaalt artikel 374, 5de lid B.W., zoals ingevoerd door de Wet van 13 april 1995, dat in elk geval waarin de rechter bij niet-samenlevende ouders uitspraak doet over de gezagsuitoefening, hij daarnaast ook de wijze bepaalt waarop het kind wordt gehuisvest m.a.w. een regeling treft wanneer het kind waar zal verblijven, alsook de plaats waar het in het bevolkingsregister wordt ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf.

18. Opvallend was dat de wetgever van 1995 bewust geen bepaald model van verblijfsregeling naar voren schoof. Integendeel bood artikel 374, 5de lid B.W. de rechter een maximale vrijheid om telkens *in concreto* de meest aangepaste verblijfsregeling te bepalen. Op die manier was een hele waaier van regelingen over het verblijf van het kind mogelijk, gaande van een veeleer klassieke weekend- en vakantieregeling, waarbij het kind hoofdzakelijk bij één van beide ouders verblijft (*i.e.* hoofdverblijf) en gedurende kortere periodes bij de andere ouder, bijvoorbeeld één weekeinde op twee en de helft van (sommige van de) vakantieperiodes (of nog minder) (*i.e.* bijkomend of secundair verblijf), tot een zuivere tweeverblijfsregeling, waarbij het kind alternerend gedurende een even lange periode bij elk van beide ouders verblijft, bijvoorbeeld (helft van de) week/ (helft van de) week

¹ B.S. 24 mei 1995, in werking getreden op 3 juni 1995.

of (helft van de) maand/ (helft van de) maand het hele jaar door. Tussen deze twee extremen waren alle mogelijke varianten op deze verblijfsregelingen denkbaar, zoals een afwisselend verblijf van vijf dagen bij de ene ouder en negen dagen bij de andere ouder, of een uitbreiding van een weekend- en vakantieregeling met woensdagnamiddagen...²

19. Evenmin bepaalde de Wet van 13 april 1995 het criterium waarop de rechter zich moest steunen om een concrete verblijfsregeling te bepalen. Bij gebreke van een uitdrukkelijke wettekst was het enige criterium, zoals bij de andere bepalingen inzake ouderlijk gezag waar geen uitdrukkelijk criterium bepaald wordt³, het *belang van het kind*.⁴

§ 2. AANZET EN MOTIEVEN TOT INVOERING VAN HET VERBLIJFSCO-ouderschap ALS PRIORITAIR TE ONDERZOEKEN VERBLIJFSREGELING

20. De invoering van een wetgevend model inzake het verblijf van minderjarige kinderen bij hun niet-samenlevende ouders was één van de hoofddoelstellingen die ten grondslag lagen aan het wetsontwerp dat minister van Justitie Onkelinx op 17 maart 2005 neerlegde in de Kamer van Volksvertegenwoordigers.

21. Het doel van de invoering van een welbepaald model van verblijfsregeling in de wet was tweeledig. Enerzijds beoogde men een grotere voorspelbaarheid van de uitkomst van geschillen inzake verblijf te bekomen en het aantal gerechtelijke procedures inzake verblijf te doen afnemen.⁵ Anderzijds had het wetsontwerp, door de regeling van het strikt gelijkmatig

² Zie B. POELEMANS, “De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag”, in P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht. Commentaar op de Wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 99, nr. 159; R. UYTENDAELE, “Co-ouderschap: enkele reflecties van een praktijkjurist”, in P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht. Commentaar op de Wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 167, nr. 283.

³ Zie art. 373, 3de lid B.W. inzake het verhaal van één van beide ouders bij de jeugdrechtbank bij gebreke van instemming door de andere ouder en art. 374, 2de lid B.W. inzake de mogelijkheid van toewijzing van de uitsluitende gezagsuitoefening aan één van beide ouders.

⁴ R. UYTENDAELE, “Co-ouderschap: enkele reflecties van een praktijkjurist”, *l.c.*, p. 167, nr. 283.

⁵ *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 4-5.

verdeeld verblijf als uitgangspunt voorop te stellen, de bedoeling om de gelijkheid tussen beide ouders te bevorderen.⁶

22. Concreet werd in het wetsontwerp voorgesteld om in artikel 374 B.W. een tweede paragraaf in te voeren waarin zou worden bepaald dat ingeval de ouders niet samenleven en zij de rechtbank vatten m.b.t. de huisvestingsmodaliteiten van hun kinderen:

- 1°) hun akkoord door de rechtbank gehomologeerd wordt, tenzij de overeenstemming kennelijk strijdig is met het belang van het kind;
- 2°) bij gebreke van overeenstemming tussen de ouders, in geval van gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, en indien één van de ouders daarom verzoekt, de rechtbank bij voorrang de mogelijkheid van de gelijkmatig verdeelde huisvesting tussen de ouders onderzoekt, zulks op de meest passende wijze in het belang van het kind en van de ouders;
- 3°) ingeval de rechtbank, gelet op de omstandigheden van de zaak, van oordeel is dat de gelijkmatig verdeelde huisvesting niet de meest passende wijze is, zij evenwel kan beslissen de beurtelingse huisvesting met tijdvakken van verschillende duur vast te leggen.⁷

23. Dit onderdeel van het wetsontwerp-Onkelinx stuitte op heel wat verzet bij diverse auteurs en rechtspractici.⁸ Tijdens de parlementaire behandeling werden in de door de regering ontworpen tekst een aantal betekenisvolle aanpassingen aangebracht, waardoor de uiteindelijke wettekst qua opzet beduidend enger is dan wat de minister van Justitie aanvankelijk voor ogen had.

⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 5-6.

⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, 27, voorgesteld art. 2.

⁸ N. GALLUS, "Hébergement alterné", *Journ. jur.* 2005, afl. 39, 9; M. RENDERS, "Gezag in de wet ja, verblijf in de wet nee", *Juristenkrant* 2005, nr. 105, 2; X. (Chronique judiciaire), "Enfants de parents séparés: une loi va-t-elle imposer l'hébergement alterné?", *J.T.* 2005, 86-87. Voor een goedkeurende commentaar, zie A. DE WOLF, "Ouderlijk gezag na echtscheiding: gezamenlijke gezagsuitoefening en gelijkverdeeld verblijf", *E.J.* 2005, 91-93.



HOOFDSTUK II.

DE INHOUD VAN DE WET VAN 18 JULI 2006

24. De nieuwe bepalingen van artikel 374, § 2 B.W. regelen het verblijf van een minderjarig kind indien zijn in leven zijnde ouders niet samenleven, en dit ongeacht het feit of zij al dan niet met elkaar gehuwd zijn. Aldus vindt artikel 374, § 2 B.W. toepassing indien de met elkaar gehuwde ouders feitelijk gescheiden leven, indien de voorheen met elkaar gehuwde ouders uit de echt gescheiden zijn, indien de voorheen wettelijk of feitelijk samenwonende ouders niet langer samenleven, zo ook indien de ongehuwde ouders nooit hebben samengeleefd, en zij hun geschil aangaande de verblijfsregeling van hun kinderen bij de rechtbank aanhangig maken. De wet maakt een onderscheid naargelang de ouders in de loop van de procedure al dan niet tot een akkoord komen.

§ 1. AKKOORD VAN DE OUDERS OVER DE VERBLIJFSREGELING

A. *Homologatie van het akkoord*

25. Vanuit de idee dat ouders het best geplaatst zijn om het belang van hun kind te beoordelen, geldt als uitgangspunt dat de rechter voorrang moet geven aan de oplossing die door de partijen zelf werd uitgewerkt. Artikel 374, § 2 B.W. bepaalt in zijn eerste lid dat ingeval niet-samenlevende ouders hun geschil over het verblijf van hun kinderen bij de rechtbank aanhangig maken⁹, hun akkoord dienaangaande door de rechtbank moet worden gehomologeerd, tenzij het kennelijk strijdig is met het belang van het kind.

26. Aldus vertrekt de wetgever van wat in een ideale wereld eigenlijk het *quod plerumque fit* zou moeten zijn: de ouders komen door onderhandeling tot een voor hen beiden als “juist” (in de zin van voor beide partijen “billijk”) ervaren regeling, die hen niet door de rechter wordt opgedrongen. Een door beide ouders gekozen oplossing moet de voorkeur verdie-

⁹ In de Nederlandse tekst van art. 374, § 2, 1ste lid B.W. wordt verkeerdelijk de passieve vorm aangewend: “(...) *hun geschil bij de rechtbank aanhangig wordt gemaakt* (...)”; vgl. met de Franse tekst, die de actieve vorm hanteert.

nen, niet alleen omdat de genomen beslissing beter zal worden nageleefd, maar ook en vooral omdat om het even welke regeling van verblijf slechts op ongedwongen wijze door het kind zal worden beleefd als het weet dat de regeling op positieve wijze wordt gedragen door beide ouders. In deze context moet de link worden gemaakt met artikel 387*bis*, 2de lid B.W., dat ertoe strekt de overeenkomsten tussen ouders te bevorderen via de promotie van verzoening en bemiddeling (zie hierover *infra*, nrs. 212-220).

27. Voor alle duidelijkheid dient hier nog te worden aangestipt dat de Wet van 18 juli 2006 op geen enkele wijze afbreuk doet aan de maximale vrijheid van de partijen zelf om uit de waaier van alle denkbare formules de meest aangepaste verblijfsregeling voor hun kind te kiezen.¹⁰ De wetgever heeft slechts in geval van onenigheid – en alleen dan – het gelijkmatig verdeeld verblijf als referentiemodel willen opleggen.

28. De homologatie van de overeenkomst levert voor de ouders het voordeel op dat zij beschikken over een uitvoerbare titel. Dit biedt hen bij niet-naleving van het akkoord de gelegenheid een beroep te doen op artikel 387*ter* B.W. (zie daarover nrs. 246-366). Het is wel vreemd dat de wetgever een specifieke bepaling invoert aangaande de homologatie van het akkoord tussen de ouders over de verblijfsregeling, en niet tevens over alle andere aspecten van het ouderlijk gezag, en met name de wijze van uitoefening ervan.¹¹

29. Het is belangrijk erop te wijzen dat de ouders niet verplicht zijn om de homologatie van hun akkoord te verzoeken. Deze verplichting bestaat enkel voor hun overeenkomst m.b.t. hun minderjarige kinderen in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming. In alle andere gevallen staat het hen vrij al dan niet de homologatie te vragen. Aldus is het perfect mogelijk dat ouders in het kader van hun gezamenlijke gezagsuitoefening onderling een gepaste verblijfsregeling hebben uitgewerkt, zonder *a priori* controle door een rechter.¹² De ouders blijven

¹⁰ Dat de wetgever ook in geval van akkoord tussen ouders het gelijkmatig verdeeld verblijf zou vooropstellen, zou uiteraard volkomen strijdig zijn met het recht op privacy en het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zie ook: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 6, waar nochtans werd gesteld dat “*een veralgemening van de gelijkmatige verdeling van het verblijf de maatschappij positief in die richting zou moeten doen evolueren*”.

¹¹ Zie de opmerking van de O.V.B. in: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 297.

¹² *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 11.

voor de uitvoering en naleving van deze verblijfsregeling wel overgeleverd aan elkaars goede wil, aangezien dergelijke verblijfsregeling niet afdwingbaar is.¹³

B. Toetsing van het akkoord aan het belang van het kind

30. Van de andere kant kan de rechter, nadat één van de ouders de zaak aanhangig heeft gemaakt bij de rechtbank en de ouders uiteindelijk tot een overeenstemming komen, de homologatie van het hem aldus voorgelegde akkoord aangaande de verblijfsregeling weigeren ingeval het akkoord hem *kennelijk* strijdig lijkt met het belang van het kind.¹⁴ Luidens de memorie van toelichting is de rechterlijke toetsing van de overeenkomst aan het belang van het kind slechts marginaal van aard, wat impliceert dat de homologatie slechts zeer uitzonderlijk, bij ernstige contra-indicaties, kan worden geweigerd.¹⁵

31. Het nieuwe artikel 374, § 2, 1ste lid B.W. moet in verband worden gebracht met andere – meer specifieke – regelingen die dienaangaande door recente wetten in het Gerechtelijk Wetboek werden ingevoerd.

Zo geldt in het raam van een procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten als regel dat de echtscheidingsrechter de volledige of gedeeltelijke overeenstemming van de partijen over de voorlopige maatregelen m.b.t. de persoon, het onderhoud en de goederen van hun kinderen bekrachtigt, *voor zover hij zulks geraden acht* (art. 1258, § 2, 2de lid Ger.W.).¹⁶ Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk vermeldt, impliceert dit dat de rechter een inhoudelijke controlebevoegdheid heeft, en dat hij het

¹³ P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 8ste uitg. 2004, p. 438, nr. 1093.

¹⁴ Cf. art. 373-2-7, 2de lid van de Franse *Code civil* (zoals ingevoerd door de Wet van 4 maart 2002 (*Journal Officiel* 5 maart 2002)), op grond waarvan de rechter de overeenkomst aangaande de modaliteiten van de uitoefening van het ouderlijk gezag en van de onderhoudsbijdragen moet homologeren, tenzij het akkoord het belang van het kind niet voldoende waarborgt of de instemming van de ouders niet vrij werd gegeven.

¹⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 11. Zie bv. Jeugdrb. Charleroi 14 mei 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 238, waar de rechter weigerde een overeenkomst houdende het gelijkmatig verdeeld verblijf te homologeren, op grond van de overweging dat de ouders niet werkelijk gescheiden leefden en zij enkel een verblijfsco-ouderschap wensten met de bedoeling de sociale en fiscale voordelen te kunnen genieten.

¹⁶ Aldus gewijzigd bij W. 30 juni 1994 houdende wijziging van art. 931 Ger.W. en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *B.S.* 21 juli 1994, in werking getreden op 1 oktober 1994.

akkoord over de voorlopige maatregelen aangaande de kinderen maar bekrachtigt als hij die vanuit het standpunt van het belang van het kind aanvaardbaar vindt.¹⁷

In het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming kan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg aan de partijen voorstellen de beschikkingen van de voorafgaande overeenkomsten m.b.t. hun minderjarige kinderen te wijzigen wanneer die hem strijdig lijken met de belangen van de kinderen (art. 1290, 2de lid Ger.W.) en kan hij de bedingen die kennelijk strijdig zijn met de belangen van de kinderen tijdens een bijkomende verschijning laten schrappen of wijzigen (art. 1290, 5de lid Ger.W.).¹⁸ Dit houdt in dat de rechter enkel schrappingen of wijzigingen kan suggereren aan partijen, hij kan ze geenszins *proprio motu* zelf doorvoeren. Ingeval er geen beschikkingen zijn die kennelijk strijdig zijn met de belangen van het kind, of deze op aanvaardbare wijze aangepast werden, spreekt de rechtbank de echtscheiding uit en homologeert zij de overeenkomsten m.b.t. de minderjarige kinderen (art. 1298 Ger.W.).

Net zoals in het raam van de buitengerechtelijke (“vrijwillige”) bemiddeling (art. 1733, 2de lid Ger.W.), geldt ook bij de proceduregebonden (“gerechtelijke”) bemiddeling de regel dat de rechter de homologatie van het akkoord dat door tussenkomst van een erkende bemiddelaar werd bereikt, alleen kan weigeren indien het strijdig is met de openbare orde of, in familiezaken, met de belangen van de minderjarige kinderen (art. 1736, 4de lid Ger.W.).¹⁹

¹⁷ P. SENAËVE, “De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten”, in P. SENAËVE en W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen. Commentaar op de Wetten van 30 juni 1994, 27 december 1994 en 20 mei 1997*, Antwerpen, Maklu, 2^{de} uitgave 1997, p. 142, nr. 250.

¹⁸ Deze mogelijkheid werd ingevoerd door de Wet van 30 juni 1994. Met de Wet van 20 mei 1997 (tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding, B.S. 27 juni 1997, in werking getreden op 7 juli 1997) werd gespecificeerd dat deze injunctiebevoegdheid bestaat zowel ingeval de voorzitter aan de echtgenoten heeft voorgesteld om de beschikkingen die hem strijdig lijken met de belangen van de kinderen te wijzigen (art. 1290, 2de lid Ger.W.), als ingeval de voorzitter ambtshalve heeft beslist de kinderen te horen (art. 1290, 3de lid Ger.W.). In beide gevallen dient de rechter een nieuwe datum te bepalen voor een bijkomende verschijning van de echtgenoten (art. 1290, 4de lid Ger.W.).

¹⁹ Ingevoerd door W. 21 februari 2005, B.S. 22 maart 2005.

32. In dit verband merkt SENA EVE op dat in artikel 374, § 2, 1ste lid B.W. de mogelijkheid van weigering van homologatie van het akkoord tussen de ouders aan de rechter slechts wordt geboden voor zover dit akkoord ‘*kennelijk*’ strijdig is met het belang van het kind, wat overeenstemt met hetgeen geldt bij echtscheiding door onderlinge toestemming, terwijl daarentegen in het raam van de bemiddeling een strijdigheid *tout court* met de belangen van het kind volstaat om de homologatie te weigeren. De auteur stelt – m.i. terecht – dat dit verschil in formulering geen repercussies heeft in de praktijk, vermits de rechter steeds voor ogen moet houden dat de autonomie van de ouders in deze fundamenteel is en dus slechts zeer uitzonderlijk zijn veto daartegen kan stellen.²⁰ Het hoeft immers geen betoog dat ouders het best geplaagd zijn het belang van hun kind te beoordelen, zodat moet worden uitgegaan van het vermoeden dat zij dit als *Leitmotiv* bij hun zoektocht naar een akkoord voor ogen hebben gehouden.

Nochtans valt niet uit te sluiten dat het akkoord is ingegeven door totaal andere motieven dan het belang van hun kind (bv. koele berekening of platvloerse chantage waarvoor de andere bezwiken is), maar hoe zal de rechter in zo’n geval objectief kunnen vaststellen dat het belang van het kind niet de eerste drijfveer was? Immers, de toetsing door de rechter zal in eerste instantie gebeuren op basis van de inhoud van het akkoord dat hij onder ogen krijgt; van de rechter kan geenszins worden verwacht dat hij, in elk geval waarin de ouders het eens zijn, systematisch hun werkelijke bedoelingen tracht te detecteren. Indien dus noch uit het akkoord noch uit de verklaringen van de partijen noch uit enig gegeven van het rechtsplegingdossier manifest blijkt dat een partij veeleer in eigen belang dan in het belang van het kind handelt, dan kan de rechter niet anders dan het hem aldus voorgelegde akkoord homologeren. Dit betekent nochtans niet dat de rechter, indien hij zou vaststellen dat de instemming van (één van) de ouders niet in alle vrijheid werd gegeven, niet zou kunnen weigeren de overeenkomst te homologeren; in dat geval is er immers geen sprake van een rechtsgeldig akkoord, wat de basisvoorwaarde is voor de homologatie.²¹

²⁰ P. SENA EVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtsbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 120-121, nr. 13.

²¹ *Ibid.*

C. Injunctiebevoegdheid van de rechter

33. Interessant is de vraag of de rechter een akkoord over de verblijfsregeling dat hem kennelijk strijdig lijkt met het belang van het kind zonder meer moet weigeren te homologeren, dan wel of hij een injunctiebevoegdheid heeft om dergelijk akkoord te (laten) wijzigen.

Naar analogie met artikel 1290, 5de lid Ger.W. mag m.i. worden aangenomen dat de rechter die verzocht wordt een akkoord aangaande de verblijfsregeling te homologeren dat kennelijk strijdig lijkt met de belangen van de kinderen, kan suggereren een aantal schrappingen of wijzigingen in dit akkoord aan te brengen, maar geenszins een akkoord kan homologeren dat niet identiek is aan hetgeen de partijen hebben ondertekend. Na deze rechterlijke interventie zal door de partijen gebeurlijk een aangepast akkoord ter homologatie worden voorgelegd.

D. Een effectief bestaand rechtsgeschil als vereiste m.b.t. het te homologeren akkoord

34. Een belangrijk element dat de draagwijdte van het nieuwe artikel 374, § 2, 1ste lid B.W. bepaalt, is de verwijzing naar de vereiste van een effectief bestaand rechtsgeschil tussen de ouders, waar de wettekst stelt dat zij hun *geschil* bij de rechtbank aanhangig maken. Met deze regeling bevestigt de Wet van 18 juli 2006 uitdrukkelijk hetgeen voorheen reeds gold op grond van artikel 1043 Ger.W., namelijk dat de rechter slechts een akkoordvonnis kan verlenen mits hij vaststelt dat – minstens op het ogenblik van de aanhangigmaking van de vordering – tussen partijen effectief een rechtsgeschil bestond.

In de Wet van 21 februari 2005 wordt van dit beginsel afgeweken.²² In het raam van de buitengerechtelijke bemiddeling kunnen ouders die door tussenkomst van een erkend bemiddelaar tot een akkoord zijn gekomen, een beroep doen op de rechter met het oog op de homologatie van hun overeenkomst, niettegenstaande hun conflict reeds is opgelost (zie art. 1733 Ger.W.).

²² Zie B. ALLEMEERSCH, B. GAYSE en P. SCHOLLEN, “De Wet van 21 februari 2005 in verband met de bemiddeling”, in B. ALLEMEERSCH e.a., *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2005, p. 45, nr. 50.

Merk op dat de minister van justitie nochtans wél de bedoeling had om af te wijken van de klassieke beginselen aangaande het akkoordvonnis en de prerogatieven van de notaris. Ingevolge een suggestie van de Raad van State²³ werd in het wetsontwerp immers niet meer gerefereerd aan de term ‘geschil’.²⁴ Daarenboven werd in de memorie van toelichting uitdrukkelijk gesteld dat het akkoord van de ouders kon worden voorgelegd aan de rechtbank, zonder dat ze het onderling noodzakelijk oneens waren²⁵, d.w.z. dat ouders zich tot de rechter konden wenden enkel en alleen met de bedoeling hun akkoord te laten homologeren. De verwijzing naar het begrip ‘geschil’ is uiteindelijk in de definitieve wettekst opgenomen – weliswaar zonder enige motivering – ingevolge een amendement dat er in wezen louter toe strekte een bijzondere motiveringsplicht voor de rechter in te voeren.²⁶ Aldus lijkt dit aspect van de tekst van artikel 374, § 2, 1ste lid B.W. veeleer de resultante te zijn van slordig parlementair werk dan van een weldoordachte keuze vanwege de wetgever.

35. Uit een samenlezing van het nieuwe artikel 374, § 2, 1ste lid B.W. en artikel 1733 Ger.W. volgt *a contrario* dat ouders die – *alvorens* een vordering bij de rechtbank aanhangig werd gemaakt – tot een overeenstemming zijn gekomen over het verblijf van hun kind buiten elke tussenkomst van een erkend bemiddelaar om, en daaraan uitvoerbare kracht wensen te verlenen, zich daarvoor *niet* tot de rechter kunnen richten.²⁷ Behalve indien de wet dit uitdrukkelijk toelaat, is het de rechter niet toegestaan om *buiten elk geschil* authenticiteit te verlenen aan privé-overeenkomsten, nu dit op grond van artikel 1, 1ste lid van de Organieke Wet Notariaat een prerogatief is van de notarissen.

Artikel 1733 Ger.W. niet te na gesproken, hebben ouders die hun conflict al hebben opgelost geen rechtens vereist belang meer in de zin van de

²³ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Advies R.v.St., 23-24.

²⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, 27, voorgesteld art. 2.

²⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 11.

²⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/012, amendement nr. 37 (Taelman c.s.).

²⁷ In Frankrijk daarentegen bestaat deze mogelijkheid wél. In art. 373-2-7, 1ste lid van de Franse *Code civil* (zoals ingevoerd door de Wet van 4 maart 2002) wordt uitdrukkelijk bepaald dat ouders die uit elkaar gaan de rechter kunnen vatten om hun overeenkomst aangaande de modaliteiten van de uitoefening van het ouderlijk gezag en van de onderhoudsbijdragen te laten homologeren.

artikelen 17 en 18 Ger.W. om dan nog een geding op te starten.²⁸ *De lege lata* kan niet worden opgeworpen dat het belang van de ouders juist gelegen zou zijn in het gehomologeerd zien van hun akkoord. Het is ongetwijfeld juist dat het belang bedoeld in de artikelen 17 en 18 Ger.W. kan bestaan in een moreel belang²⁹, maar artikel 18, 2de lid Ger.W. vereist voorts dat de rechtsvordering wordt ingesteld om “*schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen*”. Indien het akkoord bereikt is *vooraleer* het geval aan de rechter werd voorgelegd, kan men bezwaarlijk stellen dat er sprake is van een betwisting, zelfs niet in het minst van een dreigende betwisting.³⁰ Slechts op het ogenblik dat de overeenkomst niet wordt uitgevoerd, ontstaat het noodzakelijke belang om zich tot de rechter te wenden.

36. *De lege lata* beschikken ouders die vooraf reeds een overeenstemming hebben bereikt evenmin over de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden met het verzoek een verzoeningspoging te ondernemen (zie art. 731 Ger.W.), dit met het oog op de opname van hun akkoord in een proces-verbaal van minnelijke schikking ex artikel 733 Ger.W. Naar luid van artikel 731 Ger.W. is een verzoeningspoging mogelijk m.b.t. “iedere inleidende *hoofdvordering* tussen partijen die bekwaam zijn om een dading aan te gaan en betreffende zaken welke voor dading vatbaar zijn”. Het begrip ‘vordering’ is hier betekenisvol, en veronderstelt een proces-rechtshandeling waarbij men aanspraak maakt op (de handhaving van) een subjectief recht, d.w.z. dat aan de rechter een *geschil* ter beoordeling wordt voorgelegd.³¹ Partijen lopen dus het risico dat de rechter weigert het

²⁸ Zie ook P. Taelman en G. Verschelden, “Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, in X. (ed.), *Gandius Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 292, nr. 514, hernomen in “Mediatie uit de schaduw van het recht. Een analyse van de wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, *R.W.* 2002-03, (1561) 1572, nr. 44.

²⁹ Cass. 18 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 447, *Pas.* 1981, I, 451, noot, *J.T.* 1981, 550 en *R.W.* 1981-82, 1537, noot J.P.

³⁰ Het belang wordt immers beoordeeld op het ogenblik waarop de vordering wordt ingesteld (Cass. 4 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 467, *Pas.* 1990, I, 414 en *R.W.* 1990-91, 305; vgl. ook Cass. 14 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 349, *Pas.* 1987, I, 323 en *R.W.* 1986-87, 1915, noot; inzake hoger beroep: Cass. 5 januari 1990, *Arr. Cass.* 1990, 585 en *Pas.* 1995, I, 359).

³¹ B. Allemeersch, “Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces”, *T.P.R.* 2003, (409) 419, nr. 11, die in voetnoot 24 de auteurs P. Taelman en G. Verschelden ten onrechte *contra* citeert (met verwijzing naar “Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, in X. (ed.), *Gandius Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 292, voetnoot 753), en verkeerdelijk voorhoudt dat zij uit het notariële karakter van het proces-verbaal van minnelijke schikking zouden afleiden dat de rechter ook bij afwezigheid van enige betwisting de taak van een notaris kan overnemen. Deze auteurs merkten louter op

akkoord in een proces-verbaal van minnelijke schikking op te nemen bij gebrek aan een (nog bestaand) geschil (en bijgevolg belang).³²

Overigens lijkt het inleiden van een verzoeningsprocedure in deze specifieke context weinig zinvol. Een proces-verbaal van minnelijke schikking verleent immers geen toegang tot de uitvoeringsprocedure van artikel 387*ter* B.W., aangezien artikel 387*ter* B.W. daartoe vereist dat er sprake is van een niet-nageleefde *rechterlijke beslissing* inzake verblijf (of recht op persoonlijk contact) (zie *infra*, nr. 251), en een proces-verbaal geen vonnis is maar een authentieke akte vergelijkbaar met een notariële akte.³³

37. Theoretisch is de tussenkomst van een notaris de enige manier waarop ouders die in onderling overleg tot een akkoord zijn gekomen alvorens een rechter te vatten daaraan uitvoerbare kracht kunnen verlenen.³⁴ Problematisch is nu dat bij niet-naleving van de bij notariële akte vastgelegde overeenkomst geen beroep kan worden gedaan op het uitvoeringsmechanisme zoals geregeld in artikel 387*ter* B.W., aangezien dit enkel in werking kan worden gesteld nadat een rechterlijke beslissing m.b.t. verblijf (of recht op persoonlijk contact) werd geveld.

Een oplossing zou erin kunnen bestaan dat de wetgever de term ‘geschil’ schrapt uit artikel 374, § 2, 1ste lid B.W. en – in afwijking van artikel 1043 Ger.W. – expliciet bepaalt dat de ouders de rechtbank kunnen vatten met het oog op de homologatie van hun akkoord. Op die manier kan de rechter in het kader van de homologatieprocedure erover waken dat door de getroffen regeling het belang van het kind niet wordt geschonden. De ouders tenslotte dienen in geval van niet-naleving van de getroffen regeling

dat, waar in principe enkel notarissen authenticiteit kunnen verlenen aan overeenkomsten, dit anders ligt met een proces-verbaal van verzoening: daar wordt de rechter door de wet gemachtigd om in de plaats van de notaris een authentieke akte op te stellen die geen jurisdictioneel karakter heeft.

³² Zie bv. Rb. Gent 9 december 2003, *P. & B.* 2004, 86, waar de rechtbank oordeelde dat een proces-verbaal van verzoening niet mogelijk is indien het akkoord is bereikt vooraleer de zaak aan de rechter werd voorgelegd.

³³ Zie hierover *in extenso*: B. ALLEMEERSCH, “Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces”, *l.c.*, (409) 436, nr. 28 en de verwijzingen aldaar.

³⁴ In die zin: P. SENAËVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfscoouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 121-122, nr. 16.

door één van hen niet eerst een rechterlijke beslissing te vragen, vooraleer een toepassing van artikel 387*ter* B.W. kan worden gevorderd.

38. In afwachting van een wetgevend ingrijpen, zou een soepele houding vanwege de rechter aan partijen gebeurlijk wel soelaas kunnen bieden. In de praktijk blijkt het immers zo te zijn dat veel rechters niet nagaan of de overeenkomst al dan niet bestond op het ogenblik van het inleiden van het geding en aldus – in weerwil van de tekst van artikel 374, § 2, 1ste lid B.W. – ook akkoorden homologeren die reeds vóór de rechtsingang tot stand zijn gekomen, waardoor ook meteen tegemoet gekomen wordt aan de uitvoeringsproblematiek. Deze oplossing mag dan vanuit billijkheids-overwegingen zeker toe te juichen zijn, juridisch is deze praktijk *contra legem*.³⁵

§ 2. BIJ GEBREKE VAN AKKOORD TUSSEN DE OUDERS

A. *Het verblijfsco-ouderschap als prioritair te onderzoeken verblijfsregeling*

1. Situering

39. In het Burgerlijk Wetboek wordt uitdrukkelijk vooropgesteld dat ingeval de ouders niet tot een overeenstemming komen, de rechtbank op vraag van minstens één van hen bij voorrang de mogelijkheid moet onderzoeken om het verblijf van het kind op een gelijkmatige manier tussen hen vast te leggen (art. 374, § 2, 2de lid B.W.).

Deze bepaling stemt overeen met de regeling die in het wetsontwerp was vooropgesteld, op een gewijzigde formulering na.³⁶ Tijdens de voorbereidende werkzaamheden werd de bedoeling van de initiatiefnemers van het wetsontwerp herhaaldelijk in de verf gezet: de regering beoogde een mentaliteitswijziging bij de rechters te bewerkstelligen door hen een duidelijk signaal te geven dat er een voorkeur gaat naar het gelijkmatig

³⁵ Vgl. N. DANDOY en F. REUSENS, “L’hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l’hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d’autorité parentale)”, *J.T.* 2007, (177) 178.

³⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, 27, voorgesteld art. 2.

verdeeld verblijf³⁷ en de regering wou de mogelijke willekeur van de rechters inperken door hen een richtsnoer mee te geven.³⁸ Er werd op gewezen dat het nog vaak zou voorkomen dat rechters alleen maar een gelijkmatig verdeeld verblijf zouden overwegen ingeval beide ouders daarom verzoeken.³⁹ Sommige rechters zouden zelfs haast systematisch het hoofdverblijf aan de moeder toekennen zonder dat dat noodzakelijkerwijze verantwoord is.⁴⁰ Het is duidelijk dat deze overwegingen geïnspireerd zijn door de verzuchtingen van belangengroeperingen van zgn. tweederangsoouders zoals de *Mouvement pour l'égalité parentale* en BGMK⁴¹, die voorstanders waren van de invoering van het gelijkmatig verdeeld verblijf als referentiemodel om aldus het *a priori* verzet tegen het gelijkmatig verdeeld verblijf om te buigen in het voordeel van de vader.

2. Verduidelijking van de wettelijke terminologie

40. De regeling waarbij het kind alternerend gedurende een even lange periode bij elk van beide ouders verblijft, kan als het *verblijfsco-ouderschap* worden omschreven, hoewel dit een term is die in de wet zelf niet wordt gebruikt. De wet heeft het over de '*gelijkmatig verdeelde huisvesting*' (art. 374,

³⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 60.

³⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 64.

³⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 4; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 66, Verklaring van de vertegenwoordiger van de minister. Deze stelling dient nochtans genuanceerd te worden, daar heel wat andersluidende uitspraken terug te vinden zijn, zie bv. Kort Ged. Rb. Brussel 7 november 1997, *Div. Act.* 1999, 121, noot, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 320, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK; Brussel 24 november 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 285, waar het Hof uitdrukkelijk stelde dat indien een rechter zou oordelen dat het verzet van één ouder tegen een gelijkmatig verdeeld verblijf een onoverkomelijk obstakel zou vormen voor de organisatie van een dergelijk systeem, het belang van het kind en de rechten van de andere ouder zouden worden miskend. In dezelfde zin: Jeugdrb. Dinant 10 december 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 198, waar wordt overwogen: "(...) *het enkele feit dat één van de ouders zich verzet tegen deze bilocatieregeling kan geen onoverkomelijke hinderpaal vormen voor de organisatie van een dergelijke regeling, op straffe om zowel het belang van het kind als de rechten van de andere ouder te miskennen en aldus mee te doen met het ziekelijke spel van de ouder die de fundamentele behoefte van het kind miskent om evenwichtige relaties met elk van zijn ouders te behouden*". In casu besliste de rechtbank dat een verblijfsco-ouderschap praktisch niet haalbaar was, daar de vader niet over een wagen beschikte en zijn woning te klein was opdat zijn zoon op een behoorlijke wijze zou kunnen wonen.

⁴⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 66, Verklaring van een volksvertegenwoordiger, die ten onrechte spreekt over '*hoederecht*', terwijl deze term door W. 13 april 1995 werd afgeschaft. Zie ook *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 8, Verklaring van volksvertegenwoordiger Swennen.

⁴¹ Belangenverdediging Gescheiden Mannen en hun Kinderen.

§ 2, 2de en 3de lid B.W.). Deze term stemt overeen met de voorgestelde formulering van het referentiemodel in het wetsontwerp-Onkelinx. De formule van het gelijkmatig verdeeld verblijf werd gemotiveerd op grond van de overweging dat het model moeilijk een ander kon zijn dan datgene dat uitgaat van de principiële gelijkwaardigheid van beide ouders.⁴²

41. Tijdens de parlementaire voorbereiding werden nochtans heel wat bezwaren geuit tegen de invoering van het gelijkmatig verdeeld verblijf als referentiemodel.

Er werd aangevoerd dat het gelijkmatig verdeeld verblijf in heel wat gevallen op praktische bezwaren stuit. Zal dit voor ouders geen verhoging van de kosten meebrengen? Is deze formule wel geschikt t.a.v. jonge kinderen? Waarom zou men de idee verwerpen dat het kind zich in bepaalde gevallen beter voelt bij één van zijn ouders? Het bevoorrecht van het gelijkmatig verdeeld verblijf t.a.v. de andere verblijfsmodaliteiten zou erop neerkomen de diversiteit van de situaties die aan het oordeel van de rechter worden voorgelegd, te negeren.⁴³

Daarenboven werd herhaalde malen opgeworpen dat de wetgever zich door het vooropstellen van een referentiemodel inzake verblijf zou mengen in de persoonlijke levenssfeer van de ouders doordat hen in zekere zin de correcte opvoedingsmethode voor hun kinderen wordt voorgeschreven.⁴⁴

Hiertegen werd – m.i. terecht – ingebracht dat elke verblijfsregeling die door een rechter wordt opgelegd een inmenging in het privéleven en het gezins- en familieleven van de betrokkenen inhoudt, en dat het naar voren

⁴² *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 5.

⁴³ Zie *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/006, Amendement nr. 21 (Wathelet), Verantwoording.

⁴⁴ Reden waarom verschillende amendementen werden ingediend die ertoe strekten de notie 'gelijkmatig verdeelde huisvesting' te vervangen door 'beurtelingse huisvesting met tijdvakken van gelijke of verschillende duur' (Zie *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 7 (Verherstraeten) en 1673/006, Amendement nr. 21 (Wathelet); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/2, Amendement nr. 2 (Nyssens) en 1645/3, Amendement nr. 11 (Vandenbergh)). Al deze amendementen werden verworpen. Zie ook *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 38 (Verherstraeten), *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 39 (Marghem); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 10 (Defraigne). In dezelfde zin: J.-Y. HAYEZ en Ph. KINOO, "Hébergement alterné et autorité parentale conjointe", *Rev. trim. dr. fam.* 2005, (25) 29.

schuiven van een welbepaalde verblijfsregeling als wetgevend model daar niets aan verandert.⁴⁵

42. In een amendement werd voorgesteld de notie van de ‘gelijkmatig verdeelde huisvesting’ af te zwakken tot ‘een zo gelijk mogelijk verdeelde huisvesting’, om reden dat de voorgestelde formule ten onrechte de indruk wekte dat het steeds om een perfect gelijke verdeling van het verblijf moet gaan, terwijl dat in veel gevallen in de praktijk vaak niet haalbaar of wenselijk is. Vermits het streefdoel erin bestond kinderen zo veel mogelijk contact te laten houden met beide ouders, zou dit evengoed kunnen verwezenlijkt worden met een zo gelijk mogelijk verdeelde huisvesting (bv. 8 dagen vs. 6 dagen).⁴⁶

Daartegen werd opgeworpen dat, hoewel dergelijke soepele notie wellicht meer met de werkelijkheid strookt, het aanvaarden ervan zou impliceren dat de mogelijkheid voor de rechter om van het gelijkmatig verdeeld verblijf af te wijken, zou moeten worden geschrapt.⁴⁷ De vertegenwoordiger van de minister was hier geen voorstander van, daar het wetsontwerp duidelijk de bedoeling had het *strikt* gelijk verdeelde verblijf als concreet model voorop te stellen, waarvan dan eventueel kan worden afgeweken.⁴⁸

Uit deze verklaring, versterkt door de intrekking van het betreffende amendement⁴⁹, moet worden afgeleid dat de door de wetgever uiteindelijk gehanteerde term ‘gelijkmatig verdeelde huisvesting’ inhoudelijk enkel slaat op de regeling van strikt gelijk verdeeld verblijf waarbij het kind exact 50% van zijn tijd doorbrengt bij elk van beide ouders. Een verblijfsregeling die bv. is opgedeeld in een verhouding 60/40 valt onder de notie ‘ongelijk verdeeld verblijf’ in de zin van artikel 374, § 2, 3de lid B.W.⁵⁰

43. Het valt te betreuren dat de wetgever een verkeerde Nederlandse vertaling van de Franse term ‘l’*hébergement égalitaire*’ heeft aangewend, en

⁴⁵ Zie de verklaring van de minister van Justitie in *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 44-45 en *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 20 en 22.

⁴⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 10 (Swennen).

⁴⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 65.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 11.

⁵⁰ Zie de verklaring van de minister van Justitie in *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 34.

niet de correcte Nederlandse term ‘gelijkmatig verdeeld *verblijf*’.⁵¹ Het is bovendien markant vast te stellen dat, m.b.t. de mogelijkheden van de rechtbank om van het gelijkmatig verdeeld verblijf af te wijken, de wet het dan weer heeft over het ‘*ongelijk* verdeeld verblijf’ (zie art. 374, § 2, 3de lid B.W.) en niet over *ongelijkmatig* verdeeld verblijf⁵², hetgeen weerom weinig consequent is.⁵³

44. Ten slotte is nog een verduidelijking aangewezen van het in dit verband gehanteerde begrippenarsenaal, niet in het minst omdat in deze materie op terminologisch vlak heel wat verwarring heerst. De term ‘*verblijfsco-ouderschap*’ wordt door velen geassocieerd met de term ‘*co-ouderschap*’, dit ten onrechte. Sinds de Wet van 13 april 1995 staat de term ‘co-ouderschap’ voor het principe van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, en dit ongeacht de verblijfsregeling van de kinderen. Nochtans gaf de term ‘co-ouderschap’ aanleiding tot heel wat spraakverwarring in de rechtspraktijk, doordat er nu eens de gezamenlijke gezagsuitoefening mee werd bedoeld en dan weer de regeling waarbij het kind alternerend gedurende een even lange periode bij elk van beide ouders verblijft. Het verdient dan ook geen aanbeveling deze term, die een vlag is die twee geheel verschillende ladingen dekt, nog verder te hanteren. Het lijkt correcter te spreken van ‘verblijfsco-ouderschap’ tegenover het ‘*gezagsco-ouderschap*’.⁵⁴

Het verdient aanbeveling dat in de akten van rechtspleging en in de gerechtelijke uitspraken voortaan nog uitsluitend de notie ‘gelijkmatig verdeeld verblijf’ wordt gebruikt.

Het lijkt m.i. niet langer aangewezen om termen als ‘*afwisselend* verblijf’, ‘*alternerend* verblijf’ of ‘*beurtelings* verblijf’ (‘*hébergement alterné*’) te gebruiken om de formule van het gelijkmatig verdeeld verblijf te verwoorden. Het verblijf is immers steeds afwisselend, ook als het niet gelijk verdeeld is in de tijd.⁵⁵

⁵¹ Zie ook het voorwoord in dit verslagboek.

⁵² In de Franse tekst van de wet wordt wél consequent gesproken van ‘*hébergement égalitaire*’ vs. ‘*hébergement non-égalitaire*’.

⁵³ Zie P. SENAËVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 123, nr. 22.

⁵⁴ Zie *Parl. St. Kamer*, nr. 51-0975/001, Wetsvoorstel-Swennen, Memorie van toelichting, 7-10.

⁵⁵ Zie ook *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 4, voetnoot 1.

Het lijkt evenmin aangewezen om voor een regeling van strikt gelijk verdeeld verblijf de term ‘*tweeverblijf*’ te gebruiken, daar deze term onvoldoende aangeeft dat het hier gaat om een gelijke verdeling van de tijd die het kind bij elk van zijn ouders doorbrengt.

De term ‘*bilocatie*’ lijkt al helemaal uit den boze, nu dit betekent “gelijktijdige aanwezigheid van een lichaam op twee plaatsen”, hetgeen hier uiteraard niet wordt bedoeld.⁵⁶

3. Toepassingsvoorwaarden

45. Uit het nieuwe tweede lid van § 2 van artikel 374 B.W. vloeit voort dat de verplichting om bij voorrang de mogelijkheid van het gelijkmatig verdeelde verblijf te onderzoeken slechts geldt mits aan twee voorwaarden is voldaan: de ouders tussen wie een geschil inzake de verblijfsregeling aanhangig is, oefenen gezamenlijk het ouderlijk gezag uit en minstens één van hen vraagt erom.

a. Gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag

46. De wetgever van 18 juli 2006 heeft slechts in geval van gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag⁵⁷ het gelijkmatig verdeelde verblijf als referentiemodel willen vooropstellen. Ingeval de uitoefening van het ouderlijk gezag exclusief is toegekend aan één ouder, geldt aldus geen verplichting voor de rechter om op vraag van de andere ouder bij voorrang de mogelijkheid van een gelijkmatig verdeeld verblijf te onderzoeken. Dit is niet meer dan logisch, gelet op het principe van de gezamenlijke gezagsuitoefening dat door de Wet van 13 april 1995 werd ingevoerd in de artikelen 373-374 B.W.⁵⁸ Binnen een uitzonderingsregime van exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag (zie art. 374, § 1, 2de lid B.W.) verkrijgt de ouder die het gezag uitoefent, automatisch het hoofdverblijf; de andere

⁵⁶ Zie P. SENAËVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfscoouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 124, nr. 24 met verwijzing naar Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal, 14^{de} uitg., 429.

⁵⁷ In de wet wordt verkeerdelijk gesproken over ‘*gezamenlijk ouderlijk gezag*’; vanzelfsprekend kan het ouderlijk gezag niet ‘gezamenlijk’ of ‘uitsluitend’ zijn, maar enkel de uitoefening ervan.

⁵⁸ *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 7 en 12.

ouder heeft slechts een recht op persoonlijk contact (art. 374, § 1, 4de lid B.W.).

b. Verzoek van minstens één van beide ouders

47. De nieuwe wet bepaalt dat de rechter het gelijkmatig verdeelde verblijf slechts bij voorrang dient te onderzoeken, voor zover (minstens) één van de ouders dit vordert. Reeds in het wetsontwerp werd het gelijkmatig verdeeld verblijf slechts als referentiemodel naar voor geschoven voor zover “één van de ouders daarom verzoekt”. Men achtte het niet opportuun dat de rechter de oplossing van het verblijfsco-ouderschap zou opleggen als geen van beide ouders er voorstander van is.⁵⁹ Frappant is dat, luidens de toelichting bij het wetsontwerp, de rechter ook ambtshalve een verblijfsco-ouderschap zou kunnen opleggen indien beide ouders (enkel) het hoofdverblijf van het kind vorderen, en dit op basis van het adagium “*qui peut le plus, peut le moins*”. Er werd gesteld dat dergelijke beslissing niet in strijd zou zijn met het beschikkingsbeginsel⁶⁰, nu de rechter in een dergelijk geval de vordering van elk van beide ouders voor een gedeelte toewijst.⁶¹

48. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd opgeworpen dat niet valt in te zien waarom de rechtbank de mogelijkheid van een gelijkmatig verdeeld verblijf alleen maar zou kunnen onderzoeken op verzoek van één van de ouders; zij zou dit ook ambtshalve moeten kunnen doen.⁶² Een amendement dat ertoe strekte de ambtshalve oplegging van het gelijkmatig verdeeld verblijf mogelijk te maken werd evenwel zonder enige motivering verworpen.⁶³

49. Op grond van de tekst van de wet – zoals die uiteindelijk is gestemd – moet worden aangenomen dat indien geen van beide ouders, zelfs niet in ondergeschikte orde, het gelijkmatig verdeeld verblijf van het kind vordert, de rechter dit ook niet kan opleggen. Bijgevolg is de ambtshalve

⁵⁹ Parl. St. Kamer, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 12.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Zie N. DANDOY en F. REUSENS, “L’hébergement alterné à l’épreuve de la pratique judiciaire. Quatre arrondissements francophones sous la loupe”, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, (45) 47, i.h.b. voetnoot 9.

⁶² Parl. St. Kamer, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 66-67.

⁶³ Parl. St. Kamer, nr. 51-1673/007, Amendement nr. 23 (Wathelet); Parl. St. Kamer, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 11.

oplegging van een verblijfsco-ouderschap ook niet mogelijk in geval beide ouders (enkel) het hoofdverblijf van het kind vorderen. Het adagium “*qui peut le plus, peut le moins*” kan niet worden aangevoerd tegen een duidelijke wettekst (*Interpretatio cessat in claris*).

Ingeval evenwel één van de ouders in hoofdorde het hoofdverblijf vordert, en in subsidiaire orde een gelijkmatig verdeeld verblijf, dan vindt de nieuwe regeling wél toepassing⁶⁴ en dient de rechter de mogelijkheid van een regeling van strikt gelijk verdeeld verblijf wél bij voorrang te onderzoeken.

4. Praktische consequenties

50. Sinds de Wet van 18 juli 2006 is er in het Burgerlijk Wetboek een uitdrukkelijke wettelijke bepaling voorhanden die de rechter op rechtstreekse wijze een juridische grondslag biedt om een gelijkmatig verdeeld verblijf te bepalen. Het is m.a.w. niet meer nodig – en ook niet langer correct – om in geval van de toekenning aan de ouders van een verblijfsco-ouderschap, aan de ene ouder het hoofdverblijf toe te kennen en aan de andere ouder een bijkomend verblijf gedurende de helft van de tijd.⁶⁵

51. Daarenboven staat het buiten kijf dat het gelijkmatig verdeeld verblijf kan worden opgedrongen wanneer één van beide ouders daar manifest niet mee akkoord gaat. Het loutere verzet van één ouder tegen een 50-50 regeling kan geen absolute belemmering meer vormen voor de organisatie van dergelijke verblijfsregeling. Bijgevolg kunnen rechters voortaan niet langer een vordering tot het bekomen van een gelijkmatig verdeeld verblijf afwijzen op de enkele grond dat de ouders het daarover niet eens zijn.

52. De Wet van 18 juli 2006 brengt geen enkele wijziging aan in de verplichting voor de rechter om *in elk geval* de plaats te bepalen waar het kind in het bevolkingsregister wordt ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf (zie art. 374, (thans § 1), 5de lid B.W.). Bijgevolg moet ook

⁶⁴ In die zin ook: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 12 (2de alinea *in fine*).

⁶⁵ P. SENAËVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 125, nr. 29.

in elke rechterlijke beslissing tot een gelijkmatig verdeeld verblijf de ouder worden aangewezen bij wie het kind zal worden gedomicilieerd. Het is evident dat, ook zonder dat de wet dat uitdrukkelijk stelt, het kind slechts op één adres in de bevolkingsregisters kan worden ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf. Hiermee wordt dan niet de woonplaats in de civielrechtelijke betekenis bedoeld (zie art. 108 B.W.), maar wel de woonplaats van het kind in de zin van artikel 36 Ger.W.⁶⁶ Ingeval de partijen verscheidene kinderen hebben, lijkt het evenmin te verantwoorden dat ze op een verschillend adres in de bevolkingsregisters zouden worden ingeschreven als de op hen toepasselijke regeling van gelijkmatig verdeeld verblijf exact dezelfde is.⁶⁷ Voor de aanduiding van de inschrijving van de kinderen in de bevolkingsregisters kan de rechter in voorkomend geval o.m. rekening houden met fiscale overwegingen.

B. Mogelijkheid van het opleggen van een ongelijk verdeeld verblijf

53. Van de andere kant heeft de wetgever zich bij de vooropstelling van het verblijfsco-ouderschap als wetgevend model zeer pragmatisch opgesteld. Hij was er zich terdege van bewust dat een 50-50 verblijfsregeling voor vele ouders niet vanzelfsprekend is en in heel wat gevallen op praktische bezwaren stuit. De nieuwe wet laat de rechter dan ook uitdrukkelijk toe om een verblijfsregeling vast te leggen waarbij aan de ene ouder het hoofdverblijf en aan de andere ouder een bijkomend verblijf wordt toegekend indien hij van oordeel is dat de door één van de ouders gevraagde regeling van strikt gelijk verdeeld verblijf niet de meest passende oplossing is (art. 374, § 2, 3de lid B.W.).

54. Al in het oorspronkelijke wetsontwerp werd bepaald dat de rechter, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, zou kunnen afwijken van het referentiemodel van het gelijkmatig verdeeld verblijf.⁶⁸ Er werd voorgesteld in de wet geen lijst van contra-indicaties op te nemen, teneinde aan de rechter de vrijheid te laten om deze *in concreto* te bepalen.

⁶⁶ Zie B. POELEMANS, “De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag”, in P. SENAEVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht. Commentaar op de Wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 99, nr. 159.

⁶⁷ Zie P. SENAEVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 125, nr. 29.

⁶⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, 27, voorgesteld art. 2.

In de toelichting bij het wetsontwerp werden wel – te exemplatieve titel – een aantal factoren opgesomd die de rechter kunnen beïnvloeden in zijn oordeel om te besluiten dat het gelijkmatig verdeeld verblijf niet de meest aangewezen formule is.⁶⁹

De idee om in de wet wél expliciet een lijst van criteria voorop te stellen, is nochtans ter sprake gekomen tijdens de parlementaire voorbereiding. Een amendement dat ertoe strekte om objectieve redenen in te lassen op basis waarvan de rechter in een bepaalde zaak van het gelijkmatig verdeeld verblijf zou kunnen afwijken⁷⁰, werd naderhand ingetrokken.⁷¹ Andere amendementen die beoogden in de wet een niet-exhaustieve lijst van criteria voorop te stellen waarop de rechter zich zou kunnen steunen om al dan niet een verblijfsco-ouderschap op te leggen⁷², werden verworpen.⁷³ Terecht achtte de wetgever het inlassen in de wet van dergelijke criteria niet opportuun. Het gaat hier immers om elementen die elke rechter bij de beslechting van een geschil inzake verblijf in rekening kan brengen, ook al staan ze niet uitdrukkelijk vermeld in de wet.

In een ander amendement werd dan weer voorgesteld om geen lijst van criteria in de wet op te nemen teneinde de beoordelingsvrijheid van de magistraten niet te beperken, maar wél te bepalen dat de rechter de vordering aangaande de verblijfsregeling beoordeelt “aan de hand van de toetsing van de attitude- en omkaderingsvoorwaarden”. Deze ruime begrippen zouden de rechter de mogelijkheid bieden om rekening te houden met zowel subjectieve als objectieve criteria.⁷⁴ Dit amendement werd naderhand ingetrokken.⁷⁵

55. Aldus moet het in de wet vooropgestelde model zeer soepel worden opgevat: *enerzijds* kan de rechter in het licht van de concrete omstandigheden van elk individueel geval nog steeds beslissen er van af te wijken, *anderzijds* heeft de wetgever doelbewust geen factoren vooropgesteld aan

⁶⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 12.

⁷⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 13 (Swennen).

⁷¹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 11.

⁷² *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 7 (Verherstraeten) en 1673/006, Amendement nr. 21 (Wathelet); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/2, Amendement nr. 2 (Nyssens) en 1645/3, Amendement nr. 11 (H. Vandenberghe).

⁷³ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 11.

⁷⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/007, Amendement nr. 22 (Taelman).

⁷⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 11.

de hand waarvan de rechter een vordering tot het bekomen van een gelijkmatig verdeeld verblijf moet beoordelen. Het besluit is dan ook dat de rechter die zich moet uitspreken in een geschil inzake verblijf net zoals vóór de Wet van 18 juli 2006 een zeer ruime beoordelingsvrijheid heeft om een door één van de ouders gevraagde 50-50 verblijfsregeling al dan niet op te leggen.

56. In de praktijk blijft de cruciale vraag of een 50-50 verblijfsregeling *in concreto* al dan niet is aangewezen. Aan de hand van een analyse van (relevant gebleven) rechtspraak uit de periode 2000-2006 worden hieronder – uiteraard louter exemplatief – een aantal factoren aangegeven waarop de rechter zich kan steunen om een verblijfsco-ouderschap in een concreet geval al dan niet op te leggen.⁷⁶

– Eén van de fundamentele voorwaarden voor het welslagen van een 50-50 verblijfsregeling is dat er nog een *dialogue mogelijk is tussen beide ouders*. Dit betekent evenwel niet dat er tussen de ouders nog een goede verstandhouding moet bestaan. Illustratief in dit verband is een uitspraak van de Jeugdrechtbank te Charleroi, waarin geoordeeld werd dat het feit dat de ouders zich niet “bijster goed” met elkaar verstaan, geen belemmering vormt om het gelijkmatig verdeeld verblijf toe te kennen, al werd wel gewezen op de wenselijkheid van een dialoog.⁷⁷ De regeling van een strikt gelijk verdeeld verblijf veronderstelt wel dat ouders erin slagen hun ouderschap als dusdanig te beleven en dit los te koppelen van hun ex-partnerschap. Ingeval beide partijen zich in een zodanige conflictsituatie bevinden dat tussen hen geen enkele dialoog denkbaar is over dagdagelijkse praktische items (vervoer, kleding, hobby’s) en over de concrete organisatie van het gelijkmatig verdeelde verblijf, moet deze formule worden uitgesloten.⁷⁸ Overigens is de kans reëel dat dergelijke verblijfsrege-

⁷⁶ Voor een rechtspraakoverzicht inzake de verblijfsregeling voor de periode 1995-2000, zie G. VERSCHULDEN, “Ouderlijk gezag en omgangsrecht”, in G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN en G. VERSCHULDEN, “Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht 1995-2000”, *T.P.R.* 2001, (1928) 1937-1947. Bijzonder interessant zijn ook de resultaten van een – temporeel en territoriaal beperkt – onderzoek naar de concrete toepassing van het gelijkmatig verdeeld verblijf, zie daarvoor N. DANDOY en F. REUSENS, “L’hébergement alterné à l’épreuve de la pratique judiciaire. Quatre arrondissements francophones sous la loupe”, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 45-99.

⁷⁷ Jeugdrb. Charleroi 15 december 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 209.

⁷⁸ Zie Antwerpen 3 april 2001, *A.J.T.* 2001-02, 794; Jeugdrb. Nijvel 17 oktober 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 190.

ling de conflicten tussen ouders nog aanscherpt en de kinderen er noodzakelijkerwijze worden in ondergedompeld.⁷⁹

In deze context kan nog worden benadrukt dat de noodzaak tot dialoog als voorwaarde om een 50-50 verblijfsregeling te doen slagen niet veronderstelt dat de beide ouders instemmen met dergelijke regeling; met de Wet van 18 juli 2006 staat immers vast dat een strikt gelijk verdeeld verblijf tegen de wil van een ouder in kan worden opgelegd. Omgekeerd is bij gebrek aan een akkoord wel een minimum aan dialoog noodzakelijk. Nochtans is het niet denkbeeldig dat het gebrek aan communicatie enkel en alleen te wijten is aan de kwade wil in hoofde van één van de ouders die er juist op gericht is dit type van verblijfsregeling te willen vermijden. M.i. kan een strikt verblijfsco-ouderschap niet systematisch worden geweerd op de enkele grond van onwil in hoofde van één van de ouders; er anders over oordelen zou tot pervers gevolg hebben dat de onwillige ouder die door zijn weigering tot dialoog het belang van het kind en het belang van de andere ouder miskent, daarvoor wordt beloond.⁸⁰

– Noodzakelijk lijkt echter wel dat de ouders *geen onverenigbare visie* hebben *op de opvoeding van de kinderen*. Teneinde het psychologische evenwicht van het kind niet te verstoren, verdient het aanbeveling de opvoedingsmethodes en huisregels enigszins op elkaar af te stemmen.⁸¹ Cultuurverschillen tussen de ouders of verschillende levensbeschouwelijke standpunten mogen op zichzelf echter geen reden zijn om een gelijkmatig verdeeld

⁷⁹ Zie Luik 29 oktober 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 152.

⁸⁰ In die zin ook: Jeugdrb. Dinant 10 december 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 198; Luik 29 maart 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 169; Bergen 7 april 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 1160, waar letterlijk wordt overwogen: “(...) *de verstandhouding tussen de ouders als een essentiële en voorafgaande voorwaarde beschouwen voor een verblijfsco-ouderschap vloeit voort uit een ongepaste demarche voor zover zij de ouder die zich tegen de invoering van een dergelijke regeling verzet, ertoe zou kunnen aansporen hardnekkig te blijven volharden in een principieel vijandige en negatieve houding. Aangezien partijen over zekere opvoedkundige bekwaamheden beschikken en blijk geven van een diepe verbondenheid met hun zoon, moeten deze kwaliteiten hen toestaan hun vroegere rancunes te overwinnen* (...)”.

⁸¹ Zie Jeugdrb. Nijvel 10 december 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 205, waar de rechter oordeelde dat een regeling van gelijk verdeeld verblijf – spijtig genoeg – moet worden afgewezen wanneer de sterk verschillende levenswijzen van de ouders, die aan de kinderen worden opgelegd bij elke wisseling van verblijf, hun onveiligheidsgevoel kunnen doen toenemen en zodanig veel energie vergen om zich aan te passen, dat zij zich in de eerste contacten met de andere ouder moeilijk op hun eigen noden kunnen concentreren.

verblijf uit te sluiten. Verschillen kunnen precies een bron van verrijking inhouden voor het kind.⁸²

– Ook *de houding van de ouders tegenover elkaar* kan een rol spelen. Zo oordeelde de kortgedingrechter te Nijvel dat, in een geval waar de vader volledig was uitgesloten uit het leven van de moeder en dat van de kinderen die hun nood hadden uitgedrukt over hun gebrek aan communicatie met hem, het hoogdringend was hem zijn plaats terug te geven en hem in staat te stellen opnieuw zijn vaderrol op te nemen die onontbeerlijk is voor de harmonieuze ontwikkeling van hun persoonlijkheid; een gelijkmatig verdeeld verblijf zou deze vader dan ook toelaten opnieuw een verrijkend contact met hen op te bouwen.⁸³ In dezelfde zin achtte dezelfde kortgedingrechter een 50-50 verblijfsregeling aangewezen, nu het hoogdringend was aan de vader, tegenover wie de moeder uiterst denigrend deed, de plaats terug te geven van een vader die waardig zijn vaderrol kan spelen.⁸⁴

– Het gelijkmatig verdeeld verblijf is slechts een werkbare oplossing *indien de woonplaatsen van beide ouders niet te ver uit elkaar liggen*, zodat het kind dezelfde onderwijsinstelling kan blijven bezoeken, zijn vriendenkring kan behouden en zijn buitenschoolse activiteiten kan voortzetten. Nochtans kan de grote geografische afstand tussen de woonplaatsen van de ouders gerelativeerd worden in gevallen waarin een verblijfsco-ouderschap duidelijk het belang van het kind dient. In die optiek achtte de kortgedingrechter te Nijvel de voortzetting van een regeling van gelijk verdeeld verblijf aangewezen ondanks de verhuis van de moeder van Gembloux naar Virton.⁸⁵ In een geval waarin de moeder van Chastre naar Brussel verhuisde achtte de Jeugdrechtbank te Nijvel de voortzetting van een 50-50 verblijfsregeling daarentegen niet mogelijk; ze bepaalde het hoofdverblijf bij de moeder, nu de beslissing tot verhuizing niet ongerechtvaardigd was en niet

⁸² Jeugdrrb. Luik 2 april 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 218. Cf. ook Kort Ged. Rb. Charleroi 4 juni 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 246, waar de rechter oordeelde dat voorlopig een verblijfsco-ouderschap moest worden bepaald aangezien de kinderen samen met hun vader inwoonden bij zijn familie die getuige van Jehova waren; er moest worden vermeden dat zij in hoofdzaak in dit milieu zouden verblijven, zodat zij kunnen blijven openstaan voor andere levensopvattingen.

⁸³ Kort Ged. Rb. Nijvel 25 juni 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 256.

⁸⁴ Kort Ged. Rb. Nijvel 30 januari 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 214.

⁸⁵ Kort Ged. Rb. Nijvel 19 september 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 183.

was ingegeven met het doel te schaden, en het kind daarenboven in het dagdagelijks leven het dichtst bij zijn moeder stond.⁸⁶

Overdreven gependel naar en van school wordt zo veel mogelijk vermeden. In een geval waarin de afstand van school tot de woonplaats van de vader 33 kilometer bedroeg, ging de Jeugdrechtbank te Antwerpen niet in op zijn vraag tot wijziging van de klassieke weekend- en vakantieregeling (zoals opgenomen in de overeenkomsten voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming) in een gelijkmatig verdeeld verblijf om reden dat de langere verplaatsing van en naar school in de week dat de kinderen bij hun vader verblijven, hen zou kunnen verstoren.⁸⁷

– *De beschikbaarheid van de ouders* is een noodzakelijke – doch uiteraard geen voldoende – voorwaarde voor een succesvol verblijfsco-ouderschap. Deze voorwaarde mag evenwel niet restrictief worden geïnterpreteerd: het feit dat één van de ouders een beroepsactiviteit uitoefent en de andere niet, mag geen determinerend element vormen om het gelijkmatig verdeeld verblijf af te wijzen. Het moet gaan om een ernstig onevenwicht in de tijd die elk van beide ouders voor het kind kan vrijmaken.⁸⁸ Voor zover vaststaat dat een niet-samenlevende ouder over de vereiste opvoedkundige vaardigheden beschikt en volop zijn ouderrol wil uitoefenen, kan het gegeven dat hij de hulp moet inroepen van een derde (oppas, nieuwe partner of zijn eigen ouders) niet in rekening worden gebracht⁸⁹; ook samenlevende ouders die buitenshuis werken moeten immers de nodige maatregelen nemen om hun kinderen op te vangen. In een geval waarin de vader vanwege zijn bijzonder tijdrovende professionele activiteiten veel minder beschikbaar was voor zijn kinderen dan de moeder en hij een deel van zijn opvoedkundige taken doorschoof naar zijn nieuwe partner, met wie de twee jonge dochters geen diepe affectieve band hadden, werd een wijziging van de in eerste aanleg bevolen 50-50 verblijfsregeling verantwoord geacht.⁹⁰

⁸⁶ Jeugdrb. Nijvel 5 september 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 179.

⁸⁷ Jeugdrb. Antwerpen 10 november 2006, 2006/JR/5857, *onuitg.*

⁸⁸ *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 12. In dezelfde zin: F. LABBE en C. MARINO, “Hébergement alterné de l’enfant: considérations”, *Div. Act.* 2004, (117) 118.

⁸⁹ Zie ook Luik 20 juni 2001, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 123; Luik 19 januari 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 162.

⁹⁰ Brussel 13 december 2001, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 128; aan de vader werd wel een ruim bijkomend verblijf toegekend om hem toe te laten een diepe en verrijkende relatie met zijn dochters te handhaven.

– Ook de *leeftijd van het kind* speelt dikwijls een grote rol.⁹¹ Een gelijkmatig verdeeld verblijf wordt doorgaans niet aangewezen geacht voor een kind jonger dan drie jaar, daar het te afhankelijk is van de zorg van de moeder en het een nog onvoldoende ontwikkelde persoonlijkheid heeft, waardoor het niet in staat is te beseffen dat het zijn moeder zeker nog zal terugzien.⁹² Nochtans moet er worden op gewezen dat het wetenschappelijke onderzoek met betrekking tot de invloed van de verschillende verblijfsregimes op de ontwikkeling van kinderen⁹³ niet ver gevorderd is, waardoor er in de wetenschappelijke wereld geen unanimité bestaat over de meest geschikte verblijfsregeling voor jonge kinderen. Het specifieke tijdsbesef van jonge kinderen is echter zonder twijfel een indicatie voor veelvuldige contacten van korte duur, in plaats van zeldzamere contacten van langere duur. Om die reden zal de rechter in de meeste gevallen slechts een verblijfsco-ouderschap willen toestaan als de kinderen al een paar jaar oud zijn. Nochtans zijn er ook andersluidende uitspraken terug te vinden.⁹⁴

– Uiteraard kan vanaf een bepaalde leeftijd rekening gehouden worden met *de mening van het kind* zelf. In dit verband kan worden aangestipt dat door de Wet van 18 juli 2006 geen enkele wijziging werd aangebracht in de verschillende regelingen inzake het horen van minderjarigen, namelijk resp. 56bis Jeugdbeschermingswet voor de jeugdrechtbanken en artikel 931, 3de-7de lid Ger.W. voor de andere gerechten. Bovendien blijft uiteraard de verplichting voor de rechter gelden die voortvloeit uit artikel 12.1 IVRK, om aan de mening van het door hem gehoorde kind een passend belang te hechten in overeenstemming met diens leeftijd en

⁹¹ Lees hierover: F. LABBE en C. MARINO, “Hébergement alterné de l’enfant: considérations”, *Div. Act.* 2004, (117) 119-121; J.-Y. HAYEZ en Ph. KINOO, “Hébergement alterné et autorité parentale conjointe”, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, (25) 32-34.

⁹² Zie o.m. Vred. Asse 8 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1275; Jeugdrb. Charleroi 26 december 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 211; Jeugdrb. Charleroi 5 april 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 222; Jeugdrb. Dinant 24 mei 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 241; Kort Ged. Rb. Luik 10 juni 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 253; Jeugdrb. Mechelen 24 november 2004, 2004/JR/2176, *onuitg.*; Bergen 19 april 2005, *J.L.M.B.* 2006, 1001; Brussel 22 april 2005, 2004/JR/12, *onuitg.*; in al deze gevallen werd het hoofdverblijf bij de moeder bepaald.

⁹³ Lees hierover: J.P. DE MAN, “L’intérêt de l’enfant en cas de séparation et de divorce”, in G. BOLIAU (ed.), *Divorce. Commentaire pratique*, Antwerpen, Kluwer, losbl., VIIIbis 5.1-5.7; E. BATCHY en Ph. KINOO, “Organisation de l’hébergement de l’enfant de parents séparés ou divorcés”, in G. BOLIAU (ed.), *Divorce. Commentaire pratique*, Antwerpen, Kluwer, losbl., VIIIbis 6.0-6.5.

⁹⁴ Zie Jeugdrb. Brussel 8 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 822; Jeugdrb. Charleroi 3 december 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 196. Cf. ook Kort Ged. Rb. Nijvel 30 januari 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 214; Jeugdrb. Luik 2 april 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 218.

maturiteit. Maar de rechter kan geen gelijkmatig verdeeld verblijf opleggen indien geen van beide ouders dit vordert, ook al zou dit de oprechte wens van het kind zijn.

– Ook de *huisvesting van de andere gezinsleden* kan een rol spelen bij de keuze van een geschikte verblijfsregeling. Niet zelden acht de rechtspraak het belangrijk dat kinderen die ooit één gezin vormden, verder samen kunnen opgroeien.⁹⁵

– Een voor de hand liggende factor die de rechter ertoe beweegt om het hoofdverblijf bij de ene ouder vast te leggen is de *onwaardigheid* in hoofde van de andere ouder.⁹⁶ Ook het feit dat één van beide ouders een manifest gebrek aan interesse voor het kind toont, kan de rechter logischerwijze doen besluiten om het gelijkmatig verdeeld verblijf af te wijzen en het hoofdverblijf bij de andere ouder te bepalen.

C. Bijzondere motiveringsverplichting

1. Een met bijzondere redenen omklede uitspraak

57. Naar luid van artikel 374, § 2, 4de lid B.W. moet de rechter oordelen bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, en rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak en de belangen van de kinderen en de ouders.

58. Deze bijzondere motiveringsplicht was niet terug te vinden in de oorspronkelijke versie van het wetsontwerp; er werd enkel bepaald dat de rechtbank, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, zou kunnen afwijken van het referentiemodel van het gelijkmatig verdeeld

⁹⁵ Zie Kort Ged. Rb. Charleroi 19 mei 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 239, waar de rechter een strikt gelijk verdeeld verblijf uitsprak voor vier kinderen, nu de ouders het al eens waren over deze formule voor de twee oudsten en de broers en zussen niet van elkaar mochten worden gescheiden, aangezien de grotere broers indien nodig hun kleinere zusjes zouden kunnen helpen. De rechter was van mening dat de relatief jonge leeftijd van de twee jongere kinderen – 9 jaar en 5 jaar – in dergelijke omstandigheden geen belemmering vormde. *Cf.* Jeugdrb. Luik 8 juni 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 250, waar de vordering van een vader tot het bekomen van een gelijkmatig verdeeld verblijf voor zijn twee dochters werd afgewezen, o.m. op grond van de overweging dat de oudste dit niet wenste en dat het niet in het belang van het jongste meisje was te worden gescheiden van haar zus waarmee zij bijna altijd heeft samengeleefd.

⁹⁶ *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 12.

verblijf.⁹⁷ Tijdens de parlementaire voorbereiding werden heel wat amendementen ingediend die ertoe strekten in de wet een speciale motiveringsverplichting in te voeren.⁹⁸ Sommigen waren van oordeel dat op die manier nattevingerwerk door de magistraat kon worden voorkomen⁹⁹, anderen achtten een bijzondere motiveringsplicht noodzakelijk opdat uit de beslissing van de rechter zou blijken dat hij het belang van het kind als eerste criterium in acht heeft genomen.¹⁰⁰

59. Uiteindelijk heeft de wetgever bepaald dat de rechter oordeelt bij een ‘*met bijzondere redenen omkleed vonnis*’. Volgens de minister van justitie wil men met deze notie algemene en abstracte motiveringen voorkomen en beoogt men de rechter te verplichten zijn beslissing te motiveren op basis van de concrete omstandigheden van het geding.¹⁰¹ Nochtans moet elke rechter op grond van artikel 149 van de Grondwet zijn beslissing motiveren op basis van de concrete omstandigheden van het geschil dat wordt beslecht; de formule van een ‘*met bijzondere redenen omkleed vonnis*’ voegt daar niets aan toe.

SENAEVE wijst er daarenboven op dat moeilijk een zelfde niveau van motivering kan worden verwacht in om het even welk geschil aangaande de verblijfsregeling. Is het geschil bv. beperkt tot het aanvangsuur van het verblijf van het kind bij één der ouders of tot de vraag wie het kind brengt/haalt, dan zal de motivering van de beslissing die dienaangaande wordt genomen uit de aard der zaak mindere diepgang kennen dan die aangaande de beslechting van een conflict waarbij de ene ouder een 50-50 verblijfsregeling vordert en de andere ouder meent dat hij zich tevreden moet stellen met een verblijf van één dag per 14 dagen zonder overnachting.¹⁰²

⁹⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, 27, voorgesteld art. 2.

⁹⁸ Zie *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 7 (Verherstraeten); *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 13 (Swennen); *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/006, Amendement nr. 21 (Wathelet).

⁹⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 13 (Swennen), Verantwoording.

¹⁰⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 7 (Verherstraeten), Verantwoording; zie ook 1673/006, Amendement nr. 21 (Wathelet).

¹⁰¹ *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 19.

¹⁰² P. SENAËVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 127, nr. 36.

2. In alle gevallen waarin over de verblijfsregeling uitspraak wordt gedaan

60. De wet leert ons dat de bijzondere motiveringsplicht *in ieder geval* speelt, dus niet alleen in het geval dat de rechter van het model van het gelijkmatig verdeeld verblijf afwijkt, maar evenzeer in het geval dat hij een strikt verblijfsco-ouderschap oplegt. Door uitdrukkelijk te bepalen dat de verplichting van omstandige motivering in ieder geval geldt, heeft de wetgever willen vermijden dat rechters het gelijkmatig verdeeld verblijf gemakshalve zouden opleggen zonder enige motivering. Een 50-50 verblijfsregeling heeft immers slechts kans op slagen indien een aantal randvoorwaarden vervuld zijn, zodat de rechter die logischerwijze ook dient op te nemen in zijn motivering.¹⁰³ Omgekeerd kan een eenvoudige verwijzing naar algemene bezwaren of principiële vooroordelen tegen de regeling van het strikt gelijk verdeeld verblijf evenmin volstaan om een vordering tot het bekomen van een 50-50 verblijfsregeling af te wijzen.

De uiteindelijke wettekst druist op dit vlak in tegen de duidelijke doelstelling van het wetsontwerp-Onkelinx om de rechter te verplichten prioritair de mogelijkheid van het gelijkmatig verdeeld verblijf te evalueren, waarbij hij (enkel) zou moeten verantwoorden waarom hij er in voorkomend geval niet toe beslist.¹⁰⁴ Ook in de toelichting bij het wetsontwerp werd uitdrukkelijk gesteld dat de rechter die van het wettelijke referentiemodel afwijkt, zijn beslissing omstandig zou moeten motiveren, maar niet omgekeerd.¹⁰⁵

In de definitieve tekst van artikel 374, § 2, 4de lid B.W. is dit uitgangspunt evenwel weggefallen. Dit betekent dus dat de rechter zich in geval van toekenning van het gelijkmatig verdeeld verblijf in een concreet geschil niet louter kan beperken tot de vaststelling dat dit het wettelijke model is; hij moet grondig motiveren waarom de door één van de ouders gevraagde 50-50 verblijfsregeling in het hem voorgelegde geval de meest passende oplossing is, wat impliceert dat uit zijn beslissing duidelijk moet blijken dat de randvoorwaarden voor de toepassing ervan zijn vervuld.

¹⁰³ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/012, (aangenomen) amendement nr. 37 (Taelman c.s.), Verantwoording; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 63.

¹⁰⁴ Reden waarom de vertegenwoordiger van de minister zich tegen de amendering verzette: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 63-64.

¹⁰⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 13.

61. Met deze amendering van het wetsontwerp is de wetgever ook afgeweken van de oorspronkelijke bedoeling van de initiatiefnemers om een omkering van bewijslast in te voeren, in die zin dat de ouder die een 50-50 verblijfsregeling vordert niet langer de gegrondheid ervan zou moeten aantonen, maar de ouder die zich daartegen verzet *in concreto* zou moeten bewijzen dat er een contra-indicatie voorhanden is.¹⁰⁶ In de optiek van de wetgever rust de bewijslast nog steeds op elk van beide partijen: de ouder die een strikt verblijfsco-ouderschap wenst, moet aantonen dat de voorwaarden daartoe vervuld zijn; de andere ouder die zich daartegen verzet moet bewijzen dat een regeling van strikt gelijk verdeeld verblijf tegenaangewezen is.¹⁰⁷

3. Belang van het kind en het belang van de ouders als wettelijke criteria

62. Opvallend is dat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat de rechter bij het nemen van een beslissing omtrent de verblijfsregeling van een kind niet enkel moet uitgaan van het belang van dat kind, maar ook van het belang van elk van de ouders. Op dit vlak is de Wet van 18 juli 2006 echt innovierend, doordat het belang van het kind niet langer het uitsluitende criterium is waarop de rechter zich kan steunen; het belang van het kind en de belangen van elk van beide ouders worden integendeel gelijkwaardige criteria.

63. Nergens in de parlementaire voorbereiding wordt uitsluitel gegeven over wat onder het belang van de ouders moet worden verstaan. Er valt te verwachten dat de beoordeling ervan neerkomt op de afweging van een aantal elementen zoals hun geschiktheid en beschikbaarheid, hun nieuwe gezinssituatie en hun professionele activiteiten.

D. Evaluatie

64. Met dit luik van de Wet van 18 juli 2006 heeft de wetgever komaf willen maken met het traditionele rollenpatroon van man en vrouw dat steunt op de idee dat vader en moeder geen gelijke en gelijkaardige taken

¹⁰⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 7 en 13.

¹⁰⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/012, (aangenomen) amendement nr. 37 (Taelman c.s.), Verantwoording; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 63.

kunnen vervullen en de opvoeding en de verzorging van de kinderen een wezenlijke taak is van de vrouw. Terecht ging de wetgever ervan uit dat, hoe verschillend de positie van vader en moeder in sommige opzichten ook is, er *a priori* geen enkele reden is om ervan uit te gaan dat beiden niet gelijkkelijk bekwaam zouden zijn hun verantwoordelijkheid t.a.v. hun kind op te nemen. Met het vooropstellen van de regeling van het strikt gelijk verdeeld verblijf als prioritair te onderzoeken verblijfsregeling wordt de principiële gelijkheid tussen beide ouders uitdrukkelijk erkend. Dat is ongetwijfeld een verdienste.

65. Het is onmiskenbaar zo dat het in de wet vooropgestelde model nogal wat problemen doet rijzen in de praktijk. Uit wat voorafging is echter gebleken dat hier zeker geen sprake is van een dictaat vanwege de wetgever, wel integendeel. Van de ene kant volgt uit de tekst van de wet een grote soepelheid om een door één der ouders gevraagde 50-50 verblijfsregeling niet op te leggen; van de andere kant kan de rechter een door één van beide ouders gevraagde 50-50 verblijfsregeling slechts toekennen als de randvoorwaarden daartoe vervuld zijn. Dat het strikt gelijk verdeeld verblijf als model in de wet werd vooropgesteld, neemt dus niet weg dat rechters bij de beslechting van een geschil inzake verblijf moeten afwegen of dergelijke regeling *in concreto* goed zal kunnen functioneren.

66. Het besluit is dan ook dat, hoewel diverse passages uit de parlementaire voorbereidingsstukken anders doen vermoeden, de nieuwe wet inhoudelijk niets wijzigt aan de voorheen bestaande situatie. Net als vroeger beschikt de rechter over een ruime beoordelingsvrijheid om *in concreto* de meest aangepaste verblijfsregeling op te leggen¹⁰⁸, waarbij hij – en dit is wel anders dan voorheen – niet alleen rekening moet houden met het belang van het kind, maar evenzeer met de belangen van elk van beide ouders. Aldus zal de wet de doelstelling zoals die aanvankelijk in de toelichting bij het wetsontwerp werd vooropgesteld, namelijk de onvoorspelbaarheid van de uitkomst van geschillen tussen ouders aangaande de verblijfsregeling van hun kind te verminderen¹⁰⁹, niet kunnen realiseren.

¹⁰⁸ Vgl. *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 22 (Cheffert), die ten onrechte voorhoudt dat deze wet de beoordelingsvrijheid van rechters beperkt.

¹⁰⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 4-5.

De nieuwe regeling moet veeleer worden beschouwd als wetgeving met een principiële signaalfunctie, die tot doel heeft duidelijk te maken hoe ouders die uiteengaan het verblijf van hun kind idealiter zouden moeten organiseren. Aldus wordt een mentaliteitswijziging beoogd, niet alleen bij rechtspraktizijnen, maar ook bij de ouders zelf opdat zij het principe zouden aanvaarden dat zij allebei principieel gelijkwaardig zijn en zich ook na hun scheiding allebei moeten blijven inzetten voor de dagelijkse opvang en verzorging van hun kinderen. Nochtans werd tijdens de voorbereidende werkzaamheden herhaalde malen benadrukt dat ouders die opteren voor een ander verblijfsregime dan het in de wet vooropgestelde model, geen schuldgevoelens hoeven te hebben.¹¹⁰

67. M.i. valt te verwachten dat vooral vaders graag gehoor zullen geven aan de oproep van de wetgever, terwijl moeders zich wellicht iets strijdlijstiger zullen opstellen. Er is immers vastgesteld dat de moeder vaak een schuldgevoel heeft ingeval haar het hoofdverblijf van het kind niet wordt toegekend en dit ziet als een bevestiging van het feit dat zij geen goede moeder is.¹¹¹ Dit zal waarschijnlijk tot gevolg hebben dat er op korte termijn meer geschillen bij de rechtbank aanhangig gemaakt zullen worden waarbij (veelal) de vader een strikt gelijk verdeeld verblijf vraagt en de moeder toch blijft vasthouden aan een klassieke weekend- en vakantieregeling. Uit de toelichting bij het wetsontwerp blijkt nochtans duidelijk dat het de bedoeling was het aantal gerechtelijke procedures inzake de verblijfsregeling te doen afnemen.¹¹² Deze doelstelling zal dus waarschijnlijk niet op korte termijn kunnen worden bereikt, maar als de beoogde mentaliteitswijziging zich zou doorzetten, zou dit in de toekomst mogelijks wel tot meer akkoorden en minder gerechtelijke procedures kunnen leiden.¹¹³

¹¹⁰ Zie o.m. *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 16.

¹¹¹ Zie A. DE WOLF, "Ouderlijk gezag na echtscheiding: gezamenlijke gezagsuitoefening en gelijkverdeeld verblijf", *E.J.* 2005, (91) 93, nr. 5 met verwijzing in voetnoot 17.

¹¹² *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 4-5.

¹¹³ Vgl. P. SENAEVE en H. VANBOCKRIJCK, "De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang", *E.J.* 2006, (117) 130, nr. 45.

E. Overgangsrecht

68. De Wet van 18 juli 2006 bevat geen specifieke overgangsbepalingen, zodat moet worden teruggегреpen naar de algemene beginselen van overgangsrecht.

Op grond van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet grijpt deze onmiddellijk in op de onder de nieuwe wet voortdurende rechtsgevolgen van de onder de oude wet tot stand gekomen rechtsverhoudingen. Concreet impliceert dit dat de nieuwe bepalingen van artikel 374, § 2 B.W. sinds 14 september 2006 ook gelden voor de ouder/kindrelaties die al bestonden vóór de inwerkingtreding van de Wet van 18 juli 2006.

De rechter dient uitspraak te doen op grond van de nieuwe regels in gedingen ingeleid vanaf 14 september 2006, alsook in procedures ingeleid vóór 14 september 2006, waarin vóór die datum nog geen uitspraak was gedaan.

69. Ingeval er vóór 14 september 2006 al een uitspraak was gevelde, maar deze niet in kracht van gewijsde was getreden, dient ook de rechter die sinds 14 september 2006 uitspraak dient te doen op verzet resp. hoger beroep te oordelen op basis van de nieuwe regels, en dit op grond van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet.

70. Ingeval er op 14 september 2006 al een in kracht van gewijsde getreden uitspraak was, kan de inwerkingtreding van de Wet van 18 juli 2006 niet worden aangegrepen als gewijzigde omstandigheid die als dusdanig zou volstaan om vanwege de rechter een wijziging te bekomen van de voorheen opgelegde verblijfsregeling.¹¹⁴ De rechter kan immers enkel in geval van werkelijk gewijzigde omstandigheden een wijziging aanbrengen in zijn voorheen gewezen beslissing, zoniet handelt hij in strijd met het gezag van gewijsde dat aan zijn vroegere uitspraak kleeft. Aldus moet een ouder die een wijziging wenst van de voorheen opgelegde verblijfsregeling effectief aantonen dat er gewijzigde omstandigheden

¹¹⁴ Zie ook *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 29, Verklaring van de minister van Justitie.

Deel I. Het verblijfsco-ouderschap als prioritair te onderzoeken verblijfsregeling

voorhanden zijn en in dat geval dienen uiteraard de nieuwe bepalingen van artikel 374, § 2 B.W. te worden toegepast.¹¹⁵

¹¹⁵ Vgl. P. SENAEVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 131, nr. 47.

DEEL II.
DE FISCAALRECHTELIJKE ASPECTEN
VAN CO-ouderschap

CATHLEEN AERTS

Assistente Personen- en familierecht
K.U.Leuven



HOOFDSTUK I.

SCHETS VAN DE PROBLEMATIEK

§ 1. INLEIDING

71. Bij het stuklopen van de relatie tussen ouders wordt steeds meer belang gehecht aan het behoud van de relaties tussen elk van beide ouders en hun gemeenschappelijke kinderen. Ook in de wetgeving vindt deze tendens weerklank.

In 1995 opteerde de wetgever er immers voor om de niet-samenlevende ouders niettemin in beginsel het ouderlijk gezag over hun kinderen, gezamenlijk te laten uitoefenen.¹

Iets meer dan een decennium later, is de wetgever nog een stapje verder gegaan.² Het nieuw ingevoerde artikel 374, § 2 B.W. stelt immers dat, wanneer ouders gezamenlijk het ouderlijk gezag over hun kinderen uitoefenen een geschil met betrekking tot het verblijf van hun kinderen aan de rechter voorleggen én één van hen erom verzoekt, de rechter eerst de mogelijkheid van de gelijkmatige verdeling van het verblijf van het kind dient te onderzoeken. De wetgever spreekt hier dus duidelijk zijn voorkeur uit voor het behoud van de familiale banden tussen beide ouders en hun gezamenlijke kinderen.

72. De fiscale aspecten van co-ouderschapsregelingen bleven echter tot voor kort een zwarte plek in het beleid gericht op de stimulering van het behoud van deze banden. Het fiscale recht was immers grotendeels onaangepast aan de idee van alternerende verblijfsregelingen én de reeds doorgevoerde aanpassingen waren, zoals hierna zal blijken, niet adequaat wegens de rechtsonzekerheid die ze bevatten en wegens de nadelen ingevolge de toepassing van deze maatregelen. De Wet van 27 december 2006³ voert een aantal wijzigingen door aan het W.I.B. om deze moeilijke

¹ Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *B.S.* 3 juni 1995.

² Wet 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen ten uitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, *B.S.* 4 september 2006.

³ Wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I), *B.S.* 28 december 2006, 3de ed.

den uit de weg te ruimen. Deze wijzigingen treden in werking vanaf aanslagjaar 2008 (= inkomstenjaar 2007).⁴

Deze bijdrage bevat een analyse van de nieuw gecreëerde fiscale situatie in het licht van de daarvoor bestaande situatie met het oog op het beoordelen of de wetgever zijn doel bereikt heeft.

§ 2. IMPACT VAN CO-ouderschap

73. De verblijfsregeling van een kind speelt immers een primordiale rol bij het al dan niet verkrijgen van een aantal fiscale voordelen die samenhangen met het hebben van en het zorgen voor kinderen. Onderhoudsuitkeringen die een ouder betaalt ten bate van zijn kind, zijn immers maar aftrekbaar in zoverre ze uitbetaald worden aan personen die geen deel uitmaken van zijn gezin (art. 104, 1° en 2° W.I.B.).

Daarnaast kan een kind slechts als ten laste van een belastingplichtige beschouwd worden indien het deel uitmaakt van het gezin van deze belastingplichtige op 1 januari van het betreffende aanslagjaar (art. 136 W.I.B.).

A. Begrip gezinsvorming

74. Onder gezin wordt, voor de toepassing van beide bepalingen, een feitelijke situatie gekarakteriseerd door het samenleven en samenwonen verstaan. Gezinsvorming sluit echter niet uit dat het gemeenschappelijke leven tijdelijk onderbroken kan worden.⁵

Kinderen die afwisselend bij elk van beide ouders verblijven, zouden volgens deze definitie tot de gezinnen van elk van beide ouders kunnen behoren. Niettemin zijn rechtspraak⁶ en administratie⁷ van oordeel dat een kind fiscaal gezien slechts deel kan uitmaken van één gezin.

⁴ Art. 289 Wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I), B.S. 28 december 2006, 3^{de} ed.

⁵ Cass. 5 mei 1977, *T.Not.* 1979, 267 en *Rev.not.b.* 1980, 55; Cass. 17 september 1982, *Pas.* 1983, I, 74; Cass. 25 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1379; Bergen 14 februari 1985, *F.J.F.* 1985, 197; Brussel 3 november 1987, *F.J.F.* 1988, 249; Luik 29 juni 1988, *Bull.Bel.* 1989, 1536; Antwerpen 30 juni 1998, *F.J.F.* 1999, 106; Com. Ib. 1992 nr. 136/6 en 136/16; ComIb 136/6 en 104/13.

⁶ Cass. 6 november 1956, *Arr.Cass.* 1957, 158.

⁷ Com.Ib. 136/61.2.

B. Vaststelling gezinsvorming

1. Door uitspraak of overeenkomst

75. Een kind kan dus niet door beide ouders ten laste genomen worden.⁸ Dat betekent dat dient te worden nagegaan tot welk gezin een kind behoort.

Wanneer de rechter een gelijkmatig verdeeld verblijf oplegt, kan hij bepalen dat één van beide ouders het kind ten laste zal nemen.⁹ In de rechtspraak wordt aanvaard dat zulke uitspraak bindend is.

Hetzelfde geldt voor de aanduiding van de ouder die het kind ten laste mag nemen in het kader van een akkoordvonnis.¹⁰ Zulk vonnis bevat immers een akkoord tussen partijen zodat deze er later niet meer op terug kunnen komen.

Op basis van deze redenering van het Hof van Beroep te Antwerpen kan ook beargumenteerd worden dat in geval van gelijkmatig verdeeld verblijf akkoorden tussen ouders met betrekking tot wie van hen het kind ten laste zal nemen, bindend moeten worden geacht. Ook hier is er immers sprake van een akkoord tussen de belastingplichtigen.

2. Uit de feitelijke omstandigheden

76. Bij gebrek aan zulke bepaling werd er in gevallen van gelijkmatig verdeeld verblijf traditioneel van uit gegaan dat het kind deel uitmaakt van het gezin van de ouder bij wie het gedomicilieerd is.¹¹ In zijn arrest van 19 november 2001 haalde het Hof van Cassatie¹² deze stellingname onderuit. Het Hof stelde immers dat, wanneer ouders een beurtelings

⁸ *Vr. en Antw.* Kamer 1988-89, 4 april 1989, 4097 (Vr. nr. 192 VOGELS); *Vr. en Antw.* Kamer 1995-96, 27 december 1995, 1574 (Vr. nr. 137 VALKENIERS); *Vr. en Antw.* Kamer 1998-99, 19 september 1998, 20630 (Vr. nr. 1486 DEMOTTE); Brussel 26 september 1997, *E.J.* 1998, 40-41 en *Div.Act.* 1998, 56-57; Brussel 16 maart 1993, *Bull.Bel.* 1995, 1240; F. JACOBS, "Kinderen ten laste bij echtscheiding- Co-ouderschap", *T.F.R.* 2000, 460; I. VAN DE WOESTEYNE, "Kinderen ten laste bij co-ouderschap", *E.J.* 1998, 42; J. VAN LANGENDONK, "Quand un enfant est-il à charge", *R.G.F.Act.* 1996, afl. 23, 7.

⁹ Brussel 16 maart 1993, *Bull.Bel.* 1995, nr. 749, 1242.

¹⁰ Antwerpen 21 december 1999, *T.F.R.* 2000, 459, noot F. JACOBS.

¹¹ *Vr. en Antw.* Kamer 1988-89, 4 april 1989, 4097 (Vr. nr. 192 VOGELS); Brussel 16 maart 1993, *Bull.Bel.* 1995, nr. 749, 1240-1244; Brussel 26 september 1997, *E.J.* 1998, 40-41 en *Div.Act.* 1998, 56-57; Com. Ib. 1992, nr. 136/61; L. MAES, "Co-ouderschap, wettelijk genotsrecht en kinderen ten laste", *Fiscoloog* 1995, 5; J. VAN LANGENDONK, "Quand un enfant est-il à charge", *R.G.F.Act.* 1996, afl. 23, 7.

¹² Cass. 19 november 2001, *Div. Act.* 2003, 108, noot J.-E. BEERNAERT.

“hoederecht” hebben over de kinderen, de rechter niet louter op basis van de domiciliëring van de kinderen bij een van beide ouders de andere ouder het recht mag ontzeggen om deze kinderen ten laste te nemen.

Het Hof brengt hier dus de functie van de domiciliëring als *tie-breaker rule* in het gedrang. Het steunt hierbij op de vaststelling dat het element domiciliëring niet voorkomt in de traditionele omschrijving van het begrip gezin.

Dat betekent dat ook in geval van gelijkmatig verdeeld verblijf op basis van feitelijke elementen dient te worden vastgesteld van welk gezin het kind deel uitmaakt.

De vraag rijst dan ook op basis van welke elementen dit oordeel dient te worden gegrond. In geval van gelijkmatig verdeeld verblijf lijkt het immers moeilijk vast te stellen tot wiens gezin het kind behoort.

77. J.-E. BEERNAERT¹³ leidt uit dit arrest van het Hof van Cassatie af dat het hof van oordeel is dat de tenlasteneming van het kind slechts afhankelijk is van het feitelijk deel uitmaken van het kind in het gezin van één van de ouders op 1 januari van het aanslagjaar. Onder feitelijk deel uitmaken van een gezin verstaat hij in deze context de louter fysieke aanwezigheid van de kinderen op 1 januari van het aanslagjaar.

Deze aanwezigheid wordt volgens hem door het Hof van Cassatie naar voren geschoven als nieuwe *tie-breaker* in geval van gelijkmatig verdeelde huisvesting. Hij vraagt zich zelfs af of de aanwezigheid van de kinderen wier verblijf op een ongelijkmatige wijze verdeeld is over beide ouders, ook determinerend zal zijn voor de ten lastenneming van deze kinderen. Op basis van deze lezing van boven genoemd arrest zet hij zich sterk af tegen de inhoud ervan.

Zijn lezing lijkt echter niet accuraat. Het arrest van 19 november 2001 bevat mijns inziens geen aanzet tot invoering van een nieuwe *tie-breaker rule*. Het arrest hecht ook nergens enig belang aan de feitelijke verblijfplaats van de kinderen op 1 januari van het aanslagjaar. Het arrest wijst daarentegen op de klassieke definitie van het begrip gezin als de feitelijke toestand van samenleven en samenwonen los van eventuele onderbrekingen. Binnen deze definitie is het perfect denkbaar dat een kind op 1 januari van het

¹³ J.-E. BEERNAERT, “Hébergement alterné et abattement fiscal pour enfants à charge”, *Div.Act.* 2003, 111.

aanslagjaar fysiek bij zijn vader verblijft en niettemin deel blijft uitmaken van het gezin van zijn moeder. Een kind kan immers de toestand van feitelijke samenleving en samenwoning tijdelijk onderbreken om Nieuwjaar te vieren met de andere ouder. Deze redenering geldt zowel voor kinderen wier verblijf gelijkmatig verdeeld is als voor andere kinderen.

78. De door J.-E. BEERNAERT gesuggereerde nieuw ingevoerde *tie-breaker rule* kan dus niet worden aanvaard. Dat betekent dat er thans een grote rechtsonzekerheid bestaat omtrent de vraag naar elementen op basis waarvan dient te worden geoordeeld tot welk gezin een kind behoort.

Deze rechtsonzekerheid zal vooral spelen in gevallen van gelijkmatig verdeelde huisvesting. Het is in dergelijke gevallen immers inherent moeilijk om op basis van feitelijke elementen uit te maken met welk gezin het kind de nauwste banden heeft en tot welk gezin het kind bijgevolg dient te worden gerekend. Administratieve formaliteiten kunnen hierbij in rekening worden gebracht, maar zijn geenszins van doorslaggevend belang.¹⁴

¹⁴ C. AERTS, "Fiscaalrechtelijke aspecten" in P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, p. 115, nr. 218 en de daar opgenomen referenties.



HOOFDSTUK II. VERDELINGSMOGELIJKHEDEN

§ 1. SCHETS

79. De toewijzing van een kind aan het gezin van een ouder zorgt ervoor dat de andere ouder in beginsel alle fiscale voordelen verbonden aan het hebben van een kind ten laste misloopt. Hij kan immers geen aanspraak maken op de verhoging van de belastingvrije som omschreven in artikel 132 W.I.B. Ook de fiscale voordelen opgesomd in de artikelen 133, 134 en 135 W.I.B. kan deze ouder niet genieten.

Dit wordt soms gezien als onrechtvaardig omdat, met name in gevallen van gelijkmatig verdeeld verblijf, beide ouders in gelijke mate de lasten van het kind dragen.¹⁵ De wetgever heeft artikel 132bis in het W.I.B. ingevoerd met het oog op de beëindiging van deze onrechtvaardigheid.¹⁶

80. In zijn oorspronkelijke vorm vertoonde dit artikel een aantal tekortkomingen. Deze tekortkomingen heeft de wetgever trachten uit de weg te ruimen door artikel 132bis W.I.B., krachtens artikel 279 van de wet houdende diverse bepalingen¹⁷, te vervangen door een volkomen nieuw artikel en door een aantal gerelateerde bepalingen te wijzigen.

Deze nieuwe bepalingen worden hierna geschetst in het licht van het oude artikel 132bis W.I.B. met het oog op de verduidelijking van de weergave van welke elementen gewijzigd werden en welke elementen werden behouden.

Het oude artikel 132bis W.I.B. stelde dat “ *Wanneer de vader en de moeder van een of meer kinderen ten laste, recht gevende op de toeslagen vermeld in artikel 132, eerste lid, 1° tot 5°, geen deel uitmaken van hetzelfde gezin, maar gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen over hun gemeenschappelijke kinderen en er het gezamenlijke hoederecht over hebben, worden de in voormeld artikel bedoelde toeslagen waarop die kinderen recht geven, verdeeld over de beide ouders, op voorwaarde dat zij daartoe gezamenlijk een schriftelijke aanvraag indienen die bij hun aangifte van de inkomstenbelastingen dient te worden gevoegd...*”

¹⁵ J.P. BOURS, “Les conséquences fiscales du divorce”, *R.G.F.* 1992, 111.

¹⁶ *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 2073/6,1; *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 2073/1, 2.

¹⁷ Wet 27 december 2006 houdende de divers bepalingen, *B.S.* 28 december 2006.

In zijn nieuwe variant wordt dat: *“De toeslagen bedoeld in artikel 132, eerste lid, 1° tot 6°, worden verdeeld over twee belastingplichtigen die geen deel uitmaken van hetzelfde gezin maar samen het ouderlijk gezag uitoefenen over één of meer kinderen ten laste die recht geven op de bovenvermelde toeslagen en waarvan de huisvesting gelijkmatig is verdeeld over de beide belastingplichtigen ...”* .

Hoewel de formulering van het artikel substantiële wijzigingen ondergaan heeft, is het doel ervan duidelijk behouden gebleven. Niettemin zijn de draagwijdte en de voorwaarden voor de toepassing van het artikel drastisch aangepast.

§ 2. MATERIËLE TOEPASSINGSVOORWAARDEN

A. Voorwaarden met betrekking tot de relatie tussen belastingplichtige en kind

1. Tot en met aanslagjaar 2007

81. In de oorspronkelijke versie konden slechts de vader en moeder van het kind om de toepassing van de in artikel 132bis W.I.B. vervatte verdeling vragen. De termen vader en moeder leken in het kader van de oude bepaling te moeten worden geïnterpreteerd in de afstammingsrechtelijke zin.¹⁸

Deze invulling steunde op de bewoordingen van artikel 132bis W.I.B. zelf. In dit artikel is er immers sprake van vader en moeder die gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen. Dat betekent dat de termen vader en moeder niet kunnen worden opgevat als synoniem voor dragers van het ouderlijk gezag. Dergelijke interpretatie zou er immers voor zorgen dat de toevoeging “die het ouderlijk gezag samen uitoefenen” zinloos wordt én de wetgeving dient steeds zo te worden geïnterpreteerd dat ze zinvol is. Deze invulling werd ook door de administratie voorgestaan.¹⁹

Grootouders of andere personen die gezamenlijk zorg droegen voor een kind kwamen bijgevolg niet in aanmerking voor de verdeling voorzien in artikel 132bis W.I.B.

¹⁸ Ook de afstamming die door adoptie komt vast te staan volstaat hier.

¹⁹ Circulaire 19 februari 2002 nr. Ci.RH.331/532.273(AOIF 5/2002), hoofdstuk V, nr. 7.

De mogelijkheid van verdeling van de voordelen van het hebben van een kind ten laste was dus niet uitgebreid tot alle personen die een kind ten laste kunnen nemen. Het is immers aanvaard dat bovenstaande categorieën van personen een kind fiscaal ten laste mogen nemen.²⁰

82. De uitsluiting van deze categorieën uit het toepassingsgebied van artikel 132bis W.I.B. was wellicht strijdig met de artikelen 10 en 11 van de grondwet aangezien er geen verantwoording lijkt te bestaan voor deze wezenlijk verschillende behandeling. Dit terwijl beide categorieën zich met het oog op de *ratio legis* van het artikel in een vergelijkbare positie bevonden. Deze *ratio* bestaat er immers in om belastingplichtigen die in gelijke mate de lasten dragen die samenhangen met bepaalde kinderen ook in staat te stellen om in gelijke mate de fiscale lusten die met het verzorgen van kinderen samenhangen te laten genieten.²¹ Dat artikel 132bis W.I.B. werd ingevoerd als aanpassing van de fiscale wetgeving aan de invoering van de co-ouderschapsregel bepaald in artikel 374 B.W.²² lijkt geen afdoende rechtvaardiging te zijn voor deze uitsluiting. Een rechtvaardiging voor dit verschil in behandeling kan eventueel gevonden worden in het feit dat deze verzorgers geen ouderlijk gezag en de daarbij horende verplichtingen hebben ten opzichte van deze kinderen.

Naast bovenstaande traditionele categorieën van zorgdragers werden ook de paren van hetzelfde geslacht die sinds de Wet van 18 mei 2006 kunnen adopteren uitgesloten uit het toepassingsgebied van artikel 132bis W.I.B. Personen van een zelfde geslacht kunnen immers nooit “vader en moeder” zijn van een kind. Deze uitsluiting was ook discriminatoir van aard omwille van de hiervoor reeds uiteengezette motieven. Bijkomend kan hier nog gesteld worden dat personen van eenzelfde geslacht die een kind adopteren ten opzichte van dit kind exact dezelfde rechten en verplichtingen hebben als heterokoppels in dezelfde situatie.

2. Vanaf aanslagjaar 2008

83. Het is de onbillijkheid van deze uitsluiting die de wetgever ertoe heeft gebracht om de woorden “vader en moeder” te vervangen door “belasting-

²⁰ Com.Ib. 136/1.

²¹ *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 2073/6, 2.

²² *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 2073/1,1.

plichtige”.²³ Deze vervanging maakt het niet alleen mogelijk voor de gelijkslachtige ouders om de verdeling mogelijk gemaakt door artikel 132bis W.I.B. te genieten, ze opent deze mogelijkheid ook voor de andere belastingplichtigen-zorgdragers voor kinderen.²⁴ Deze aanpassing van artikel 132bis W.I.B. maakt dus een einde aan de bestaande discriminaties door het toepassingsgebied van artikel 132bis W.I.B. substantieel uit te breiden.

B. Voorwaarden met betrekking tot het kind

1. Schets

84. Gescheiden wonende belastingplichtigen kunnen dus de voordelen die een kind ten laste oplevert, verdelen. Het kind moet daartoe wel aan een aantal voorwaarden voldoen.

Het is vereist dat het kind ten laste is en dat het recht geeft op de toeslagen bepaald in artikel 132, 1° tot 6° W.I.B. Dat betekent ten eerste dat dat het kind deel moet uitmaken van het gezin en moet leven op kosten van de belastingplichtige.²⁵

Daarnaast houdt dit ook in het inkomen van het kind een bepaald bedrag niet mag overstijgen.²⁶

85. Indien het kind aan bovenstaande voorwaarden voldoet, kan de verdeling ingeschreven in artikel 132bis W.I.B. toegepast worden in zoverre het kind onder het ouderlijk gezag van beide ouders ressorteert. Dat betekent dat zulke verdeling slechts mogelijk is voor kinderen ten laste die niet meer dan 18 jaar oud zijn en die niet ontvoogd zijn, en voor verlengd minderjarigen. Artikel 372 B.W. bepaalt immers dat een kind onder het

²³ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2760/027, 11.

²⁴ Al kan de toegang van deze laatsten tot de werking van art. 132bis W.I.B. worden beperkt door de vereiste van uitoefening van het ouderlijk gezag.

²⁵ Voor een bespreking van deze standaardvoorwaarden zie: E. SMETS, *Kind en Fiscus*, Mechelen, Ced.Samsom, 2002, 22-36.

²⁶ Voor een overzicht van deze inkomsten en de berekeningswijze zie: I. VAN DE WOESTEYNE, “Berekening van de netto bestaansmiddelen en het fiscaal ten laste zijn van kinderen (inkomstenjaren 2002 en 2001)”, *E.J.* 2002, 42-48; I. VAN DE WOESTEYNE, “Het fiscaal ten laste nemen van kinderen. Toegelaten bestaansmiddelen voor de inkomstenjaren 2002 en 2003”, *E.J.* 2003, 140-147.

gezag van zijn ouders blijft tot aan zijn meerderjarigheid of zijn ontvoogding.²⁷

2. Discriminaties?

86. Deze uitsluiting lijkt op gespannen voet te staan met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Ouders die op een gelijkmatig verdeelde wijze instaan voor de verzorging van hun meerderjarige kinderen of hun ontvoogde minderjarige kinderen lijken zich immers wat betreft de lasten die ze dragen in een vergelijkbare situatie te bevinden als ouders van niet-ontvoogde minderjarige kinderen.

Dat zou betekenen dat beide oudergroepen zich met het oog op de *ratio* bij artikel 132bis W.I.B. in een vergelijkbare situatie bevinden.

Deze stelling dient echter te worden genuanceerd in het licht van de draagwijdte van de onderhoudsverplichting die op ouders van ontvoogde minderjarigen en meerderjarigen rust.

a. Wat betreft ontvoogde minderjarigen

87. Wat betreft de ontvoogde minderjarigen geldt in beginsel dat de onderhoudsplicht van de ouders dezelfde is als bij een gewone minderjarige. Deze onderhoudsplicht wordt echter in geval van wettelijke ontvoogding subsidiair aan de onderhoudsplicht tussen echtgenoten.²⁸

Dit kleine verschil lijkt onvoldoende om te stellen dat de situaties van beide groepen van ouders niet vergelijkbaar zouden zijn in het licht van de *ratio legis* van de invoering van artikel 132bis W.I.B.

Dat betekent dat beide groepen slechts verschillend mogen worden behandeld in zoverre voor dit verschil in behandeling een rechtvaardiging kan worden aangegeven die proportioneel is met het gemaakte verschil. Zulke rechtvaardiging ontbreekt ten deze. Het loutere feit dat de wetgever artikel 132bis W.I.B. invoerde in de nasleep van de invoering van

²⁷ Circulaire 19 februari 2002 nr. Ci.RH.331/532.273 (AOIF 5/2002), hoofdstuk V, nr.7.

²⁸ J. GERLO, *Handboek van Familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 332, nr. 836; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8ste uitg. 2004, nr. 1455.

artikel 374 B.W.²⁹ vormt immers geen rechtvaardiging voor het uitsluiten van andere situaties van gezamenlijke verzorging van kinderen door hun ouders.

De wetgever heeft overigens in de parlementaire voorbereiding van de invoering van onderhavig artikel zelf geen enkele rechtvaardiging aangehaald voor deze uitsluiting.

Deze uitsluiting lijkt dan ook strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

b. Wat betreft de meerderjarigen

88. De vraag rijst of dit ook geldt voor de uitsluiting van de meerderjarige kinderen uit het toepassingsgebied van artikel 132bis W.I.B. De onderhoudsplicht van ouders ten opzichte van hun meerderjarige kinderen verschilt immers van deze ten opzichte van minderjarige kinderen. Artikel 203 B.W. bepaalt immers dat de plicht van de ouders tot verstrekking van huisvesting, levensonderhoud, toezicht, opvoeding en opleiding van hun kinderen door kan lopen na de meerderjarigheid van deze kinderen indien hun opleiding niet voltooid is. Dat betekent dat meerderjarige kinderen alleen dan aanspraak kunnen maken op de in artikel 203 B.W. bepaalde onderhoudsplicht. Zo aan deze voorwaarden niet voldaan is, vallen de meerderjarige kinderen terug op de ‘gemeenrechtelijke’ onderhoudsplicht die voortvloeit uit artikel 207 juncto artikel 205 B.W. De aard en de draagwijdte van beide onderhoudsverplichtingen is sterk uiteenlopend.³⁰

Van ouders van meerderjarigen kan dus niet zonder meer gesteld worden dat ze zich in een vergelijkbare positie bevinden als de ouders van minderjarigen.

Niettemin verkeren ouders van meerderjarigen die nog studeren in een financiële situatie die veel gelijkenissen vertoont met de situatie van de ouders van minderjarigen. De uitsluiting van deze oudergroep uit het toepassingsgebied van artikel 132bis W.I.B. lijkt dan ook strijdig te zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Uit de *ratio legis* kan immers geen

²⁹ *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 2073/1, 1..

³⁰ Voor een analyse van deze draagwijdte zie: J. GERLO, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 107, nrs. 239-240; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8ste uitg. 2004, nrs. 1165-1171.

rechtvaardiging worden afgeleid voor dit verschil in behandeling. Of hetzelfde ook geldt voor de uitsluiting van de ouders van meerderjarigen die niet meer studeren is twijfelachtig.

c. Grondwetsconforme interpretatie?

89. Bovenstaande problematiek van schijnbaar ongerechtvaardigde ongelijke behandeling zou kunnen worden ontweken door de notie ouderlijk gezag zoals deze voorkomt in artikel 132bis W.I.B. te interpreteren als de combinatie van ouderlijke rechten en ouderlijke plichten. Deze worden immers vaak gezien als de twee zijden van een eenzelfde medaille.³¹ Deze grondwetsconforme interpretatie botst echter op tekstuele en rechtsdogmatische bezwaren.

Een eerste bezwaar is dat ouderlijk gezag gedefinieerd wordt als een geheel van rechten van ouders ten opzichte van minderjarigen.

Daarnaast vereiste artikel 132bis W.I.B. in zijn oude vorm ook dat ouders gezamenlijk het hoederecht over de kinderen hebben. Dit recht maakt deel uit van het recht op gezag over de persoon van de minderjarige. Zulk een gezagsuitoefening is uitgesloten bij meerderjarigen en ontvoogde minderjarigen.

90. Het nieuw ingevoerde artikel 132bis W.I.B. stelt dat de kinderen het voorwerp dienen uit te maken van een door de ouders vastgestelde of door de rechter opgelegde verblijfsregeling. Van zulk een regeling kan dus in geval van meerderjarigen of ontvoogde minderjarigen geen sprake zijn.

Dat betekent dat gescheiden levende belastingplichtigen die meerderjarigen of ontvoogde minderjarigen ten laste hebben uit het toepassingsgebied van artikel 132bis W.I.B. gesloten zijn en blijven, ook na de inwerkingtreding van het nieuw ingevoerde artikel 132bis W.I.B. De mogelijke discriminaties blijven dus op dit vlak behouden.

³¹ J. GERLO, *Handboek van Familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 734; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8ste uitg. 2004, nr. 1034.

C. Voorwaarden met betrekking tot de belastingplichtigen

91. Alleen belastingplichtigen die gezamenlijke niet-ontvoogde minderjarige kinderen ten laste hebben, kunnen dus in geval zij geen gezin meer vormen potentieel aanspraak maken op een verdeling van de fiscale voordelen verbonden aan het hebben van een kind ten laste zoals voorzien in artikel 132bis W.I.B.

1. (Gelijkmatig) verdeeld verblijf

a. Tot en met aanslagjaar 2007

92. Daartoe was in hoofde van de ouders krachtens de oude versie van artikel 132bis W.I.B. vereist dat beide ouders het “hoederecht” over de kinderen hadden. Het gebruik van deze term was nogal ongelukkig aangezien deze in het burgerlijk recht reeds jaren niet meer gebruikt werd. De Wet van 13 april 1995³² voerde immers het gebruik in van de termen “huisvesting” en “belangrijke beslissingen” in. In de burgerrechtelijke context wordt het begrip hoederecht met het recht op de materiële bewaring van het kind gelijkgesteld.³³

Daarnaast was ook het gebruik van de term “hebben” in deze context problematisch. Het was immers geenszins duidelijk welke draagwijdte eraan gehecht diende te worden. Deze term kon immers worden geïnterpreteerd als een vereiste van titularis zijn van het recht of als een vereiste van daadwerkelijke uitoefening van een dergelijk recht.

De circulaire van 19 februari 2002³⁴ stelde dat de vereiste van het “hebben” van hoederecht diende te worden geïnterpreteerd als het werkelijk en afwisselend “uitoefenen” van het hoederecht door beide belastingplichtigen.

Deze mening van de administratie sluit ten deze ook naadloos aan bij de *ratio* van artikel 132bis W.I.B. Het doel van de wetgever bij de invoering

³² Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *B.S.* 24 mei 1995.

³³ J. GERLO, *Handboek van Familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 736; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8ste uitg. 2004, nr. 1048.

³⁴ Circulaire 19 februari 2002 nr. Ci.RH.331/532.273(AOIF 5/2002), hoofdstuk V, nr.7.

van deze bepaling was immers om belastingplichtigen die gescheiden leven en die in gelijke mate zorgdragen voor hun gezamenlijke kinderen toe te laten om in gelijke mate de fiscale vruchten van deze zorgen te genieten.

De voorwaarde van uitoefening van het hoederecht stond echter niet als zodanig ingeschreven in de oude versie van artikel 132bis W.I.B. zodat deze met het oog op het legaliteitsbeginsel in fiscale zaken wellicht niet kon worden afgedwongen zodat een louter titularisschap van het hoederecht al zou moeten volstaan om aan onderhavige voorwaarde te voldoen. Een gedeelde huisvesting van het kind, ongeacht het feit dat deze verdeling ongelijk was, volstond dus zeker voor de vervulling van deze voorwaarde.³⁵

b. Vanaf aanslagjaar 2008

93. De wetgever was zich bewust van de tekortkomingen van de invulling van het oude artikel 132bis W.I.B. op dit gebied en heeft getracht hieraan tegemoet te komen bij de invoering van het nieuwe artikel 132bis W.I.B.³⁶ Hij deed dit door de term “hoederecht” te vervangen door het begrip “gelijkmatig verdeelde huisvesting” dat hij ontleent aan de Wet van 18 juli 2006. Hoewel artikel 374 B.W., zoals gewijzigd door deze wet, ook de term huisvesting hanteert, kan gesteld worden dat deze terminologie eigenlijk onjuist is. Huisvesting is immers slechts een ongelukkige vertaling van het Franse “hébergement” dat in deze context eigenlijk als “verblijf” dient te worden vertaald.³⁷ In deze bijdrage wordt dan ook steeds het begrip “verblijf” gehanteerd in plaats van het in de wet ingeschreven begrip “huisvesting”.

Deze term komt volgens de wetgever qua betekenis sterk overeen met de term ‘hoederecht’.³⁸

Er is echter een wezenlijk verschil tussen beide begrippen. Het begrip ‘gedeeld hoederecht’ omvat alle vormen van gedeeld verblijf van het kind ongeacht het al dan niet gelijkmatige karakter van de verdeling van dit verblijf. Door voor de toepassing van het nieuwe artikel 132bis W.I.B. te

³⁵ Circulaire 19 februari 2002 nr. Ci.RH.331/532.273(AOIF 5/2002), hoofdstuk VIII, D., nr. 20.

³⁶ *Parl.St.* Kamer 2005-06, 2760/001, 167-168.

³⁷ P. SENAËVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtsbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, p. 119, nr. 8.

³⁸ *Parl.St.* Kamer 2005-06, 2760/001, 167-168.

vereisen dat de “huisvesting” van het kind gelijkmatig verdeeld wordt, verstrengt de wetgever onderhavige voorwaarde dus wezenlijk.

De wetgever ontleende deze nieuwe terminologie aan de Wet van 18 juli 2006³⁹ schijnbaar zonder stil te staan bij de impact van de wijziging die ten deze doorgevoerd wordt.⁴⁰

Dat betekent dat onder de werking van het nieuwe artikel 132bis W.I.B. alleen gescheiden levende belastingplichtigen wier kinderen evenveel tijd bij elk van beide ouders verblijven, aanspraak kunnen maken op de verdeling van de fiscale voordelen van het hebben van een kind ten laste.

2. Geen deel uitmaken van eenzelfde gezin

94. Voor deze verdeling is bijkomend ook vereist dat de belastingplichtigen geen deel uitmaken van eenzelfde gezin. De administratie gaat er van uit dat aan deze voorwaarde dient te zijn voldaan op 1 januari van het aanslagjaar.⁴¹ Dit is inderdaad het tijdstip waarop, krachtens art. 136 W.I.B., dient te worden vastgesteld tot welk gezin een kind behoort. Dat betekent evenwel niet noodzakelijkerwijze dat de gezinssituatie tussen beide ouders ook op dat moment dient te worden beoordeeld.

De beoordeling van de situatie van een heel jaar op basis van de gesteldheid op een welbepaalde dag van het daarop volgende jaar berust immers met betrekking tot de kinderen op een juridische fictie vervat in artikel 136 W.I.B. Dergelijke fictie ontbreekt echter in de relatie tussen de betrokken belastingplichtigen. Er kan dan ook geargumenteed worden dat bij gebrek aan een dergelijke bepaling *in casu* het realiteitsbeginsel dient te spelen. Dat zou betekenen dat de fiscus dient na te gaan of de ouders gedurende het betreffende jaar al dan niet een gezin vormden. Het realiteitsbeginsel houdt immers in dat slechts feiten die werkelijk bestaan door de fiscus kunnen worden gebruikt als grondslag voor heffingen.⁴²

³⁹ Wet 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen ten uitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, *B.S.* 4 september 2006.

⁴⁰ *Parl.St.* Kamer 2005-06, 2760/001, 167-168.

⁴¹ Circulaire 19 februari 2002 nr. Ci.RH.331/532.273 (AOIF 5/2002), hoofdstuk VIII, B.

⁴² A. TIBERGHEN, *Handboek voor fiscaal recht 2004*, Gent, Larcier, 2004, nr. 0056.

95. Het begrip gezinsvorming werd hierboven al gedefinieerd als een feitelijke toestand gekarakteriseerd door samenleven en samenwonen. Deze toestand dient, zoals de administratie terecht stelt⁴³, te worden beoordeeld aan de hand van feitelijke gegevens.⁴⁴

Wat betreft gehuwde of uit de echt gescheiden belastingplichtigen vereist de circulaire van 19 februari 2002⁴⁵ bijkomend dat de belastingplichtigen niet meer samen worden belast.

Dat betekent dat echtgenoten die feitelijk gescheiden zijn slechts aanspraak kunnen maken op de verdeling ingeschreven in art. 132bis W.I.B. vanaf het jaar na het jaar waarin de feitelijke scheiding heeft plaatsgevonden. Artikel 126, § 2, 2° W.I.B. stelt immers dat de echtgenoten slechts dan een gescheiden aanslagbiljet ontvangen.

Voor ex-echtgenoten of echtgenoten die van tafel en bed gescheiden zijn, is onderhavige verdeling al mogelijk vanaf het jaar waarin deze scheiding tot stand kwam. Artikel 126, § 2, 3° W.I.B. stelt immers dat echtgenoten voor dat jaar geen gezamenlijke aanslag meer ontvangen.

96. De vraag rijst of de schijnbare toevoeging van bovenstaande vereisten door de administratie in het kader van een circulaire, in geval van gehuwde of uit de echt gescheiden belastingplichtigen, niet strijdig is met het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel stelt immers dat alleen de wetgever zelf belastingen kan opleggen of vrijstelling ervan kan verlenen. Dat houdt ook in dat alleen de wetgever bepaalde verhogingen van de belastingvrije som kan toestaan en moduleren.

Dat betekent dat de administratie deze *prima facie* bijkomende voorwaarde maar mag opleggen in zoverre deze slechts een specificatie inhoudt van het begrip gezinsvorming zelf.

Er kan geargumenteerd worden dat dit het geval is aangezien, in het kader van de aftrekbaarheid van de onderhoudsgelden, soms wordt aanvaard dat

⁴³ Circulaire 19 februari 2002 nr. Ci.RH.331/532.273 (AOIF 5/2002), hoofdstuk VIII, B, nr. 14.

⁴⁴ Voor een overzicht van deze gegevens zie: C. AERTS, "Fiscaalrechtelijke aspecten" in P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 114.

⁴⁵ Circulaire 19 februari 2002 nr. Ci.RH.331/532.273 (AOIF 5/2002), hoofdstuk VIII, B, nr. 15.

artikel 126 W.I.B. ook een vermoeden *juris et de jure* van gezinsvorming in zich draagt.⁴⁶

Dit vermoeden staat evenwel niet ingeschreven in de tekst van dit artikel. Dit artikel benadert de echtgenoten als een betalingseenheid. Dit staat volkomen los van enige reële gezinsvorming als zodanig.

Dat betekent dat de toevoeging van de vereiste van het niet gezamenlijk belast worden voor de toepasselijkheid van artikel 132bis W.I.B. op gehuwden en uit de echt of van tafel en bed gescheiden echtgenoten strijdig lijkt met het legaliteitsbeginsel.

97. Deze toevoeging lijkt daarenboven op gespannen voet te staan met het gelijkheidsbeginsel. Wettelijk samenwonenden die krachtens artikel 126 W.I.B. nog een gemeenschappelijke aanslag ontvangen én die *de facto* niet meer samenwonen zouden immers krachtens deze circulaire wel in het jaar van hun feitelijke scheiding een beroep doen op de verdeling ingeschreven in art. 132bis W.I.B. terwijl gehuwden dit niet kunnen in het jaar van hun feitelijke scheiding.

98. Evenwel is vanuit fiscaal technisch oogpunt slechts een verdeling van belastingvrije som mogelijk in zoverre er geen sprake is van een gemeenschappelijke aanslag. Dat betekent ten eerste dat *de facto* ook voor wettelijk samenwonenden als voorwaarde voor de verdeling geldt dat zij geen gemeenschappelijke aanslag meer ontvangen.

Dat betekent verder ook dat de vereiste dat er geen sprake is van een gemeenschappelijke aanslag zoals geformuleerd in de circulaire geen echte toevoeging van een voorwaarde in zich draagt zodat de schijnbare strijdigheid met het legaliteitsbeginsel niet echt een strijdigheid blijkt in te houden.

⁴⁶ Gent 29 januari 2003, *Fisc.Koerier* 2003, 332 en *Com.Ib.* 104/18.

§ 3. VORMVOORWAARDEN

A. Tot en met aanslagjaar 2007

99. Wanneer aan alle bovenstaande voorwaarden voldaan is, dan konden belastingplichtigen, krachtens het oude artikel 132bis W.I.B., bepaalde fiscale voordelen verbonden aan het hebben van een kind ten laste verdelen indien zij daartoe gezamenlijk een schriftelijke aanvraag indienden die ze bij hun belastingaangifte dienden te voegen. Deze aanvraag diende te gebeuren via een standaardformulier dat vervat ligt in bijlage 4 van de circulaire van 19 februari 2002.

100. Dat betekent dus dat de verdeling slechts kan plaatsvinden in zoverre beide ouders het daarover elk jaar opnieuw eens zijn. Dit jaarlijkse karakter van de aanvraag werd soms gezien als de achilleshiel van de verdelingsmogelijkheid aangeboden door art. 132bis W.I.B.⁴⁷ Gescheiden levende belastingplichtigen hebben immers vaak een stukgelopen relatie achter de rug die het bereiken van een consensus tussen deze belastingplichtigen weinig waarschijnlijk maakt.

Belastingplichtigen leken immers, in tegenstelling met wat in de parlementaire voorbereiding wordt gesteld door de minister⁴⁸, niet gerechtelijk te kunnen worden gedwongen om mee te werken aan het indienen van dergelijke aanvraag.⁴⁹ Eén element dat pleit tegen rechterlijk ingrijpen ter zake is erin gelegen dat het doen van dergelijke aanvraag uit de aard een vrijwillige handeling inhoudt die niet door een rechtbank kan worden opgelegd.⁵⁰ Een ander argument dat tegen rechterlijk ingrijpen kan worden aangehaald is dat artikel 132bis W.I.B. zelf stelt dat de aanvraag jaarlijks dient te gebeuren zodat het uitgesloten is dat daarover een regeling zou worden opgelegd voor een duurtijd van meer dan één jaar.⁵¹

⁴⁷ *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 2073/6, 5; J.-E. BEERNAERT, "Gedeelde vrijstelling bij co-ouderschap een maat voor niets", *A.F.T. Act.* 1999, afl. 8, 4-5; J.-E. BEERNAERT, "Partage de l'abattement pour enfants à charge: effets pervers", *R.G.F.Act.* 1999, afl. 8, 2-3; E. VAN BRUSTEM, "Coparenté: une mesure fiscale inutile?", *R.G.F.Act.* 2000, afl. 30, 5-6.

⁴⁸ *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 2073/6, 15.

⁴⁹ J.-E. BEERNAERT, "Partage de l'abattement pour enfants à charge: effets pervers", *R.G.F.Act.* 1999, afl. 8, 2-3.

⁵⁰ Brussel 30 november 2006, nr. 2006/JR/211, onuitg.

⁵¹ Brussel 30 november 2006, nr. 2006/JR/211, onuitg.; Brussel 5 december 2006, nr. 2005/KR/262, onuitg.

B. Vanaf aanslagjaar 2008

101. De problematiek van de vereiste van jaarlijks weerkerende samenwerking tussen de belastingplichtigen houdt op te bestaan onder de gelding van het nieuwe artikel 132bis W.I.B.

De verdeling ingeschreven in dit artikel zal plaatsvinden wanneer aan de hierboven omschreven voorwaarden voldaan is én deze situatie gegrond is op een geregistreerde of een door de rechter gehomologeerde overeenkomst waarin uitdrukkelijk vermeld is dat het verblijf van de kinderen gelijkmatig verdeeld is en dat zij bereid zijn om de belastingvrije som voor die kinderen te verdelen. Belastingplichtigen behouden dus in dat kader de bevoegdheid om zich er onderling toe te verbinden om de fiscale voordelen van het hebben van een kind ten laste te verdelen.

102. Dergelijke verdeling zal ook plaatsvinden indien bij rechterlijke beslissing een gelijkmatig verdeeld verblijf wordt opgelegd en er voldaan is aan de hierboven omschreven voorwaarden. Dat lijkt te betekenen dat belastingplichtigen in deze hypothese geen overeenstemming meer dienen te bereiken om gebruik te kunnen maken van de verdelingsmogelijkheid ingeschreven in art. 132bis W.I.B. De belastingplichtigen lijken immers *prima facie* op automatische wijze de verdeling opgelegd te krijgen.

Dit automatisme wordt echter doorbroken doordat de laatste alinea van het nieuw ingevoerde art. 132bis W.I.B. stelt dat de verdeling niet toegepast kan worden met betrekking tot een kind voor wie de onderhoudsuitkering als bedoeld in artikel 104 W.I.B., 1° W.I.B. wordt afgetrokken door een van beide belastingplichtigen. Dat betekent dat de belastingplichtige die een principieel aftrekbaar onderhoudsgeld⁵² uitbetaalt aan zijn kinderen in

⁵² Voor een uiteenzetting met betrekking tot deze voorwaarden zie: J.-E. BEERNAERT, "Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale", *T. Vred.* 2004, 412-434; J.-E. BEERNAERT, "Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale", *Rev.dr.ULB* 2004, afl. 1, 221-253; J.-E. BEERNAERT, "Capita selecta inzake onderhoudsgelden en fiscaliteit", *Not.Fisc.M.* 2004, 88-97;

G. POPPE, "Onderhoudsgelden enkele actuele tendensen" in Ced.Samsom en Fiscale Hogeschool en EHSAL-FHS-Seminaries (eds.), *Fiscaal praktijkboek directe belastingen 2001-2002*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 325 p.; I. VAN DE WOESTEYNE, "De fiscale behandeling van onderhoudsgelden" in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven/Leusden, Acco, 2001, 443 p.; M. VANDEN BROECK, "Fiscale behandeling van onderhoudsgelden", *T.F.R.* 2004, 351-368; A.-C. VAN GYSEL, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Ed. Kluwer, 2001, 145 p.; M.-C. VLASCHAERTS, *Impôts sur les revenus I La fiscalité familiale*,

dit geval de toepassing van de verdeling zou kunnen voorkomen door het onderhoudsgeld af te trekken.

Indien er evenwel geen sprake is van aftrekbare onderhoudsgelden dan kunnen de belastingplichtigen niet aan de verdeling ingeschreven in artikel 132bis W.I.B. ontsnappen indien de rechter een gelijkmatig verdeeld verblijf oplegt en aan de hierboven genoemde voorwaarden voldaan is.

Dit deel van de nieuwe regeling werd ingevoerd met het oog op de beperking van de administratieve belasting die rust op de belastingplichtige.⁵³ Deze zou volgens de wetgever in de toekomst immers slechts in zijn aangifte dient te vermelden dat hij zich in een situatie bevindt zoals omschreven in artikel 132bis W.I.B.

Dat de administratieve formaliteiten zich hiertoe zouden beperken is echter een illusie.

103. Zo vereist artikel 132bis W.I.B. zelf dat een afschrift van de gerechtelijke beslissing of de overeenkomst ter beschikking van de administratie dient te worden gehouden zolang minstens één van de kinderen over wie het ouderlijk gezag gezamenlijk wordt uitgeoefend en waarvan het verblijf gelijkmatig verdeeld is, recht geeft op de in artikel 132bis vernoemde toeslagen.

Ook de verplichting om een tussen belastingplichtigen gesloten overeenkomst te laten registreren of homologeren kan gezien worden als een opgelegde administratieve formaliteit om de verdeling van de fiscale voordelen opgesomd in artikel 132bis W.I.B. te bekomen. Dit artikel is immers slechts van toepassing indien ten laatste op 1 januari van het betrokken aanslagjaar dergelijke registratie of homologatie heeft plaatsgevonden. Deze registratie kan krachtens het nieuw ingevoerde artikel 161, 13° W.Reg.⁵⁴ kosteloos plaatsvinden.

104. Teneinde belastingplichtigen in staat te stellen zich aan te passen aan deze nieuwe formaliteiten⁵⁵ treedt de nieuwe belastingregeling betreffende kinderen in omstandigheden van gelijkmatig verdeeld verblijf

Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, 132 p.

⁵³ *Parl.St. Kamer* 2006-07, nr. 2760/001, 168.

⁵⁴ Art. 307 Wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 28 december 2006, 3de ed.

⁵⁵ *Parl.St. Kamer* 2006-07, nr. 2760/001, 169.

slechts in werking voor het aanslagjaar 2008⁵⁶, dit wil zeggen voor het inkomstenjaar dat aanvangt op 1 januari 2007.

§ 4. GEVOLGEN VAN DE VERDELING

A. Rechtstreekse gevolgen

1. Draagwijdte van de verdeling

a. Tot en met aanslagjaar 2007

105. Indien aan alle bovenstaande voorwaarden voldaan is dan konden, krachtens de oude versie van art. 132bis W.I.B., de verhogingen van de belastingvrije som ingeschreven in artikel 132, 1° tot 5° W.I.B. over de belastingplichtigen verdeeld worden.

Andere fiscale voordelen gekoppeld aan het hebben van kinderen ten laste zoals deze vermeld in artikel 132, 6° W.I.B. en in artikel 133, 1° W.I.B. kwamen niet in aanmerking voor verdeling. Ook een eventueel aanwezig belastingkrediet zoals ingeschreven in artikel 134 W.I.B. kan niet verkregen worden door de ouder van wiens gezin het kind geen deel uit maakt.

106. Deze beperking van de draagwijdte van de verdelingmogelijkheden staat op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel. Het Arbitragehof deed op 12 januari 2005⁵⁷ uitspraak over de verenigbaarheid van een van deze beperkingen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

In deze zaak werd aan het Arbitragehof de vraag voorgelegd of de uitsluiting van de verhoging van de belastingvrije som ingeschreven in artikel 133, 1° W.I.B. uit de verdeling beschreven in artikel 132bis W.I.B. niet strijdig was met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Hiervoor wordt een vergelijking gemaakt tussen de fiscale situatie van belastingplichtigen die in beginsel voldoen aan de voorwaarden van de verdeling ingeschreven in art. 132bis W.I.B. die alleen belastingvrijstellingen genieten wegens het hebben van een kind ten laste en belastingplichtigen die aan dezelfde voorwaarden voldoen en gelijktijdig ook “ongehuwde

⁵⁶ Art. 289 Wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen, B.S. 28 december 2006, 3de ed.

⁵⁷ Arbitragehof 12 januari 2005, *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 901.

vader of moeder met kind ten laste”⁵⁸ zijn. De eerste categorie kan immers het door haar verkregen fiscaal voordeel verdelen terwijl de tweede categorie een deel van het door haar verkregen voordeel niet kan verdelen. De verhoging van de belastingvrije som voorzien in artikel 133, 1° voor belastingplichtigen die alleen worden belast en één of meerdere kinderen ten laste hebben kan immers niet verdeeld worden.

Het Arbitragehof stelt dat dit verschil in behandeling niet verantwoord kan worden door het loutere gegeven dat de kinderen geen deel uitmaken van het gezin van één van beide belastingplichtigen. De verdeling van de voordelen toegekend in artikel 132, 1° tot 5° W.I.B. zorgt er immers ook voor dat een deel van deze voordelen toekomt aan een belastingplichtige van wiens gezin het kind geen deel uitmaakt maar die wel de opvoeding en de financiële lasten van het kind op gelijke wijze mee draagt. Er is dan ook geen enkele reden om een ander voordeel dat bedoeld is voor een belastingplichtige die financiële en opvoedkundige lasten draagt, zoals *in casu* het voordeel ingeschreven in artikel 133, 1° W.I.B., uit te sluiten van verdeling.

Op basis van deze redenering kwam het Arbitragehof tot de conclusie dat de uitsluiting van de voordelen toegekend in voornoemd artikel strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Op grond van dezelfde motieven kan wellicht gesteld worden dat ook de uitsluiting van het fiscale voordeel voorzien in artikel 132, 6° W.I.B. uit de verdeling wellicht strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Hetzelfde kan wellicht gezegd worden van de uitsluiting van het belastingkrediet uit de verdelingsregeling van artikel 132bis W.I.B.⁵⁹

b. Vanaf aanslagjaar 2008

107. Bij de invoering van het nieuwe artikel 132bis W.I.B. heeft de wetgever bewust rekening gehouden met de rechtspraak van het Arbitragehof.⁶⁰ In dit nieuwe artikel werd de werkingsfeer van deze bepaling immers uitgebreid tot het belastingvoordeel toegekend krachtens artikel 132, 6°

⁵⁸ Deze in het arrest gebruikte terminologie werd intussen vervangen door de terminologie “belast als alleenstaande”.

⁵⁹ S. CREEMERS en J. PATTYN, “Belastingvoordelen voor alleenstaande ouders: altijd verdelen in geval van co-ouderschap?”, *A.F.T. Act.* 2005, afl. 3, 7.

⁶⁰ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2760/001, 168 en *Parl.St.* 2006-07, nr. 2760/027, 12.

W.I.B. Het nieuwe artikel 132bis W.I.B. stelt immers dat indien aan de voorwaarden voor verdeling, opgenomen in het eerste lid van dit artikel, voldaan is, het voordeel toegekend door artikel 132, 6° W.I.B. voor de helft wordt toegekend aan de belastingplichtige die geen aftrek vraagt voor de uitgave van kinderoppas zoals omschreven in artikel 104, 7° W.I.B.

Dat betekent dus dat wanneer een van beide belastingplichtigen wel dergelijke aftrek doorvoert, de helft van het in artikel 132, 6° W.I.B. toegekende voordeel verloren gaat wanneer artikel 132bis W.I.B., in zijn nieuwe versie, toegepast wordt.

108. De hierboven omschreven wijziging kwam tegemoet aan de geest van het arrest van het Arbitragehof van 12 januari 2005. De aanpassing van het artikel dat door dit arrest eigenlijk geïnviseerd werd, geschiedt door de vervanging van artikel 133, 1° W.I.B. door artikel 280 van de Wet van 27 december 2006.⁶¹ Dit nieuwe artikel kent een verhoging van de belastingvrije som toe aan de belastingplichtige die alleen belast wordt en die één of meer kinderen ten laste heeft alsook aan de belastingplichtige die alleen wordt belast en aan wie bij toepassing van artikel 132bis W.I.B. de helft van de toeslagen op de belastingvrije som bedoeld in artikel 132, eerste lid, 1° tot 6° W.I.B., wordt toegekend.

Het nieuwe artikel kent dus aan beide belastingplichtigen die gescheiden leven en gezamenlijk een kind opvoeden het volledige belastingvoordeel voorzien in artikel 133, 1° W.I.B. toe. De wetgever is hiermee dus verder gegaan dan noodzakelijk was om zich te conformeren aan de eisen van het Arbitragehof.⁶² Dit hof vereiste immers slechts dat het voordeel toegekend aan de belastingplichtige die het kind ten laste heeft, verdeeld kan worden in de gevallen omschreven in artikel 132bis W.I.B. De wetgever heeft dit gedaan omdat hij van oordeel is dat de verhoging van de belastingvrije som ingeschreven in artikel 133, 1° W.I.B. een persoonlijk recht is van de belastingplichtige.⁶³

⁶¹ Art. 280 Wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen, B.S. 28 december 2006.

⁶² *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2760/002, 548.

⁶³ *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2760/001, 171.

2. Toepassing van de verdeling

109. Bovenstaande fiscale voordelen kunnen dus verdeeld worden. Artikel 132bis W.I.B. bevat ook, zowel in zijn oude als in de nieuw ingevoerde variant, regels met betrekking tot hoe verdeeld moet worden.

a. Tot en met aanslagjaar 2007

Het tweede lid van het oude artikel 132bis W.I.B. stelde dat de toeslagen waarop de gemeenschappelijke kinderen recht geven, en die vastgesteld worden ongeacht of er al of niet andere kinderen zijn in het gezin waarvan zij deel uitmaken, voor de helft toegekend worden aan de ouder bij wie de gemeenschappelijke kinderen hun fiscale woonplaats niet hebben, en dat het totaal van de toeslagen waarop de andere ouder recht heeft, met eenzelfde bedrag verminderd wordt.

Deze regel kan het beste geïllustreerd worden aan de hand van volgend voorbeeld⁶⁴:

Op 1.1.2002 hebben de heer en mevrouw Appelmans-Peers 6 kinderen ten laste, meer bepaald:

- 1 gemeenschappelijk kind, geboren op 23.10.2000 (er worden voor dit kind geen kosten voor kinderopas afgetrokken);
- 3 kinderen uit een vorig huwelijk van mevrouw Peers met de heer Ananasse;
- 2 kinderen uit een vorig huwelijk van meneer Appelmans met mevrouw Perzik.

Alle voorwaarden inzake de verdeling van de toeslag op de belastingvrije som worden geacht te zijn vervuld.

Toeslag op de belastingvrije som voor 3 kinderen ten laste: 6.550 EUR (264.226 BEF).

Toeslag die aan meneer Ananasse mag worden overgedragen: $6.550 \text{ EUR} \times 1/2 = 3.275$ (264.226 BEF $\times 1/2 = 132.113$ BEF).

Toeslag op de belastingvrije som voor 2 kinderen ten laste: 2.920 EUR (117.793 BEF).

Toeslag die aan mevrouw Perzik mag worden overgedragen: $2.920 \text{ EUR} \times 1/2 = 1.460$ EUR (117.793 BEF $\times 1/2 = 58.897$ BEF).

Toeslag op de belastingvrije som voor 6 kinderen ten laste: 18.700 EUR (754.357 BEF), verhoogd met de bijkomende toeslag van 430 EUR (17.346 BEF) voor een kind van minder dan 3 jaar = 19.130 EUR (771.703 BEF).

Toeslag op de belastingvrije som waarop de echtgenoten Appelmans-Peers aanspraak kunnen maken: $19.130 \text{ EUR} - 3.275 \text{ EUR} - 1.460 \text{ EUR} = 14.395 \text{ EUR}$ (771.703 BEF – 132.113 BEF – 58.897 BEF = 580.693 BEF).

⁶⁴ Voorbeeld werd ontleend aan de Circulaire 19 februari 2002 nr. Ci.RH.331/532.273 (AOIF 5/2002).

b. Vanaf aanslagjaar 2008

110. In het nieuwe artikel 132bis W.I.B. ligt een iets complexere verdelingsregeling vervat. Hier wordt immers een onderscheid gemaakt tussen de verdeling van de voordelen toegekend in artikel 132, 1° tot 5° W.I.B. en de verdeling van het voordeel toegekend in 6° van datzelfde artikel. Dit laatste voordeel dient immers, zoals al werd uiteengezet, voor de helft te worden toegekend aan de belastingplichtige die geen aftrek vraagt voor de uitgaven bedoeld in artikel 104, 7° W.I.B.

111. De andere voordelen worden vastgesteld ongeacht of er al dan niet andere kinderen zijn in het gezin waarvan ze deel uitmaken en ze worden voor de helft toegekend aan elk van de betrokken belastingplichtigen.

Deze nieuwe formulering van de verdeling lijkt *prima facie* sterk op de verdelingsregels ingeschreven in het oude artikel 132bis W.I.B. Er is echter één fundamenteel verschil aanwezig. Het oude artikel voorziet ter verdeling in een twee stappenredenering.

In een eerste beweging dient te worden berekend op hoeveel verhoging van de belastingvrije som de gescheiden levende belastingplichtigen recht zouden gehad hebben indien ze nog een gezin vormden met hun gezamenlijke kinderen. Van dit bedrag wordt dan de helft toegekend aan de belastingplichtige van wiens gezin de gezamenlijke kinderen geen deel uitmaken.

In een tweede beweging dient te worden nagegaan op hoeveel verhoging van de belastingvrije som de belastingplichtige van wiens gezin de gezamenlijke kinderen deel uitmaken, aanspraak kan maken. Dit dient te gebeuren aan de hand van het reële aantal kinderen die de belastingplichtige ten laste heeft: ook de kinderen die niet gemeenschappelijk zijn dienen hier dus te worden meegeteld. Van het bekomen bedrag wordt dan het bedrag dat krachtens de eerste stap van de verdeling werd toegekend aan de andere gescheiden levende belastingplichtige afgetrokken.

112. Deze tweestapsredenering blijkt duidelijk uit de tekst van het oude artikel 132bis dat beide stappen afzonderlijk beschrijft. Deze afzonderlijke beschrijving verdwijnt evenwel in de nieuwe versie van dit artikel. Deze versie stelt immers slechts dat het voordeel wordt vastgesteld ongeacht de

andere kinderen die van het gezin deel uitmaken en dat dit voordeel voor de helft aan elk van beide belastingplichtigen dient te worden toegekend.

De vraag rijst dan ook of de gemeenschappelijke kinderen van gescheiden levende belastingplichtigen voor wie de verdeling van artikel 132bis W.I.B. werd toegepast, nog mogen worden meegeteld ter bepaling van het bedrag van de verhoging van de belastingvrije som in hoofde van de belastingplichtige van wiens gezin deze kinderen deel uitmaken. Indien deze kinderen nog mogen worden meegeteld rijst ook de vraag of de aan de andere gescheiden levende belastingplichtige toegekende verhoging van de belastingvrije som van het bekomen resultaat dient te worden afgetrokken.

113. Deze vragen zijn zeker niet louter academisch en kunnen zware gevolgen hebben, zoals blijkt uit onderstaand voorbeeld:

Mevrouw Goegebuur heeft 4 kinderen ten laste:

- 2 kinderen uit een vorige relatie met de heer Buurmans
- 2 kinderen van wie de vader niet bekend is

Alle voorwaarden voor de toepassing van artikel 132bis W.I.B. zijn vervuld.

Voor twee kinderen ten laste zouden de heer Buurmans en Mevrouw Goegebuur gezamenlijk recht gehad hebben op 3.250 euro belastingverhoging; ze verkrijgen dus elk 1.625 Euro verhoging van de belastingvrije som.

Mevrouw Goegebuur heeft in beginsel 4 kinderen ten laste wat haar een verhoging van de belastingvrije som van 11.770 euro zou opleveren indien de gezamenlijke kinderen nog worden meegeteld.

Van dit bedrag zou eventueel 1.625 euro moeten worden afgetrokken die aan de heer Buurmans werden toegekend zodat mevrouw Goegebuur nog 10.145 euro verhoging van de belastingvrije som geniet.

Indien artikel 132bis W.I.B. zo dient te worden geïnterpreteerd dat de gescheiden levende belastingplichtige van wiens gezin de gemeenschappelijke kinderen deel uitmaken, niet meer mogen worden meegeteld bij de berekening van de verhoging van de belastingvrije som, dan heeft mevrouw Goegebuur recht op een verhoging van de belastingvrije som van: 1.625 euro voor de gemeenschappelijke kinderen en 3.250 euro voor het hebben van de 2 andere kinderen ten laste. In dit scenario heeft ze dus in totaal recht op 4.875 euro verhoging van de belastingvrije som.

114. In de parlementaire voorbereiding van het nieuwe artikel 132bis W.I.B. wordt geen toelichting gegeven met betrekking tot de verdelingsswijze die in dit artikel werd ingeschreven. Er kan dus worden aangenomen dat de wetgever op dit vlak slechts een *status quo* wou bereiken met de verdelingsswijze ingeschreven in het oude artikel 132bis W.I.B. Dat blijkt

echter niet uit het nieuwe artikel 132bis W.I.B. zelf zodat de nieuwe verdelingswijze rechtsonzeker blijft.

B. Onrechtstreekse gevolgen

115. Naast bovenstaande rechtstreekse gevolgen heeft de toepassing van artikel 132bis W.I.B. ook een aantal onrechtstreekse fiscale gevolgen.

Eén van deze gevolgen werd reeds besproken⁶⁵ namelijk dat de belastingplichtige die bij toepassing van artikel 132bis W.I.B. de helft van de verhogingen van de belastingvrije som ingeschreven in artikel 132, 1° tot 6° W.I.B. ontvangt én die alleen belast wordt, recht heeft op de verhoging van de belastingvrije som voorzien in artikel 133, 1° W.I.B.

116. Ook buiten het gebied van de fiscale tenlasteneming van kinderen heeft de toepassing van artikel 132bis nog impact. Zo stelt artikel 104, 7° W.I.B. , sinds zijn wijziging door de Wet van 27 december 2006, dat ook de uitgaven voor een oppas die voldoen aan de voorwaarden vervat in artikel 113 W.I.B., gedaan door een belastingplichtige die bij toepassing van artikel 132bis W.I.B. de helft van de in artikel 132, 1° tot 5° W.I.B. vermelde toeslagen ontvangt.

117. Voorts konden vóór de wijzigingen die de Wet van 27 december 2006 doorvoert aan artikel 104, 1° en 2° W.I.B. onderhoudsgelden betaald ten bate van kinderen voor wie artikel 132bis W.I.B. was toegepast, nooit meer afgetrokken worden door de uitkeringsplichtige ouder, terwijl deze onderhoudsgelden wel belastbaar bleven in hoofde van de uitkeringsgerechtigde.

Aan deze situatie komt wat betreft de onderhoudsgelden bedoeld in artikel 104, 1° W.I.B.⁶⁶ schijnbaar een einde door de schrapping van deze uitsluiting door artikel 277 van bovengenoemde wet.

De uitsluiting blijft echter behouden voor de onderhoudsgelden die na het belastbare tijdperk waarop zij betrekking hebben worden uitbetaald ter uitvoering van een gerechtelijke beslissing waarbij het bedrag ervan met terugwerkende kracht werd vastgesteld of verhoogd.

⁶⁵ Zie nr. 108.

⁶⁶ Dit zijn de reguliere aftrekbare onderhoudsuitkeringen.

Niettemin is het echter nog steeds onmogelijk om de aftrek van onderhoudsgelden te combineren met de verdeling van de fiscale voordelen ingeschreven in artikel 132bis W.I.B. Dit artikel bevat immers in zijn nieuwe vorm een bepaling die het artikel buiten werking stelt indien een van de betrokken belastingplichtigen de aftrek van de onderhoudsgelden ingeschreven in artikel 104, 1° W.I.B. aanvraagt.

Deze buiten toepassingstelling werd ingeschreven om het mogelijk te maken dat een belastingplichtige die meer baat heeft bij de aftrekbaarheid van een onderhoudsgeld dan bij de verdeling van de verhoging van de belastingvrije som ervoor kan opteren om de aftrek te genieten en af te zien van het voordeel van de verdeling van de verhoging van de belastingvrije som.⁶⁷

118. De wetgever erkent dus dat ook in gevallen van gelijkmatig verdeeld verblijf er geen principieel bezwaar is tegen de aftrekbaarheid van de onderhoudsgelden die een gescheiden levende belastingplichtige betaalt aan zijn kinderen.

Dat is ook logisch vanuit de optiek die in het fiscaal recht nog steeds gehanteerd wordt dat een kind slechts deel kan uitmaken van een gezin. Het is dan immers mogelijk dat het kind ondanks het gelijkmatig verdeeld verblijf niet behoort tot het gezin van de uitkeringsplichtige zodat de aftrekbaarheid van dit onderhoudsgeld bewaard kan blijven.

⁶⁷ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2760/001, 170.



HOOFDSTUK III. BESLUIT

119. De Wet van 27 december 2006 heeft substantiële verbeteringen doorgevoerd aan het fiscale statuut van kinderen op wie een co-ouderschapsregeling van toepassing is.

De wijzigingen werkten immers een aantal bestaande discriminaties weg. Daarnaast heeft de wetgever ook een einde gemaakt aan bepaalde terminologische problemen vervat in het oude artikel 132bis W.I.B.

De balans van de doorgevoerde hervorming is echter niet volledig positief. In de herformulering van artikel 132bis W.I.B. slopen immers ook weer onnauwkeurigheden. Dezen hebben tot gevolg dat het thans niet meer duidelijk is hoe de verdeling mogelijk gemaakt door artikel 132bis W.I.B. dient te geschieden.

Daarnaast blijven bepaalde discriminatoire situaties die al aanwezig waren vóór de hervorming ook na de hervorming bestaan.

Ook de onmogelijkheid van de combinatie van de verdeling van de voordelen van het hebben van een kind ten laste en de aftrek van onderhoudsgelden betaald voor deze kinderen blijft bestaan.

In vergelijking met het oude recht is de draagwijdte van artikel 132bis W.I.B. ook beperkt geworden tot de gevallen van gelijkmatige verdeling van het verblijf van het kind. Dat heeft als voordeel dat het gelijkmatig verdeelde verblijf een extra fiscaal duwtje in de rug krijgt. Het is echter een negatief fiscaal signaal voor de “gewone” verblijfsregeling waarbij het verblijf van een kind op een ongelijkmatige wijze verdeeld wordt (bv. 9-5 regeling of 12-2 regeling).



DEEL III.
KINDERBIJSLAG EN
(VERBLIJFS)CO-LOUDERSCHAP

VALÉRIE VERVLIT

Doctor-assistente
Universiteit Antwerpen



INLEIDING

120. De kinderbijslag vormt samen met het kraamgeld (of de adoptiepremie) en een aantal bijzondere premies (zoals de schoolpremie) de gezinsbijslagregeling. In België bestaat er niet slechts één uniforme kinderbijslagwetgeving die voor alle kinderen op dezelfde wijze een recht op kinderbijslag vestigt; integendeel, er bestaan verschillende gezinsbijslagstelsels voor werknemers, zelfstandigen en ambtenaren. Volgens welk stelsel de kinderbijslag wordt toegekend, is afhankelijk van de categorie waartoe de rechthebbende behoort. Daarnaast bestaat er nog een aanvullend stelsel van gewaarborgde gezinsbijslag voor wie niet onder één van de andere stelsels valt en slechts over bescheiden bestaansmiddelen beschikt.¹ We beperken ons voor deze bijdrage tot de kinderbijslagregeling voor werknemers² en die voor zelfstandigen.³

121. Alle kinderbijslagregelingen zijn opgebouwd rond drie actoren: de rechthebbende, het rechtgevende kind en de bijslagtrekkende. De *rechthebbende* is degene die het recht op kinderbijslag voor een of meerdere kinderen vestigt in een bepaald stelsel op grond van zijn/haar arbeidsprestaties (of van een bijzondere toestand van toekenning)⁴ en op basis van zijn/haar band met het rechtgevende kind. Het *rechtgevende kind* is het kind dat het recht op kinderbijslag doet ontstaan in een bepaald stelsel, en dat zich in een specifieke familiale verhouding ten opzichte van de rechthebbende bevindt. De *bijslagtrekkende* ten slotte is degene die gerechtigd is de kinderbijslag te ontvangen omdat hij/zij instaat voor de opvoeding van het rechtgevende kind.⁵ Daarnaast is er nog sprake van een vierde actor, nl. de uitbetalingsinstelling: bij een rechthebbende werknemer gaat het om

¹ Wet van 20 juli 1971 tot instelling van een gewaarborgde gezinsbijslag, *B.S.* 7 augustus 1971.

² Geregeld door de samengeordende wetten van 19 december 1939 betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, *B.S.* 22 september 1939, hierna afgekort als Kinderbijslagwet Werknemers. De regeling voor de ambtenaren is zeer gelijklopend en verwijst ook naar de Kinderbijslagwet Werknemers.

³ Geregeld door het KB van 8 april 1976 houdende regeling van de gezinsbijslag ten voordele van de zelfstandigen, *B.S.* 6 mei 1976, hierna afgekort als Kinderbijslagbesluit Zelfstandigen.

⁴ Bv. verlaten echtgenoten, invaliden en gehandicapten, weduwen en weduwnaars, leerlingen en studenten, werklozen, gepensioneerden, ... (art. 55-57 Kinderbijslagwet Werknemers).

⁵ V. VERVLIEET, "Het socialezekerheidsrechtelijk statuut van uit de echt gescheiden echtgenoten", *Not.Fisc.M.* 1999, 200.

het kinderbijslagfonds waarbij zijn werkgever is aangesloten, en bij een rechthebbende zelfstandige is dit zijn sociaal verzekeringsfonds.⁶

122. Voor de toekenning van gezinsbijslagen is het onbelangrijk of de ouders van het rechtgevend kind gehuwd zijn of niet: de juridische verhouding waarin deze ouders zich tegenover elkaar bevinden, zou in principe dan ook geen rechtstreekse invloed mogen hebben op het recht op kinderbijslag van het rechtgevend kind. Dat uitgangspunt blijkt echter niet helemaal te kloppen. Feitelijke scheiding en echtscheiding beïnvloeden uiteindelijk de kinderbijslagregels wél doordat ze de feitelijke gezinstoestand wijzigen: ze kunnen tot gevolg hebben dat een andere persoon rechthebbende wordt, dat verscheidene rechthebbenden in een situatie van samenloop terechtkomen of dat de identiteit van de bijslagtrekkende verandert. Aangezien de kinderbijslagregeling in haar organisatie, structuur en werking sterk gesteund is op de specifieke verhouding tussen ouders en kinderen, is het ook niet verwonderlijk dat de figuur van het co-ouderschap in deze sector van de sociale zekerheid uitdrukkelijk aan bod komt.⁷ Enkele jaren na de invoering van deze figuur in het burgerlijk recht, heeft het co-ouderschap dan ook doorgang gevonden in de kinderbijslagregeling, zij het na een hobbelig en lang niet vlekkeloos parcours. Niet minder dan drie opeenvolgende wetwijzigingen (in 1997⁸, 1998⁹ en 1999¹⁰) bleken nodig om tot een bevredigende oplossing te komen.¹¹ Voor de aanpassing van de kinderbijslagregeling voor zelfstandigen heeft de wetgever eerst wijselijk de voltooiing van de kinderbijslagregeling voor werknemers afgewacht, om uiteindelijk in 2000¹² de nodige wijzigingen door te voeren.

⁶ A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIIET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 10.

⁷ Voor de invloed van co-ouderschap en afwisselend verblijf in de andere sectoren van de sociale zekerheid, zie A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIIET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 25-56.

⁸ KB 21 april 1997 houdende sommige bepalingen betreffende de gezinsbijslag ter uitvoering van artikel 21 van de Wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels, *B.S.* 30 april 1997.

⁹ Wetten 22 februari 1998 houdende sociale bepalingen en houdende sommige sociale bepalingen, *B.S.* 3 maart 1998.

¹⁰ Wet 25 januari 1999 houdende sociale bepalingen, *B.S.* 6 februari 1999.

¹¹ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap", *A.J.T.* 1999-2000, 185.

¹² KB 16 maart 2000 tot wijziging van het KB van 8 april 1976.

123. We bekijken in de volgende hoofdstukken achtereenvolgens de invloed van de invoering van het co-ouderschap op de toekenning van de prestaties, en dus vooral op de aanduiding van rechthebbende en bijslagtrekkende (I), en de invloed van deze invoering op het bedrag van de kinderbijslagen (II).



HOOFDSTUK I.

INVLOED VAN DE GEZINSSITUATIE BIJ TOEKENNING VAN DE PRESTATIES

§ 1. WELKE INVLOED HEEFT DE GEZINSSITUATIE?

A. *Regeling vóór de invoering van het gezagsco-ouderschap*

124. Traditioneel wordt het recht op kinderbijslag, zolang de ouders samenleven, bij voorkeur vastgesteld via de tewerkstelling van de rechthebbende vader, en wordt de kinderbijslag uitbetaald aan de bijslagtrekkende moeder, door de kinderbijslaginstelling waarbij de werkgever van de vader is aangesloten. Wanneer de ouders uit elkaar gaan (hetzij door feitelijke scheiding of echtscheiding, hetzij doordat zij eenvoudigweg niet meer (al dan niet wettelijk) samenwonen, primeerde in het verleden (d.i. vóór de invoering van het gezagsco-ouderschap)¹³ steeds de feitelijke situatie voor de aanduiding van de rechthebbende en de bijslagtrekkende: er moest worden nagegaan bij welke ouder de kinderen daadwerkelijk werden opgevoed.¹⁴

125. De meest voorkomende vorm van uitoefening van het ouderlijk gezag was het *alleenbestuur* (*exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag*) door één van de ouders: aangenomen werd dat de ouder die het hoederecht had verkregen, het kind opvoedde; deze ouder was dan ook zowel rechthebbende als bijslagtrekkende, en de kinderen konden in zijn/haar gezin worden gegroepeerd. Als het kind daarentegen niet daadwerkelijk werd opgevoed door de persoon die het hoederecht had, dan moesten de rechthebbende en de bijslagtrekkende worden aangeduid rekening houdend met alle feitelijke elementen. Deze regeling blijft ook nu in principe van toepassing wanneer de rechter afwijkt van het gezagsco-ouderschap en één van beide ouders de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag krijgt toegewezen.¹⁵

¹³ Zie hiervoor ook M. ROOS en A. VANCLOOSTER, *Gezinsbijslagen en gezinssituaties*, Antwerpen, Kluwer, 1993 en Ph. KEMPENEERS, "Echtscheiding en kinderbijslag", *E.J.* 1996, 12-16 (deel I), 30-32 (deel II) en 79-80 (deel III).

¹⁴ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap", *A.J.T.* 1999-2000, 186.

¹⁵ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap", *A.J.T.* 1999-2000, 186.

126. Ook vóór 1995 konden ouders echter al kiezen voor het zgn. *beurtouderschap* (of *tweeverblijfsregeling*), waarbij de kinderen afwisselend en even lang bij elke ouder verbleven, ongeacht aan welke ouder de uitoefening van het ouderlijk gezag was toegekend. Als deze toestand onbetwistbaar vaststond (bewijs door een vonnis, akte of overeenkomst, of door politieattest, getuigenverklaring, ...), werd aan deze uitzonderingssituatie een praktische oplossing gegeven: er werd namelijk uitgegaan van de juridische veronderstelling dat zij nog altijd één gezin vormden wat betreft de opvoeding van de kinderen. Concreet betekende dit dat de vader bij voorrang als rechthebbende werd aangeduid, en dat de kinderen in het gezin van de bijslagtrekkende moeder konden worden gegroepeerd.¹⁶

B. Co-ouderschap versus afwisselend verblijf

127. In 1995¹⁷ werd het gezagsco-ouderschap ingevoerd, en meteen als algemene regel opgelegd in de artikelen 373-374 B.W., zowel tijdens het samenleven als na de scheiding van ouders. Het alleenbestuur of de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag is daardoor de uitzondering geworden.

Gezagsco-ouderschap is een wijze van uitoefening van het ouderlijk gezag van ouders over hun kinderen. Als de ouders van het kind (al dan niet gehuwd) samenleven, ligt het voor de hand dat zij het ouderlijk gezag samen uitoefenen, maar ook wanneer zij niet (meer) samenleven, blijven zij in principe gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen. Deze gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag is de regel: de ouders nemen samen de belangrijke beslissingen in verband met onderhoud en opvoeding van de kinderen (o.a. inzake studiekeuze en schoolkeuze, godsdienst of levensbeschouwing, medische behandelingen, vrijetijdsbesteding, reizen en vakanties, ...), ongeacht bij welke ouder de kinderen feitelijk verblijven. Het gaat in feite om een juridische fictie, die inhoudt dat hoewel de ouders niet langer samenleven, zij nog steeds een samenwonend gezin vormen

¹⁶ Omzendbrief C.O. nr. 1307 van 20 juni 1997, 2-3 en A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap", *A.J.T.* 1999-2000, 186.

¹⁷ Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *B.S.* 24 mei 1995.

en dus worden geacht in alle redelijkheid de nodige en juiste beslissingen te kunnen nemen voor de opvoeding van hun kinderen.¹⁸

128. Het verblijf van de kinderen ingeval de ouders niet (meer) samenwonen, staat in feite los van de problematiek van het gezagsco-ouderschap. Als beide ouders niet samenleven, moet overeenkomstig artikel 374 B.W. een regeling worden getroffen voor het verblijf van het kind. Ofwel kunnen de ouders zelf een regeling uitwerken, ofwel kan, bij gebrek aan overeenstemming tussen de ouders, de rechter een verblijfsregeling opleggen.¹⁹ Daarbij moet sinds de wet van 18 juli 2006 bij voorrang onderzocht worden of een gelijkmatig verdeeld verblijf van het kind aangewezen is, waarbij het kind op gelijke wijze nu eens bij de ene, dan weer bij de andere ouder verblijft (verblijfsco-ouderschap, vroeger²⁰ beurtouderschap of tweeverblijfsregeling genoemd). De rechter kan eventueel ook een ongelijk verdeeld verblijf tussen de ouders vastleggen, of desnoods het exclusief verblijf van het kind bij één van de ouders.

Deze verblijfsregeling doet echter geen afbreuk aan het principe dat beide ouders gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen (gezagsco-ouderschap).²¹ De wijzigingen die door de wet van 18 juli 2006 werden aangebracht, zullen in principe dan ook geen aanpassing van de kinderbijslagregelingen noodzakelijk maken.

C. Gevolgen van de invoering van gezagsco-ouderschap in de kinderbijslagreglementering

129. Als gevolg van de veralgemening van het gezagsco-ouderschap in 1995, moest de kinderbijslagreglementering op een aantal punten gewijzigd worden. De vraag was op welke manier men de regeling van gezagsco-ouderschap zou laten doorwerken: welk criterium zou men

¹⁸ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap", *A.J.T.* 1999-2000, 186-187 en A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 4-7.

¹⁹ A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 7.

²⁰ Zie ook A. VANCLOOSTER, "Over kinderbijlagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen", *T.S.R.* 2000, 237.

²¹ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap", *A.J.T.* 1999-2000, 187.

daarbij moeten gebruiken om de rechthebbende en de bijslagtrekkende te bepalen?²²

130. Uiteindelijk werd gekozen voor het juridische begrip gezagsco-ouderschap als criterium voor de toekenning van kinderbijslag, wat wil zeggen dat dezelfde juridische fictie wordt gebruikt als vroeger voor de gevallen van feitelijk beurtouderschap. Bij gezagsco-ouderschap worden beide ouders geacht de kinderen samen op te voeden, zodat de vader bij voorrang als rechthebbende wordt aangeduid, de moeder verder als bijslagtrekkende wordt beschouwd en de kinderen in het (nieuwe) gezin van de bijslagtrekkende moeder kunnen worden gegroepeerd, ongeacht bij welke ouder de kinderen feitelijk verblijven of in het bevolkingsregister zijn ingeschreven. Dezelfde regels die dus worden toegepast tijdens het samenwonen van de ouders, blijven dan in principe gelden na de scheiding van de ouders, in alle gevallen van gezagsco-ouderschap, en waarborgen zo de continuïteit van de doorbetaling van de kinderbijslag. Daarnaast wordt ook de administratieve rompslomp tot een minimum beperkt doordat dossierbeheerders zich niet voortdurend moeten bezighouden met de opvolging van de feitelijke gezinssituaties. Slechts bij exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag door één van de ouders, zal deze ouder als rechthebbende en als bijslagtrekkende worden aangezien, tenminste als het kind ook feitelijk bij hem wordt opgevoed.²³

131. Hierbij dient wel nog te worden opgemerkt dat de regeling inzake gezagsco-ouderschap alleen van toepassing is op kinderen die de Belgische nationaliteit bezitten. Het burgerrechtelijke begrip gezagsco-ouderschap is een Belgische instelling, wat maakt dat kinderen van een andere nationaliteit daar niet noodzakelijk aan onderworpen zijn. Nochtans belet niets de Belgische rechter om het gezagsco-ouderschap uit te spreken over een vreemd kind dat in België verblijft (bv. bij een echtscheiding van zijn ouders in België): in dat geval zal de juridische fictie toch worden toegepast.²⁴

²² Zie voor de verschillende opties, *Ibid.*

²³ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap", *A.J.T.* 1999-2000, 188.

²⁴ Arbrb. Antwerpen 15 april 2005, AR 370890, onuitg. en A. VANCLOOSTER, "Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen", *T.S.R.* 2000, 238.

132. Hierna bekijken we concreet welke invloed de gewijzigde gezinssituatie na scheiding van de ouders en de invoering van gezagsco-ouderschap juist heeft in de kinderbijslagregeling.

§ 2. AANDUIDING VAN DE RECHTHEBBENDE

133. Het recht op kinderbijslag voor een bepaald kind wordt slechts geopend als voor dat kind een rechthebbende kan worden aangewezen.²⁵ Vaak zullen er voor één kind zelfs meerdere potentiële rechthebbenden zijn. Traditioneel was de vader immers degene die door zijn arbeid het recht op kinderbijslag opende (en was de moeder degene die gerechtigd was om de kinderbijslag te ontvangen aangezien zij instond voor de opvoeding van de kinderen), maar in de loop van de tijd is de groep personen die voor een bepaald kind een recht op kinderbijslag kan doen ontstaan, steeds verder uitgebreid als gevolg van wijzigende samenlevingsvormen.²⁶

134. De kinderbijslagregelingen, zowel voor werknemers als voor zelfstandigen, hanteren evenwel het principe dat het recht op kinderbijslag voor een kind slechts via één enkele rechthebbende kan ontstaan, en op basis van één kinderbijslagregeling. Mogelijk is er dus een probleem van samenloop: om aan te duiden wie in geval van samenloop van verscheidene rechthebbenden het recht op kinderbijslag vestigt, heeft de wetgever een voorrangsregeling uitgewerkt.

135. Twee verschillende hypothesen zijn mogelijk: als de verschillende potentiële rechthebbenden behoren tot verschillende professionele stelsels van sociale zekerheid, nl. werknemers, zelfstandigen of ambtenaren, gaat het om ‘externe samenloop’. Als is uitgemaakt welke kinderbijslagregeling van toepassing is, blijft het echter mogelijk dat nog steeds meerdere personen binnen een zelfde kinderbijslagregeling potentieel rechthebbend zijn: de regels voor de ‘interne samenloop’ moeten dan aanduiden wie de voorrangsgerechtigde rechthebbende is.²⁷

²⁵ Indien er geen rechthebbende kan worden aangeduid, zal er voor dat kind toch gewaarborgde gezinsbijslag verschuldigd zijn.

²⁶ Zie art. 51 Kinderbijslagwet Werknemers en art. 2 tot 10 Kinderbijslagbesluit Zelfstandigen.

²⁷ A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 32.

A. Externe samenloop

1. Algemene regel

136. Er is sprake van externe samenloop wanneer er verscheidene potentiële rechthebbenden zijn in verschillende regelingen.

Bv.: wanneer de moeder van een rechtgevend kind zelfstandige is in hoofdberoep, terwijl de vader voltijds werknemer is, kunnen beide ouders in principe een recht op kinderbijslag openen in verschillende stelsels: de moeder zou voor hun gemeenschappelijke kinderen een recht op kinderbijslag openen in de regeling voor zelfstandigen, de vader in de regeling voor werknemers.

137. De Kinderbijslagwet Werknemers²⁸ voorziet in een aantal (vrij complexe) regels die de verhoudingen tussen de onderscheiden stelsels regelen: we beperken ons tot de samenloop tussen de kinderbijslagregelingen voor zelfstandigen en werknemers. Als algemene regel kan in dat geval worden gesteld dat het voorrangrecht normaliter bij de werknemers bestaat²⁹ (wat de betrokkenen meestal ten goede komt, omdat de kinderbijslagbedragen voor het eerste kind hoger zijn voor werknemers dan voor zelfstandigen)³⁰, maar er bestaat wel een groot aantal uitzonderingen.³¹

138. Zo bepaalt de Kinderbijslagwet Werknemers dat het recht binnen de kinderbijslagregeling voor zelfstandigen voorgaat, en dus elk recht binnen de regeling voor werknemers uitsluit, in de volgende gevallen:

- wanneer het kind *deel uitmaakt van een gezin* dat uitsluitend is samengesteld uit één of meer rechthebbende zelfstandigen:³² het recht van de rechthebbende zelfstandige die deel uitmaakt van het gezin van het kind primeert dus op eventuele rechthebbende werknemers buiten het gezin van het kind;
- als het kind behoort tot een gezin dat is samengesteld uit één of meer rechthebbende zelfstandigen (vader, moeder, stiefvader of stiefmoeder)

²⁸ Art. 60 § 2 en 3 Kinderbijslagwet Werknemers.

²⁹ A. VANCLOOSTER, “Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen”, *T.S.R.* 2000, 220.

³⁰ D. SIMOENS, “Kinderbijslag en co-ouderschap”, *E.J.* 1996, 15.

³¹ Bv. voorrang voor wezen (art. 60 § 3, 1° Kinderbijslagwet Werknemers), voorrang van het recht van de invalide rechthebbende (art. 60 § 3, 2° Kinderbijslagwet Werknemers).

³² Art. 60 § 3, 3° a) Kinderbijslagwet Werknemers.

en één of meer rechthebbenden in de regeling voor werknemers, die echter niet de vader, moeder, stiefvader of stiefmoeder is³³

Bv.: wanneer een zelfstandige vader samenwoont met zijn kind en met een loontrekkende partner die niet de moeder is van dit kind, maar met wie hij niet gehuwd is: de voorrang ligt bij de zelfstandige vader. Als de zelfstandige vader echter huwt met zijn loontrekkende partner, wordt de (minstens halfijds tewerkgestelde) stiefmoeder de voorrangsgerechtigde rechthebbende;³⁴

- als het kind deel uitmaakt van een gezin dat is samengesteld uit twee rechthebbenden, waarvan de ene zelfstandige is en de andere minder dan halfijds werknemer;³⁵ als de ouder-werknemer minstens halfijds tewerkgesteld is, primeert het recht bij de werknemers, zoniet gaat het recht bij de zelfstandigen voor;
- als het kind niet langer deel uitmaakt van het gezin van een effectieve zelfstandige rechthebbende (vader, moeder, stiefvader, stiefmoeder of (over)grootouder), als gevolg van een plaatsing;³⁶ het bestaande voorrangrecht bij de zelfstandige rechthebbende blijft tijdens de plaatsing behouden.

139. Het “deel uitmaken van een gezin” is hierbij fundamenteel: tot vóór de invoering van het gezagsco-ouderschap als algemene regel ontstonden hierbij niet echt praktische problemen. De feitelijke omstandigheden waren immers doorslaggevend, zodat men zich bij ouders die niet samenleefden, ook kon laten leiden door de klassieke opdeling tussen het hoederecht en het bezoekrechten. De ouder die het hoederecht over het kind had, werd verondersteld (tot bewijs van het tegendeel) het kind in zijn gezin te hebben.³⁷

2. Regel bij gezagsco-ouderschap

140. *Fictie van het gezagsco-ouderschap* – Wat gebeurt er nu in geval van gezagsco-ouderschap, wanneer beide ouders tot verschillende regimes behoren (één ouder is werknemer, de andere ouder is zelfstandige):

³³ Art. 60 § 3, 3° b) Kinderbijslagwet Werknemers.

³⁴ A. VANCLOOSTER, “Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen”, *T.S.R.* 2000, 221-222.

³⁵ Art. 60 § 3, 3° c) Kinderbijslagwet Werknemers.

³⁶ Art. 60 § 3, 3° e) Kinderbijslagwet Werknemers.

³⁷ A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTELE en V. VERVLIET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 19.

gezagsco-ouderschap houdt de fictie in dat het “gemeenschappelijk gezin” blijft bestaan wat de opvoeding van de kinderen betreft. Het KB van 21 april 1997 trok deze burgerrechtelijke fictie door naar de kinderbijslagregeling: wanneer twee ouders niet langer samenleven, maar toch het ouderlijk gezag over het kind gezamenlijk blijven uitoefenen (gezagsco-ouderschap), en waarbij de ene ouder zelfstandige is en de andere minder dan halftijds werknemer, ging de regeling voor zelfstandigen voor op de regeling voor werknemers.³⁸

In 1998 werd deze bepaling vervangen door een meer algemene bepaling: in geval van gezagsco-ouderschap van twee ouders over een kind van één van beiden, wordt dit kind verondersteld deel uit te maken van een gezin dat minstens is samengesteld uit zijn beide ouders.³⁹ Conclusie: de werknemersregeling primeert, tenzij de ouder-werknemer slechts een beperkte activiteit (d.i. minder dan halftijds) uitoefent. De oplossing bleef dus dezelfde: als de vader zelfstandige was, en de moeder minder dan halftijds werknemer, dan ging de zelfstandigenregeling voor op de werknemersregeling.⁴⁰ Anderzijds zal de minstens halftijds tewerkgestelde ouder voorgaan op de zelfstandige ouder, ook al verblijven de kinderen feitelijk bij de zelfstandige ouder en ongeacht bij welke ouder de kinderen officieel zijn ingeschreven.⁴¹

141. UYTENHOVE merkt hier terecht op dat het probleem van de externe samenloop in feite meer lag op het vlak van afwisselend verblijf dan van gezagsco-ouderschap. Om na te gaan van wiens gezin het kind deel uitmaakte, kon men ook na de invoering van het gezagsco-ouderschap in principe de feitelijke omstandigheden bekijken. De wetgever heeft er echter voor gekozen (allicht ook ingegeven door het verdwijnen van de begrippen hoederecht en bezoekrecht) om het gezagsco-ouderschap in de kinderbijslagwetgeving op te nemen.

³⁸ A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 19.

³⁹ Art. 60 § 3, 3° laatste lid Kinderbijslagwet Werknemers.

⁴⁰ A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 19.

⁴¹ A. VANCLOOSTER, “Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen”, *T.S.R.* 2000, 222.

Vanuit pragmatisch oogpunt is dit niet slecht bekeken: in plaats van telkens een appreciatie van de feitelijke situatie te moeten maken, gaat de wetgever uit van de fictie dat het gezin in geval van gezagsco-ouderschap is blijven bestaan. In wezen deed de wetgever hetzelfde als wat hij voorheen deed in geval van toepassing van de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag, nl. omwille van het praktische gemak een (feitelijk) vermoeden koppelen aan de aanwezigheid van een rechtsfiguur: vroeger het hoede-recht, nu het gezagsco-ouderschap.⁴²

142. *Belang van het ‘nieuw samengesteld gezin’* – Er wordt ook rekening gehouden met een mogelijke nieuwe partner van de ouder in het gezin waarvan het kind deel uitmaakt. De fictie zal in dat geval de groep potentiële rechthebbenden vergroten: in het belang van het kind zal het meest gunstige systeem steeds voorrang krijgen.⁴³

Bv.: als de vader zelfstandige is, en de moeder nooit arbeid heeft verricht, zal de prioritaire rechthebbende uiteraard de vader zijn, zelfs wanneer het kind na de echtscheiding van de ouders bij de moeder gedomicilieerd is. Als de moeder echter zou hertrouwen met een persoon die voltijds werknemer is, zal deze persoon in samenloop treden met de rechthebbende zelfstandige vader, en zal de werknemer die de nieuwe echtgenoot is van de moeder voorrang krijgen als rechthebbende omdat hij kinderbijslag vestigt in een voor het kind voordeliger regeling (die van de werknemers).⁴⁴

B. Interne samenloop

1. Algemene regel

143. *Opvoeding door één enkele rechthebbende.* Wanneer er voor een welbepaald kind slechts één rechthebbende voorhanden is, gaat de voorrang uiteraard naar deze persoon. Wanneer er binnen één kinderbijslagstelsel (bv. dat van de werknemers) meerdere potentiële rechthebbenden bestaan voor hetzelfde kind, is een specifieke voorrangsregeling van toepassing.⁴⁵

⁴² A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische sociaizekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTELE en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het sociaizekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 20.

⁴³ S. DEGRAVE, *Les impacts de la situation familiale sur le droit de la sécurité sociale*, Waterloo, Kluwer, 2006, 29.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Art. 64 Kinderbijslagwet Werknemers.

De centrale vraag bij de aanduiding van de rechthebbende⁴⁶ is wie van de rechthebbenden het kind *bij zich opvoedt*.

144. Wat moet er worden verstaan onder het begrip “bij zich opvoeden”? Noch de kinderbijslagregeling voor werknemers, noch die voor zelfstandigen geeft een omschrijving van dit begrip. Uit een ministeriële rondzendbrief⁴⁷ kan echter worden afgeleid dat “bij zich opvoeden” betekent dat het rechtgevende kind zich bij de rechthebbende bevindt ongeacht of dit kind al of niet (fiscaal) ten laste is van de rechthebbende.⁴⁸ Indien het kind bij één van de rechthebbenden is gedomicilieerd, vormt dit een weerlegbaar vermoeden dat de betrokken rechthebbende het kind bij zich opvoedt. Dit vermoeden kan echter worden weerlegd door verklaringen, getuigen, politieattesten, enz.⁴⁹

Als de rechthebbende en het rechtgevende kind ophouden samen te wonen, zal men voor de beoordeling van het “bij zich opvoeden” de duur van de onderbreking in ogenschouw nemen: volgens de RKW wordt er aangenomen dat het rechtgevende kind verder wordt opgevoed bij de rechthebbende als de onderbreking van samenwonen niet langer duurt dan twee maanden. Als de onderbreking wel langer duurt dan twee maanden, zal deze gerechtvaardigd moeten worden opdat de rechthebbende ouder zijn hoedanigheid van rechthebbende niet zou verliezen.⁵⁰

Als slechts één van de verschillende mogelijke rechthebbenden het kind bij zich opvoedt, of het uitsluitend of hoofdzakelijk op zijn kosten laat opvoeden, zal hij als prioritaire rechthebbende worden aangeduid.⁵¹

145. *Opvoeding door verscheidene rechthebbenden.* Indien het kind echter wordt opgevoed door verscheidene rechthebbenden (dit is bv. het geval

⁴⁶ Los van de absolute voorrang die aan wezen toekomt, zie art. 64 § 1 Kinderbijslagwet Werknemers.

⁴⁷ Ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu, Omzendbrief nr. 559, 23 maart 1999, 4.

⁴⁸ Zie Ph. KEMPENEERS, “Echtscheiding en kinderbijslag – deel 1”, *E.J.* 1996, 14.

⁴⁹ A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 13.

⁵⁰ Omzendbrief C.O. nr. 919 van 18 september 1972, zie ook A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 34.

⁵¹ Art. 64 § 2 A, 1° Kinderbijslagwet Werknemers.

bij een gezin dat bestaat uit vader (voltijds werknemer), moeder (voltijds werknemer) en kind), geldt een specifieke in de wet verankerde voorrangregeling. In dat geval komen achtereenvolgens in aanmerking als rechthebbende: de rechthebbende vader, de rechthebbende moeder, de rechthebbende stiefvader en de rechthebbende stiefmoeder. Als deze regeling geen uitsluitel biedt,⁵² gaat de oudste onder de rechthebbenden voor.⁵³ De termen ‘stiefvader’ en ‘stiefmoeder’ veronderstellen duidelijk een huwelijk van deze persoon met de ouder van het rechtgevend kind. De feitelijk samenwonende partner van de ouder van het rechtgevend kind komt niet in de voorrangregeling voor.⁵⁴

146. *Opvoeding bij geen enkele rechthebbende.* Wanneer geen van de potentiële rechthebbenden het kind bij zich opvoedt, geldt dezelfde volgorde als wanneer meerdere potentiële rechthebbenden eenzelfde kind opvoeden: vader, moeder, stiefvader, stiefmoeder, oudste potentiële rechthebbende.⁵⁵

147. *Regeling bij zelfstandigen.* De kinderbijslagregeling voor zelfstandigen bevat gelijksoortige voorrangregels wanneer er sprake is van verscheidene potentiële rechthebbenden: de voorrang gaat naar de rechthebbende die het kind in zijn gezin opvoedt of het hoofdzakelijk op zijn kosten laat opvoeden. Als het kind door verscheidene rechthebbenden wordt opgevoed, gaat de rechthebbende vader voor op de rechthebbende moeder, de rechthebbende moeder op de rechthebbende stiefvader, en deze dan weer op de rechthebbende stiefmoeder. Als er geen enkele van deze personen aanwezig is, gaat de oudste rechthebbende voor.⁵⁶

148. *Afstand van voorrang.* In het werknemersstelsel is ten slotte afstand van voorrang mogelijk, waardoor de rechthebbende die de voorrang niet heeft, deze toch kan krijgen. De voorrangswijziging kan alleen in geval van samenloop van gelijkwaardige rechten in het werknemersstelsel en moet

⁵² Dit zou bv. het geval kunnen zijn bij holebiadoptie door twee moeders: de oudste van beide moeders gaat dan voor als rechthebbende.

⁵³ Art. 64 § 2 A, 2° Kinderbijslagwet Werknemers.

⁵⁴ Tenzij hij als oudste rechthebbende zou worden beschouwd. Zie A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 35.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Art. 13 Kinderbijslagbesluit Zelfstandigen.

in het belang van het kind zijn (bv. als het een financieel voordeel oplevert, zoals verhoogde kinderbijslag).⁵⁷

149. De samenloopregeling verwijst naar de rechthebbende die het kind bij zich opvoedt: dit vormt een probleem wanneer twee niet-samenwonende rechthebbenden in het stelsel van gezagsco-ouderschap gezamenlijk het ouderlijk gezag over het kind uitoefenen, bv. na feitelijke scheiding of echtscheiding. Wie wordt in dat geval geacht het kind bij zich op te voeden?

2. Regeling vóór de invoering van het gezagsco-ouderschap

150. *Hoederecht/bezoekrecht.* Vóór de veralgemening van het gezagsco-ouderschap gold als algemene regel dat, wanneer de ouders niet langer samenwoonden, één van hen het alleenbestuur of de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag kreeg toegewezen, aangeduid met de term “hoederecht”. Aan de andere ouder kon eventueel een “bezoekrecht” worden verleend. Wie het hoederecht over de kinderen had gekregen, werd verondersteld de kinderen op te voeden, tenminste wat de toepassing van de kinderbijslagreglementering betrof. Als de ouder met hoederecht ook potentieel rechthebbende was, werd hij/zij met toepassing van de algemene regel ook als prioritaire rechthebbende beschouwd. Desalniettemin werd toch voorrang gegeven aan de feitelijke situatie: wanneer bleek dat het kind toch niet werd opgevoed door degene die het hoederecht had verkregen, moest de rechthebbende worden aangeduid rekening houdende met alle feitelijke elementen.⁵⁸ De rechtspraak interpreteerde deze regeling vrij soepel: men nam immers aan dat het hoederecht de ruime taak inhield de kinderen op te voeden, zodat de uitoefening van het bezoekrecht niet tot gevolg had dat de andere ouder tijdelijk werd ontslagen van zijn taak als opvoeder van het kind. Een typisch voorbeeld was dat vakantieperiodes, waarin het bezoekrecht werd uitgeoefend, niet noodzakelijk gevolgen hadden inzake kinderbijslag.⁵⁹

⁵⁷ A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 35.

⁵⁸ A. VANCLOOSTER, “Co-ouderschap is martelaarschap”, *A.J.T.* 1999-2000, 186 en A. VANCLOOSTER, “Als twee ouders uit elkaar gaan ...” (noot onder Arbh. Gent 4 mei 1990), *B.T.S.Z.* 1990, 515.

⁵⁹ A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTELE en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 14 en A. UYTENHOVE, S.

151. *Beurtouderschap.* Ook vóór 1995 konden ouders die niet (meer) samenleefden, reeds een “beurtouderschapsregeling” uitwerken, waarbij zij overeenkwamen dat de kinderen min of meer gelijke tijd bij beide ouders doorbrachten, los van de vraag aan wie het hoederecht of het bezoekrecht was toegekend. Het was in dat geval eigenlijk niet correct om de voorrangsgerechtigde rechthebbende aan te duiden op basis van het formele criterium van de toekenning van het hoederecht. Ook de feitelijke toestand kon geen uitsluitsel geven over wie precies het kind opvoedde, aangezien het kind gelijke tijd bij beide ouders verbleef. De RKW loste dit op door toepassing van een juridische fictie, die inhield dat de ouders, ondanks het feit dat zij niet meer samenleefden, nog steeds één gezin vormden, en dat zij dus samen instonden voor de opvoeding van de kinderen. Concreet kwam dit erop neer dat in geval van “beurtouderschap” de vader de voorrangsgerechtigde rechthebbende bleef, en de moeder de principiële bijslagtrekkende.⁶⁰

3. Regeling na de invoering van het gezagsco-ouderschap

152. Door de veralgemening van het systeem van gezagsco-ouderschap in 1995 worden alle ouders – gehuwd of ongehuwd, zowel wanneer zij samenleven, als in geval van feitelijke scheiding of echtscheiding – verondersteld het ouderlijk gezag over de kinderen en het beheer over hun goederen gezamenlijk verder uit te oefenen. De toekenning van de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag aan één van beide ouders werd de uitzondering.⁶¹ Voortaan kreeg het stelsel van gezagsco-ouderschap de voorkeur, en wanneer dit niet van toepassing was, werd er gesproken van “exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag” door één ouder, en de toekenning van een zgn. “recht op persoonlijk contact” aan de andere ouder. Deze evolutie werkte noodzakelijkerwijze ook door in de kinderbijslagreglementering: tot dan toe werd de rechthebbende immers aangeduid aan de hand van de vraag wie het hoederecht, oftewel de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag had verkregen.

RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 43.

⁶⁰ A. VANCLOOSTER, “Als twee ouders uit elkaar gaan ...” (noot onder Arbh. Gent 4 mei 1990), *B.T.S.Z.* 1990, 516-517 en A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIT (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 15.

⁶¹ A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 44.

153. *Fictie van het gezagsco-ouderschap.* De wetgever trok in 1997 de fictie uit het burgerlijk recht door naar de kinderbijslagreglementering, waarbij ervan uitgegaan wordt dat in geval van verdere gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, beide ouders nog samen een gezin blijven vormen, en zij ook gezamenlijk de kinderen opvoeden, ondanks het feit dat in de praktijk de kinderen na feitelijke scheiding of echtscheiding nagenoeg uitsluitend bij één van beide ouders verblijven, of in het beste geval, minstens een gelijke tijd doorbrengen bij elk van de ouders afzonderlijk.⁶² Om tot de huidige regeling te komen, bleken uiteindelijk twee wetswijzigingen nodig, in 1997⁶³ en in 1998. Artikel 64 Kinderbijslagwet Werknemers bepaalt voortaan dat “wanneer twee ouders, die niet samenwonen, het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen in de zin van artikel 374 B.W., over een kind dat bij één van hen wordt opgevoed, zij beiden worden geacht het kind bij zich op te voeden”.⁶⁴ Dit bracht met zich mee dat de algemene voorrangregel gold die van toepassing was indien verscheidene rechthebbenden het kind bij zich opvoedden: concreet betekende dit dat de rechthebbende vader voorrang had op de rechthebbende moeder.⁶⁵

Deze juridische fictie wordt niet enkel toegepast bij samenloop van rechten tussen de gescheiden ouders onderling, maar ook tussen de ouder en andere potentiële rechthebbenden (zoals een nieuwe partner) in het gezin. Zo zal de wettelijke vader buiten het gezin toch de voorrangsgerechtigde rechthebbende blijven wanneer hun kinderen in gezagsco-ouderschap worden opgevoed, hoewel ze bij de moeder verblijven die samenwoont met een loontrekkende partner.⁶⁶

⁶² A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLiet (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 16.

⁶³ Art. 8 KB 21 april 1997 voegde hiertoe een § 1 bis in in art. 64 Kinderbijslagwet Werknemers, dat bepaalde dat wanneer twee rechthebbende ouders niet samenwonen, maar wel het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen in de zin van art. 374 B.W., en het kind niet werkelijk bij een andere rechthebbende wordt opgevoed, het recht op kinderbijslag bij voorrang wordt vastgesteld in de persoon van de vader. Deze paragraaf werd in 1998 opnieuw geschrapt. Zie commentaar op deze wetswijziging bij D. SIMOENS, “Kinderbijslag en co-ouderschap”, *E.J.* 1998, 14.

⁶⁴ Art. 33 Wet 22 februari 1998 houdende sociale bepalingen.

⁶⁵ A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 45.

⁶⁶ Omzendbrief C.O. nr. 1315 van 10 april 1998.

154. *Exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag.* Als het ouderlijk gezag exclusief door één van beide ouders wordt uitgeoefend, moet voor de aanduiding van de rechthebbende de algemene regel worden toegepast. Dan geldt immers niet het vermoeden dat beide ouders verder worden verondersteld het kind gezamenlijk op te voeden, maar moet er concreet worden nagegaan wie het kind verder bij zich opvoedt. De RKW gaat er logischerwijze van uit dat de ouder die alleen het ouderlijk gezag over het kind uitoefent, ook degene is die het kind bij zich opvoedt, zodat deze persoon als rechthebbende zal worden beschouwd. Deze ouder behoudt de hoedanigheid van prioritaire rechthebbende, zelfs gedurende de periodes dat het kind bij de andere ouder verblijft voor de uitoefening van het recht op persoonlijk contact. Wanneer het kind echter niet door de persoon wordt opgevoed die het gezag over het kind heeft, kan de rechthebbende worden aangeduid met alle middelen van recht.⁶⁷

155. *Regeling bij zelfstandigen.* Bij zelfstandigen geldt een analoge regeling, die pas werd ingevoerd in 2000, nadat de perikelen hieromtrent in het stelsel van de werknemers nagenoeg opgelost waren. Voor de situatie van gezagsco-ouderschap werd ook hier de bepaling ingevoerd dat wanneer twee ouders, die niet samenwonen, het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen over een kind dat bij één van hen wordt opgevoed, zij beiden worden geacht het kind op te voeden.⁶⁸ Concreet betekende dit dat ook bij zelfstandigen de rechthebbende vader voorrang kreeg op de rechthebbende moeder.⁶⁹

§ 3. AANDUIDING VAN HET RECHTGEVENDE KIND

156. Er zijn drie cumulatieve voorwaarden waaronder een kind als rechtgevend kan worden aangezien tegenover een rechthebbende: er moet een bepaalde (ruim familiale) band bestaan tussen kind en rechthebbende,

⁶⁷ A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 17.

⁶⁸ Art. 13 § 1 Kinderbijslagbesluit Zelfstandigen zoals gewijzigd door het K.B. 16 maart 2000.

⁶⁹ A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 17-18.

het kind mag een bepaalde leeftijd niet bereikt hebben,⁷⁰ en het kind moet in principe in België worden opgevoed.⁷¹

157. De vereiste familiale band tussen rechthebbende en kind kan vrij ruim zijn. Kinderbijslag kan bijvoorbeeld geopend worden voor eigen of geadopteerde kinderen van de rechthebbende, maar ook voor eigen of geadopteerde kinderen van de (ex-)echtgenoot, van de partner met wie de rechthebbende wettelijk samenwoont of samenwoonde,⁷² of van de feitelijke partner.⁷³ Het gezinsbegrip is dus vrij ruim en omvat zowel het wettelijke als het feitelijke gezin.⁷⁴

158. Voor de erkenning als feitelijke gezin was lange tijd vereist dat beide partners van verschillend geslacht waren: op verschillende plaatsen in de kinderbijslagwetgeving werd inderdaad een onderscheid gemaakt tussen personen van hetzelfde of van verschillend geslacht, wat in de praktijk leidde tot vormen van zowel negatieve als positieve discriminatie van mensen van hetzelfde geslacht.⁷⁵ In 2000 werd deze ongelijke behandeling door het Arbitragehof veroordeeld,⁷⁶ en stapsgewijs werd de kinderbijslagreglementering aangepast: zo wordt nu de neutrale term “feitelijk gezin” gehanteerd, dat wordt gevormd wanneer personen (twee, of zelfs meer dan twee) ongeacht hun geslacht, die geen echtgenoten zijn, noch

⁷⁰ Art. 62 Kinderbijslagwet Werknemers. Zie voor meer informatie over deze voorwaarde: S. DEGRAVE, *Les impacts de la situation familiale sur le droit de la sécurité sociale*, Waterloo, Kluwer, 2006, 14-15.

⁷¹ Art. 52 Kinderbijslagwet Werknemers. Zie voor meer informatie over deze voorwaarde: S. DEGRAVE, *Les impacts de la situation familiale sur le droit de la sécurité sociale*, Waterloo, Kluwer, 2006, 13-14.

⁷² Ingevoerd door de Programmawet van 9 juli 2004: voordien werd wettelijke samenwoning op dezelfde wijze behandeld als feitelijke samenwoning. Voortaan blijft het recht op kinderbijslag ook bestaan wanneer de partners niet meer samenwonen, maar de wettelijke samenwoning nog niet is ontbonden, en ook na de ontbinding van de wettelijke samenwoning, op voorwaarde dat het rechtgevend kind deel blijft uitmaken van het gezin van de rechthebbende. Omgekeerd hoeft het rechtgevend kind geen deel uit te maken van het gezin van de rechthebbende zolang de wettelijk samenwonenden een feitelijke gezin vormen, zie J. VAN LANGENDONCK en J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 546.

⁷³ Art. 51 § 3 Kinderbijslagwet Werknemers en art. 15 § 1 Kinderbijslagbesluit Zelfstandigen.

⁷⁴ Het bestaan van een feitelijke (buitenhuwelijks) gezin vloeit in principe voort uit informatie verkregen uit het Rijksregister, maar deze informatie kan eventueel tegengesproken worden door andere officiële stukken waaruit de samenwoning blijkt, aangevuld door art. 68 Wet van 12 augustus 2000 in art. 51 § 3 *in fine* Kinderbijslagwet Werknemers.

⁷⁵ H. HERMANS, F. PRINCEN en M. ROOS, “Overzicht rechtspraak kinderbijslag 1998-2003”, *B.T.S.Z.* 2003, 1254-1255.

⁷⁶ Arbitragehof nr. 80/2000, 21 juni 2000, *B.S.* 31 augustus 2000.

bloed- of aanverwanten tot de derde graad, samenwonen en in onderling overleg hun huishouden regelen en daarbij, eventueel zelfs maar gedeeltelijk, hun respectieve bestaansmiddelen samenvoegen.⁷⁷ Men kan nu dus rechthebbende zijn voor de eigen kinderen van de partner van hetzelfde geslacht.⁷⁸

§ 4. AANDUIDING VAN DE BIJSLAGTREKKENDE

A. Algemene regel

159. Als algemene regel voor de aanduiding van de bijslagtrekkende geldt dat de kinderbijslag moet worden betaald aan degene die het kind opvoedt of grootbrengt. Om de bijslagtrekkende (ofwel degene die het kind opvoedt) aan te duiden, werkt de kinderbijslagreglementering met vermoedens die gebaseerd zijn op het *quod plerumque fit*, tenminste wat de werknemers betreft. In de kinderbijslagregeling voor werknemers komt de kinderbijslag immers toe aan de moeder:⁷⁹ de wet vermoedt aldus zonder verdere voorwaarden dat de moeder het kind opvoedt.

Wanneer echter de moeder het kind niet daadwerkelijk opvoedt, moet de kinderbijslag worden betaald aan de natuurlijke of rechtspersoon die het kind wel daadwerkelijk grootbrengt.⁸⁰ Deze persoon moet erom verzoeken dat de kinderbijslag aan hem/haar zou worden uitbetaald, en moet ook aantonen dat hij/zij, en dus niet de moeder zelf, het kind opvoedt. Als deze persoon er niet in slaagt dit bewijs te leveren, blijft de moeder de principiële bijslagtrekkende.⁸¹

160. De kinderbijslagreglementering voor zelfstandigen vertrekt van een tegenovergesteld uitgangspunt: daar is niet de moeder, maar wel de vader de principiële bijslagtrekkende. De moeder kan evenwel bijslagtrekkende

⁷⁷ Memorie van Toelichting bij de programmawet van 12 augustus 2000, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 756/1, 44.

⁷⁸ A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 47.

⁷⁹ Art. 69 § 1, 1ste lid Kinderbijslagwet Werknemers.

⁸⁰ Art. 69 § 1, 2de lid Kinderbijslagwet Werknemers.

⁸¹ A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTELT en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 21.

worden wanneer zij daartoe de wens uitdrukt en voor zover er geen verzet is van de vader, of hij onbekend of overleden is.⁸²

161. *Opvoeding van het kind.* Wat moet er nu worden begrepen onder de “opvoeding van het kind”? Volgens bepaalde rechtspraak duidt dit op het geheel van de ouderlijke verplichtingen, zoals die worden opgesomd in artikel 203 B.W., zijnde het verschaffen van levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding. Het Arbeidshof van Luik verwoordde het als volgt: “*nourrir*, *c’est à dire donner à l’enfant tout ce qui est nécessaire pour son existence matérielle*; *entretenir*, *c’est à dire assurer l’habillement et l’hébergement*; *élever*, *c’est à dire assurer tout ce dont l’enfant a besoin sur le plan moral et intellectuel pour être élevé conformément à la catégorie sociale à laquelle il appartient*”.⁸³ Het gaat hier dus niet slechts om het “feitelijk bij zich hebben van het kind” zoals gebruikelijk bij de aanduiding van de prioritaire rechthebbende, maar om de daadwerkelijke uitoefening van de ouderlijke rechten en verplichtingen.⁸⁴

B. Regeling vóór de invoering van het gezagsco-ouderschap

162. *Hoederecht/bezoekrecht.* De kinderbijslag moet aldus toekomen aan de ouder die daadwerkelijk voor de opvoeding van de kinderen instaat. Vóór 1995 betekende dit dat de ouder die het hoederecht over het kind had verkregen, meteen ook werd verondersteld het kind op te voeden (en dus de bijslagtrekkende was), ook tijdens de periode waarin de andere ouder zijn bezoekrecht of omgangsrecht uitoefende.⁸⁵ Als bv. de vader het hoederecht had gekregen over de kinderen, kon hij vrij eenvoudig aantonen dat hij in plaats van de moeder instond voor de opvoeding van de kinderen, louter door erop te wijzen dat het hoederecht aan hem was toegekend, zodat hij ook als principiële bijslagtrekkende moest worden beschouwd.⁸⁶

⁸² Art. 31 § 1, 1° en 2° Kinderbijslagbesluit Zelfstandigen.

⁸³ Arbh. Luik 11 maart 1992, *Soc. Kron.* 1996, 67.

⁸⁴ Zie ook A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische sociaizekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIT (eds.), *Actuele problemen van het sociaizekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 22.

⁸⁵ A. VANCLOOSTER, “Co-ouderschap is martelaarschap”, *A.J.T.* 1999-2000, 186 en A. VANCLOOSTER, “Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen”, *T.S.R.* 2000, 237.

⁸⁶ A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 49.

163. *Beurtouderschap.* Wanneer er sprake was van feitelijk beurtouderschap, ging de RKW uit van de fictie dat beide ouders nog steeds één gezin vormden, ongeacht aan wie het hoederecht of het bezoekrecht was toegewezen. Dit kwam er dan op neer dat de moeder in principe bijslagtrekkende bleef in de kinderbijslagregeling voor werknemers, en de vader in de kinderbijslagregeling voor zelfstandigen.⁸⁷

C. Regeling na de invoering van het gezagsco-ouderschap

164. *Fictie van het gezagsco-ouderschap: moeder als bijslagtrekkende.* Deze regeling werd problematisch met de veralgemening van het gezagsco-ouderschap. De uitvoerende macht besliste in 1997 – juist zoals bij de aanduiding van de rechthebbende – in geval van gezagsco-ouderschap de fictie van het samenlevende gezin door te trekken naar de kinderbijslagregeling.⁸⁸ Wanneer twee ouders gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen over hun kinderen, blijft de fictie spelen dat de moeder de kinderen opvoedt: de moeder moet derhalve als principiële bijslagtrekkende worden beschouwd,⁸⁹ en de kinderen worden in het (nieuwe) gezin van de bijslagtrekkende moeder gegroepeerd (zie hiervoor nrs. 199 e.v.), zelfs indien de kinderen feitelijk bij de vader verblijven of zijn gedomicilieerd.⁹⁰ Wanneer beide ouders dus niet samenleven, maar wel gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen, wordt de kinderbijslag in principe integraal aan de moeder uitbetaald (tenminste voor zover het kind niet door een andere bijslagtrekkende wordt opgevoed).

165. De ‘automatische’ aanduiding van de moeder als bijslagtrekkende bij gezagsco-ouderschap kon echter een probleem vormen wanneer de vader *de facto* instond voor de opvoeding van de kinderen: de moeder bleef immers de principiële bijslagtrekkende, zodat de vader dan moest aantonen dat niet de moeder maar hijzelf de kinderen opvoedde, wanneer hij als bijslagtrekkende wilde worden beschouwd: dit bleek een hele procedureslag. Toch oordeelde het Arbitragehof op 15 juli 1999 dat de

⁸⁷ A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische sociaizekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het sociaizekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 23.

⁸⁸ KB 21 april 1997.

⁸⁹ Art. 69 § 1, 3de lid (eerste zin) Kinderbijslagwet Werknemers.

⁹⁰ A. VANCLOOSTER, “Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen”, *T.S.R.* 2000, 238.

wettelijke regeling inzake de toekenning van de kinderbijslag in geval van gezagsco-ouderschap geen discriminatie is in strijd met de Grondwet, maar integendeel een redelijk verantwoorde maatregel, omdat men van de administratie niet kan eisen dat zij telkens nagaat wie van beide ouders in feite het kind ten laste heeft in situaties die onzeker, onstabiel en mogelijk conflictueus zijn. Bovendien zijn verschillende vormen van bijsturing mogelijk.⁹¹

166. De vader had immers een aantal juridische mogelijkheden om de uitbetaling te zijnen gunste van de kinderbijslag te verkrijgen, zoals de mogelijkheid tot verzet, betaling op een kinderrekening (zie hiervoor nr. 167), herziening van het onderhoudsgeld,⁹² minnelijke schikking,⁹³ (dringende) voorlopige maatregelen (zie hiervoor nrs. 178 e.v.), ... Hoewel de vader op deze manier wel de kinderbijslag kon ontvangen, kreeg hij echter niet de hoedanigheid van bijslagtrekkende, en kon hij dus niet het voordeel verkrijgen van de groepering van de kinderen in zijn gezin.

167. *Kinderrekening.* Eén mogelijkheid voor de vader om aanspraak te maken op kinderbijslag ligt vervat in artikel 69 Kinderbijslagwet Werknemers, waarin bepaald wordt dat op verzoek van beide ouders de uitbetaling van de kinderbijslag ook kan gebeuren op een rekening waartoe beide ouders toegang hebben.⁹⁴ Deze zgn. ‘kinderrekening’ is een rekening die geopend wordt op naam van de ouders waarop beide ouders (of één van hen) maandelijks een bepaald bedrag overmaken om uitgaven zoals kleding, school en doktersbezoeken te betalen. De kinderbijslag kan op dergelijke rekening worden gestort, op voorwaarde dat de moeder als principieel bijslagtrekkende, medetitularis is van deze rekening.⁹⁵

⁹¹ Arbitragehof nr. 87/99, 15 juli 1999, *B.S.* 5 oktober 1999. Zie ook H. HERMANS, F. PRINCEN en M. ROOS, “Overzicht rechtspraak kinderbijslag 1998-2003”, *B.T.S.Z.* 2003, 1277.

⁹² Waarbij bij het bepalen van het onderhoudsgeld rekening wordt gehouden met het feit dat de kinderbijslagen aan de moeder worden uitbetaald, zie A. VANCLOOSTER, “Co-ouderschap is martelaarschap”, *A.J.T.* 1999-2000, 190.

⁹³ Waarbij de ouders die met elkaar overeenkomen, kunnen afspreken dat de moeder spontaan de ontvangen kinderbijslagen aan de vader doorstort, zie A. VANCLOOSTER, “Co-ouderschap is martelaarschap”, *A.J.T.* 1999-2000, 189-190.

⁹⁴ Art. 9 KB 21 april 1997 wijzigde in die zin art. 69 § 1, 3de lid (derde zin) Kinderbijslagwet Werknemers.

⁹⁵ Zie A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 55 en verwijzingen aldaar.

168. *Verzet bij de vrederechter.* Een andere mogelijkheid is dat de vader⁹⁶ verzet aantekent bij de vrederechter tegen de betaling van de kinderbijslag aan de bijslagtrekkende moeder, en dit in het belang van het kind.⁹⁷ De verzetdoende partij zal bij succesvolle betwisting in de werknemersregeling echter enkel de uitbetaling van de kinderbijslag verkrijgen, zonder de daaraan verbonden hoedanigheid van bijslagtrekkende, wat belangrijk kan zijn in het kader van de groepering van de kinderen in een gezin⁹⁸: de vader ontvangt gewoon de kinderbijslagen die wettelijk verschuldigd zijn aan de moeder, dus rekening houdend met de groepering rond de bijslagtrekkende moeder.⁹⁹ Opvallend is dat in de kinderbijslagregeling voor zelfstandigen de verzetdoende partij bij een succesvolle betwisting voor de vrederechter wel de hoedanigheid van bijslagtrekkende verkrijgt,¹⁰⁰ wat vragen zou kunnen doen rijzen op het vlak van gelijke behandeling.¹⁰¹

169. Zoals gezegd, zijn deze mogelijkheden echter niet steeds efficiënt, doordat zij de vader wel de kans geven om de kinderbijslag te ontvangen, maar hem niet de hoedanigheid van bijslagtrekkende verlenen, waardoor de kinderen nog steeds niet in zijn gezin kunnen worden gegroepeerd.

170. *Procedure voor de arbeidsrechtbank.* Daarom werd artikel 69 § 1 Kinderbijslagwet Werknemers opnieuw aangepast door de Sociale Programmawet van 22 februari 1998 om de vader de mogelijkheid te geven zich via een procedure voor de arbeidsrechtbank te laten aanduiden als bijslagtrekkende: “*wanneer de ouders niet overeenkomen over de toekenning van de kinderbijslag, kan de vader in het belang van het kind, aan de arbeidsrechtbank vragen om hem als bijslagtrekkende aan te duiden*”.¹⁰² Het belangrijkste verschil met de verzetsprocedure is hier dus dat de vader bij een succesvolle procedure niet alleen de uitbetaling van de kinderbijslag zal verkrijgen,

⁹⁶ Deze mogelijkheid staat ook open voor andere personen, zoals de adoptant, de moeder (bij uitbetaling aan het kind bv.), de pleegvoogd, de toeziende voogd, de curator of de rechthebbende.

⁹⁷ Art. 69 § 3 Kinderbijslagwet Werknemers.

⁹⁸ Zie meer uitgebreid, A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 55-56.

⁹⁹ Omzendbrief C.O. nr. 1315 van 10 april 1998.

¹⁰⁰ Art. 31 § 3 Kinderbijslagbesluit Zelfstandigen.

¹⁰¹ S. RENETTE, I. VAN DER STRAETE en J. PUT, “Gezinsbijslagen in bijzondere gezinssituaties” in *Themis Socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 37.

¹⁰² Art. 3 Wet 22 februari 1998 houdende sommige sociale bepalingen.

maar ook de hoedanigheid van bijslagtrekkende, zodat de kinderen in zijn gezin zullen worden gegroepeerd.

171. *Verzoek bij de kinderbijslaginstelling.* Er was echter nog steeds een gerechtelijke procedure nodig om de vader als bijslagtrekkende te laten aanduiden: daarom werd artikel 69 § 1 Kinderbijslagwet Werknemers in 1999 nog een laatste maal gewijzigd. Voortaan kon de vader door een eenvoudig verzoek aan de kinderbijslaginstelling de hoedanigheid van bijslagtrekkende verkrijgen (en dus de kinderbijslag ontvangen) wanneer het kind bij hem was gedomicilieerd.¹⁰³ De moeder kan hiertegen beroep aantekenen bij de arbeidsrechtbank.

172. Als beide ouders geen overeenstemming kunnen bereiken over de toekenning van de kinderbijslag, kunnen de betrokkenen (zowel vader als moeder) aan de arbeidsrechtbank vragen om de bijslagtrekkende aan te duiden.¹⁰⁴

173. Deze regeling kan soms wel problemen veroorzaken in de gevallen waarin het gezagsco-ouderschap samengaat met verblijfsco-ouderschap (beurtouderschap of tweeverblijfsregeling) waarbij de kinderen op basis van een 50/50-regeling de helft van de tijd telkens bij één van beide ouders verblijven. Daarbij zal, zoals gezegd, één van beide ouders als exclusief bijslagtrekkende gerechtigd zijn om de volledige en ondeelbare kinderbijslag te ontvangen, terwijl beide ouders in principe een gelijkwaardige prestatie leveren in de opvoeding van het kind. De mogelijkheid van een kinderrekening waartoe beide ouders toegang hebben, bestaat wel, maar deze veronderstelt dat beide ouders akkoord gaan over het beheer van de rekening.¹⁰⁵ Dit probleem wordt in de praktijk echter op verschillende manieren opgelost, waarover verder meer (zie nrs. 178 e.v.).

¹⁰³ Art. 69 § 1, 3de lid (tweede zin) Kinderbijslagwet Werknemers. Over de datum van inwerkingtreding van de aanwijzing van de vader als bijslagtrekkende, zie H. HERMANS, F. PRINCEN en M. ROOS, "Overzicht rechtspraak kinderbijslag 1998-2003", *B. T.S.Z.* 2003, 1277-1278.

¹⁰⁴ Art. 69 § 1, 3de lid (vierde zin) Kinderbijslagwet Werknemers, zoals gewijzigd door art. 19 Wet 25 januari 1999 houdende sociale bepalingen.

¹⁰⁵ S. RENETTE, I. VAN DER STRAETE en J. PUT, "Gezinsbijslagen in bijzondere gezinssituaties" in *Themis Socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 54.

174. *Regeling voor zelfstandigen.* Uiteindelijk werd ook de kinderbijslagregeling voor zelfstandigen aangepast aan de regeling van het gezagscoouderschap. Wanneer beide ouders niet langer samenleven, maar het gezag gezamenlijk uitoefenen, is de moeder gerechtigd de kinderbijslag te ontvangen. De vader kan dan op eenvoudig verzoek bijslagtrekkende worden als het kind bij hem is gedomicilieerd.¹⁰⁶ In het licht van harmonisatie tussen de kinderbijslagregelingen voor werknemers en zelfstandigen lijkt deze ingreep een goed idee, maar ze gaat wel in tegen de basisregel van de kinderbijslagregeling voor zelfstandigen, waar traditioneel de vader als bijslagtrekkende wordt aangeduid. De vader blijft dus bijslagtrekkende als het gezin samenleeft, tenzij de moeder dit vraagt en voor zover er geen verzet is van de vader. Wanneer het samenleven van de ouders eindigt, wordt de moeder de principiële bijslagtrekkende, en kan de vader slechts bijslagtrekkende worden en de kinderbijslag ontvangen als het kind bij hem gedomicilieerd is, of als de arbeidsrechtbank hem aanduidt als bijslagtrekkende als beide ouders het oneens zijn.¹⁰⁷ Voor de moeder is het dus, tenminste op het gebied van de kinderbijslagregeling zelfstandigen, interessanter om (feitelijk of uit de echt) gescheiden te zijn dan bij haar echtgenoot te blijven!¹⁰⁸

D. *Enkele bijzonderheden betreffende de uitbetaling van de kinderbijslag*¹⁰⁹

175. Als principe geldt dus dat de arbeidsrechtbank bevoegd is inzake kinderbijslag. Nochtans komt het probleem aan wie de kinderbijslag moet toekomen ook vaak aan bod bij andere rechters, namelijk bij de jeugdrechter, de vrederechter, de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg en de rechtbank van eerste aanleg. We bekijken achtereenvolgens kort de verschillende mogelijkheden, en gaan na wat de gevolgen zijn van deze uitspraken voor de uitbetaling van de kinderbijslag.

¹⁰⁶ Art. 31 Kinderbijslagbesluit Zelfstandigen, zoals vervangen door K.B. 16 maart 2000.

¹⁰⁷ A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische sociaizekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het sociaizekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 25.

¹⁰⁸ J. VAN LANGENDONCK en J. PUT, *Handboek sociaizekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 737.

¹⁰⁹ Met dank aan M. ROOS, juridische dienst RKW en aan M. JOLY, attaché RKW te Antwerpen.

1. Mogelijkheden gebaseerd op de kinderbijslagwetgeving

176. Arbeidsrechtbank. De arbeidsrechtbank is principieel als enige rechtbank bevoegd om te bepalen wie als rechthebbende, rechtgevende of bijslagtrekkende in de kinderbijslagregeling moet worden beschouwd.¹¹⁰ Door de invoering van het gezagsco-ouderschap in het burgerlijk recht is de arbeidsrechtbank in het bijzonder bevoegd voor betwistingen betreffende de aanduiding van de bijslagtrekkende bij gezagsco-ouderschap (zie hiervoor boven, nr. 170). Wanneer de ouders niet overeenkomen over de toekenning van de kinderbijslag, oordeelt de arbeidsrechtbank “*in het belang van het kind*” welke ouder als bijslagtrekkende in aanmerking komt: de arbeidsrechtbank kan zich daarbij laten leiden door de hoogte van het bedrag van de kinderbijslag,¹¹¹ of door de hoogte van het inkomen.¹¹² Aangezien de kinderbijslaginstelling één van de partijen in het rechtsgeeding is, is ze zonder verdere formaliteiten gebonden door het vonnis van de arbeidsrechtbank.¹¹³

177. Vrederechter. Volgens artikel 69 § 3 Kinderbijslagwet Werknemers kan bij de vrederechter verzet worden aangetekend tegen de uitbetaling van de kinderbijslag.¹¹⁴ De vrederechter neemt hier slechts een bewarende maatregel in zoverre aan het kinderbijslagfonds wordt opgelegd om de kinderbijslag voorlopig niet meer uit te betalen aan de andere ouder. De arbeidsrechtbank blijft wel bevoegd om te bepalen wie het kind daadwerkelijk opvoedt en aan wie de kinderbijslag derhalve moet worden

¹¹⁰ Zie art. 580 Ger.W., art. 117 en 119 Kinderbijslagwet Werknemers. Zie ook D. TORFS en K. VANDER STEENE, “Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling” (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 45.

¹¹¹ De Arbeidsrechtbank van Antwerpen vond dat de kinderbijslag aan de vader moest worden uitgekeerd omdat door toepassing van de rangregeling de vader het hoogste bedrag aan kinderbijslag ontving, zie Arbrb. Antwerpen, AR nr. 352.044, 2 januari 2004, onuitg., vermeld bij D. TORFS en K. VANDER STEENE, “Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling” (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 46 en voetnoot 8.

¹¹² Zo kan bv. de kinderbijslag aan de moeder worden uitgekeerd omdat zij het laagste inkomen had, zie Arbh. Brussel 31 mei 2001, *Soc. Kron.* 2003, 494.

¹¹³ Omzendbrief C.O. nr. 1315 van 10 april 1998.

¹¹⁴ Dit gebeurt bij verzoekschrift waarna de vrederechter bij beschikking de verzoeker kan machtigen om verzet aan te tekenen tegen de uitbetaling van de kinderbijslag aan de andere ouder, zie Vred. Berchem, nr. 1039, 31 mei 2001, onuitg., vermeld bij D. TORFS en K. VANDER STEENE, “Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling” (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 46 en voetnoot 10.

uitbetaald.¹¹⁵ Aangezien de beslissing in het raam van de kinderbijslagwetgeving genomen is, volstaat het dat de vader een kopie van de uitspraak van de vrederechter overmaakt aan de kinderbijslaginstelling.¹¹⁶

2. Mogelijkheden buiten de kinderbijslagwetgeving

178. De arbeidsrechtbank is dus bevoegd om te bepalen aan wie de kinderbijslag wordt toegekend. Ouders vragen echter soms de verdeling van de kinderbijslag, waarbij een deel van de kinderbijslag aan de vader en een deel aan de moeder toekomt. De arbeidsrechtbank kan echter niet beslissen over de verdeling van de kinderbijslag tussen de ouders onderling.¹¹⁷ Vaak spreken andere rechters, namelijk de vrederechter, de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of de jeugdrechter, zich wel uit over de betalingsmodaliteiten van de kinderbijslag, en staan zij een zgn. ‘sommendelegatie’ of ‘ontvangstmachtiging’ aan één van de ouders toe voor de toekomst. In rechte gaat het hierbij *niet* om de aanduiding van de bijslagtrekkende: aangezien artikel 69 Kinderbijslagwet Werknemers uitdrukkelijk en op verplichtende wijze bepaalt wie als bijslagtrekkende moet worden beschouwd (en aan wie derhalve de kinderbijslagen moeten worden uitbetaald), kunnen betrokkenen daarover geen overeenkomst sluiten.¹¹⁸

Dergelijke uitspraken gelden in principe enkel in de onderlinge verhouding tussen de ouders, maar zijn niet tegenstelbaar aan het kinderbijslagfonds dat geen partij is in dergelijke zaken. Er kan bijgevolg een probleem van uitvoering ontstaan ingeval de ouder, aan wie de kinderbijslag werd toegewezen, niet de bijslagtrekkende is, en het kinderbijslagfonds de kinderbijslag blijft uitbetalen aan de bijslagtrekkende.

Daarom werd een regeling uitgewerkt die erin bestaat dat de kinderbijslagfondsen in dergelijke gevallen om pragmatische redenen bereid zijn om

¹¹⁵ Vred. Antwerpen 24 november 1998, *T. Vred.* 1999, 300 en D. TORFS en K. VANDER STEENE, “Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling” (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 46.

¹¹⁶ Omzendbrief C.O. nr. 1315 van 10 april 1998.

¹¹⁷ Nergens wordt erin voorzien dat de arbeidsrechtbank bevoegd zou zijn om kennis te nemen van betwistingen over de verdeling van de gezinsbijslag; zie D. TORFS en K. VANDER STEENE, “Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling” (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 46 en voetnoot 13.

¹¹⁸ Omzendbrief C.O. nr. 1307 van 20 juni 1997.

de beslissingen van deze rechters uit te voeren, mits voldaan is aan bepaalde voorwaarden.¹¹⁹ Deze voorwaarden hebben vooral te maken met de kennisgeving van de beslissing: het opsturen van een kopie van de uitspraak volstaat niet.¹²⁰ Deze praktijkregeling wordt bevestigd door omzendbrieven. Nogmaals moet hierbij worden opgemerkt dat de uitvoering van de gerechtelijke beslissing door de kinderbijslaginstellingen niets verandert aan de wettelijke hoedanigheid van bijslagtrekkende in de zin van artikel 69 Kinderbijslagwet Werknemers, zodat de groepering verder gebeurt rond de wettelijke bijslagtrekkende, ook al wordt de kinderbijslag in feite aan een andere persoon uitbetaald.¹²¹

179. Vrederechter. In het raam van dringende voorlopige maatregelen tussen met elkaar gehuwde ouders (dus vóór het begin van een echtscheidingsprocedure, op grond van artikel 223 B.W.) kan de vrederechter uitspraak doen over de toekenning van de gezinsbijslag. Men gaat er dan van uit dat de vrederechter, overeenkomstig artikel 221 B.W., de machtiging geeft om de gezinsbijslag rechtstreeks aan de andere ouder (dan de wettelijke bijslagtrekkende) uit te betalen. Het kinderbijslagfonds is geen partij in het rechtsgeding, maar zal deze sommandelegatie wel uitvoeren indien het vonnis op de door de wet voorgeschreven wijze ter kennis wordt gebracht van het kinderbijslagfonds (als toekomstige derde-schuldenaar): volgens artikel 221 B.W. gaat het hier om kennisgeving door de griffier op vraag van de eisende partij.¹²² Het is zelfs mogelijk dat de rechter de uitbetaling van de kinderbijslag onder beide ouders verdeelt (bv. elk de helft): als deze beslissing aan haar wordt betekend, zal de kinderbijslaginstelling deze rechterlijke verdeling van de kinderbijslag uitvoeren, hoe onpraktisch dit voor haar ook is.¹²³

180. Voorzitter rechtbank eerste aanleg. De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg kan in het raam van voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure (art. 1280, 1ste lid Ger.W.) ook beslissen aan wie

¹¹⁹ D. TORFS en K. VANDER STEENE, "Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling" (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 46.

¹²⁰ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap?", *A.J.T.* 1999-2000, 189.

¹²¹ Omzendbrief C.O. nr. 1307 van 20 juni 1997.

¹²² Omzendbrief C.O. nr. 1307 van 20 juni 1997. Zie ook D. TORFS en K. VANDER STEENE, "Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling" (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 47.

¹²³ Omzendbrief C.O. nr. 1307 van 20 juni 1997, 12.

de kinderbijslag moet toekomen en daartoe een ontvangstmachtiging verlenen. Als deze ontvangstmachtiging door een gerechtsdeurwaarder betekend wordt op verzoek van één van de partijen overeenkomstig artikel 1280, 6de lid Ger.W., zullen de kinderbijslagfondsen eveneens de beslissing van de rechter uitvoeren.¹²⁴

181. Jeugdrechter. Ook jeugdrechters beslissen vaak over de uitbetaling van de kinderbijslag bij vonnissen uitgesproken op het vlak van het ouderlijk gezag. Strikt genomen beschikken zij echter niet over de bevoegdheid om sommendelegaties tussen (ex-)echtgenoten toe te staan: zij baseren zich vaak op artikel 379, 2de lid of artikel 387*bis* B.W. Het wordt nochtans betwist of deze bepalingen wel een juridische grond verschaffen voor de toekenning van kinderbijslag.¹²⁵ Vele jeugdrechters bepalen dan ook, zonder verwijzing naar een wettelijke basis, dat het bedrag van de kinderbijslag toekomt aan deze of gene ouder.¹²⁶ Om rechtsonzekerheid te vermijden, aanvaarden de kinderbijslagfondsen (naar analogie van de regeling bij ontvangstmachtiging) om de beslissingen van jeugdrechters toch uit te voeren als deze ter kennis worden gebracht door de griffier (op vraag van de partijen) of na betekening door een gerechtsdeurwaarder.¹²⁷

182. Rechtbank van eerste aanleg. Vaak zullen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming in hun onderlinge overeenkomst afspreken wie van beide ouders de kinderbijslag in ontvangst mag nemen, hoewel zij in feite in een overeenkomst niet kunnen afwijken van wat in dwingende rechtsregels wordt vastgelegd. Deze overeenkomst wordt vervolgens, wat de minderjarige kinderen betreft, door de rechtbank gehomologeerd. In principe is ook deze regeling, zelfs na homologatie, niet tegenstelbaar aan

¹²⁴ Omzendbrief C.O. nr. 1307 van 20 juni 1997. Zie ook D. TORFS en K. VANDER STEENE, "Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling" (noot onder Arrondb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 47.

¹²⁵ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap?", *A.J.T.* 1999-2000, 189 en D. TORFS en K. VANDER STEENE, "Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling" (noot onder Arrondb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 47; deze laatste auteurs geven bovendien aan dat de in 2003 gewijzigde wettekst van artikel 379 B.W. zeker niet meer toelaat om de kinderbijslag aan één van de ouders toe te kennen.

¹²⁶ D. TORFS en K. VANDER STEENE, "Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling" (noot onder Arrondb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 47.

¹²⁷ Omzendbrief C.O. nr. 1315 van 10 april 1998 en Onderrichting RKW 18 juli 2001. Zie ook D. TORFS en K. VANDER STEENE, "Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling" (noot onder Arrondb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 48.

de kinderbijslagfondsen.¹²⁸ Opnieuw zullen de kinderbijslagfondsen ook deze vonnissen uitvoeren, op voorwaarde dat ze ter kennis worden gebracht van het kinderbijslagfonds op de daartoe voorziene wijze,¹²⁹ nl. na betekening door tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder.¹³⁰ De bekrachtiging van deze overeenkomst door de rechter wordt door de RKW immers beschouwd als een gerechtelijke uitspraak waardoor de regeling van de ontvangstmachtiging naar analogie wordt toegepast.¹³¹

183. Bij het voorgaande moet echter nog een kanttekening worden gemaakt: omdat de kosten die verbonden zijn aan een betekening door een gerechtsdeurwaarder voor de betrokkenen vaak nogal hoog zijn, geven vele griffiers zelf kennis van deze beslissingen aan de kinderbijslaginstellingen, hoewel de wet niet in een dergelijke modaliteit voorziet. De RKW geeft in haar onderrichting aan de kinderbijslagfondsen aan dat zij de kinderbijslagfondsen verzoekt om, ondanks de vereiste van betekening, toch deze kennisgeving in aanmerking te nemen, aangezien het niet de taak van de kinderbijslagfondsen is om een controle uit te voeren naar de wettelijkheid van deze modaliteiten.¹³²

184. VANCLOOSTER concludeert terecht dat, hoewel het hier weliswaar gaat om een waardevolle creatieve oplossing, de wetgever er toch goed aan zou doen om de bevoegdheid van de verschillende burgerlijke rechters inzake kinderbijslag uitdrukkelijk vast te leggen.¹³³ Vooralsnog blijft de wettelijke basis van deze praktijkregeling bijzonder wankel. Vele arbeidsrechtbanken zijn deze oplossing weliswaar niet ongenegen, en eisen ook geen beslissing van de arbeidsrechtbank als er reeds een uitspraak is over

¹²⁸ Omzendbrief C.O. nr. 1307 van 20 juni 1997.

¹²⁹ D. TORFS en K. VANDER STEENE, "Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling" (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 48; A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap?", *A.J.T.* 1999-2000, 189 en S. RENETTE, I. VAN DER STRAETE en J. PUT, "Gezinsbijslagen in bijzondere gezinssituaties" in *Themis Socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 36 en A. UYTENHOVE, S. RENETTE en E. LENAERTS, *Feitelijke scheiding, echtscheiding en sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 2004, 53.

¹³⁰ Onderrichting RKW 18 juli 2001.

¹³¹ D. TORFS en K. VANDER STEENE, "Rechters en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling" (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 48.

¹³² Onderrichting RKW 18 juli 2001.

¹³³ A. VANCLOOSTER, "Co-ouderschap is martelaarschap?", *A.J.T.* 1999-2000, 189.

de kinderbijslag door een andere rechter,¹³⁴ maar af en toe duiken er toch andersluidende adviezen of uitspraken op,¹³⁵ wat onvermijdelijk lijkt zolang de praktijkregeling niet wettelijk wordt vastgelegd.

185. Een andere mogelijkheid is dat de burgerlijke rechter in zijn uitspraak zelf bepaalt aan welke ouder het bedrag van de kinderbijslag uiteindelijk moet toekomen, en daartoe meteen in een uitvoerbare titel voorziet. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door in het beschikkend gedeelte van de uitspraak een formulering op te nemen die aangeeft dat “*het bedrag van de kinderbijslagen aan de ene ouder moet toekomen, hetzij door rechtstreekse betaling door de bevoegde kinderbijslaginstelling, hetzij door doorstorting van het bedrag door de andere ouder*”.¹³⁶ Aldus wordt het onderscheid gemaakt tussen het uitbetalen van de kinderbijslag aan één der ouders en het uiteindelijk toekomen van het als kinderbijslag betaalde bedrag aan één van de ouders.

§ 5. CO-ouderschap en meerderjarigheid van de kinderen

186. Kinderbijslag kan ook na de leeftijd van 18 jaar nog worden toegekend, bv. bij kinderen die gaan studeren, maximaal tot het kind 25 jaar is.¹³⁷ Vanaf het ogenblik dat de kinderen meerderjarig worden,¹³⁸ eindigt echter in principe¹³⁹ het ouderlijk gezag (art. 372 B.W.) ten aanzien van dat kind, en dus ook de regeling van het gezagsco-ouderschap. Dit betekent dan ook dat de juridische fictie van het behoud van het kind in het gezin van de ouders in principe ophoudt vanaf het ogenblik dat het kind 18 jaar wordt. Hierbij moet sinds kort echter een onderscheid gemaakt worden tussen de situatie waarbij het kind (ook na zijn meerderjarigheid) afwisselend en even lang bij beide ouders verblijft¹⁴⁰ en de situatie

¹³⁴ Arbh. Luik 2 november 1999, *J.dr.jeun.* 2000, 36, zie ook D. TORFS en K. VANDERSTEENE, “Rechtens en gezinsbijslag: een moeilijke taakverdeling” (noot onder Arrondrb. Antwerpen 26 april 2004), *E.J.* 2005, 48.

¹³⁵ Gent 16 maart 1998, *T.G.R.* 1999, 103, noot T. MESSIAEN.

¹³⁶ Brussel 5 december 2006, AR nr. 2005/KR/262, onuitg. en Brussel 30 november 2006, AR nr. 2006/JR/211, onuitg.

¹³⁷ Art. 62 Kinderbijslagwet Werknemers.

¹³⁸ Tenzij ze reeds eerder ontvoegd zijn, bv. wegens een huwelijk.

¹³⁹ Uitgezonderd het geval van verlengde minderjarigheid.

¹⁴⁰ Voortzetting van situatie van verblijfsco-ouderschap, zie verder onder nrs. 192 e.v.

waarbij het kind voornamelijk bij één van beide ouders verblijft (zie onder nrs. 187 e.v.).

A. Algemene regeling

187. *Rechthebbende.* Voor het kind dat voornamelijk bij één van beide ouders verblijft (zelfs bij gezagsco-ouderschap), en dat ook na zijn meerderjarigheid nog aanspraak kan maken op kinderbijslag (bv. wegens studies), gaat opnieuw de feitelijke situatie primeren en moet worden uitgemaakt van wiens gezin het kind deel uitmaakt: de rechthebbende ouder bij wie het kind gedomicilieerd is, wordt prioritaire rechthebbende (en bijslagtrekkende).¹⁴¹

Bv.: wanneer een minderjarig kind op wie gezagsco-ouderschap van toepassing is, vooral bij zijn zelfstandige vader verblijft, zal de kinderbijslag toch worden toegekend in het werknemersstelsel als de moeder voltijds werknemer is. Wanneer dit kind echter meerderjarig wordt, en bij zijn zelfstandige vader blijft wonen, zal deze vader voorrangsgerechtigde rechthebbende worden, en zal het kinderbijslagstelsel voor zelfstandigen van toepassing worden.

188. De vraag is dan of er sprake is van een ongelijke behandeling tussen enerzijds het minderjarige kind dat weliswaar deel uitmaakt van het gezin van een zelfstandige ouder, maar waarbij gezagsco-ouderschap van toepassing is, zodat de werknemersregeling (van de werknemer-ouder) moet worden toegepast, en anderzijds het meerderjarige kind dat deel uitmaakt van het gezin van zijn zelfstandige ouder, waardoor alleen nog aanspraak op kinderbijslag mogelijk is in de zelfstandigenregeling, doordat de juridische fictie van het gezagsco-ouderschap niet meer kan worden toegepast. Het Arbitragehof concludeerde in 2004 echter dat er geen discriminatie is op basis van leeftijd wanneer de meerderjarigheid van het kind dat recht geeft op kinderbijslag een einde maakt aan een afwijkende regel (de juridische fictie van het gezagsco-ouderschap) waarvan de verantwoording afhangt van de minderjarigheid van het rechtgevend kind.¹⁴²

¹⁴¹ S. DEGRAVE, *Les impacts de la situation familiale sur le droit de la sécurité sociale*, Waterloo, Kluwer, 2006, 30.

¹⁴² Arbitragehof nr. 100/2004, 2 juni 2004.

Aan dit probleem wordt gedeeltelijk tegemoetgekomen door de regeling die wordt ingevoerd door de omzendbrief van de RKW,¹⁴³ waarbij de fictie van het voortduren van het gemeenschappelijk gezin behouden blijft na de meerderjarigheid, maar dit geldt alleen wanneer het kind afwisselend en even lang bij beide ouders verblijft (verblijfsco-ouderschap).

189. Wanneer geen enkele rechthebbende het kind bij zich opvoedt, geldt eveneens de wettelijke voorrangsregeling, zonder rekening te houden met de juridische fictie in geval van gezagsco-ouderschap. Als een meerderjarige student bijvoorbeeld het gezin van (één van) zijn ouders verlaat en daadwerkelijk alleen gaat wonen, blijft zijn loontrekkende vader de voorrangsgerechtigde rechthebbende. Dat is ook het geval als de ouders al jaren gescheiden wonen en het kind voorheen bij zijn moeder woonde.¹⁴⁴

190. *Bijslagtrekkende.* Ook de bijslagtrekkende wordt aangeduid op basis van alle feitelijke elementen: de kinderbijslag wordt in dat geval betaald aan de ouder bij wie het kind woont.¹⁴⁵

191. Het rechtgevende kind kan echter ook zelf de hoedanigheid van bijslagtrekkende verwerven, zodat de kinderbijslag rechtstreeks aan het kind zelf wordt uitbetaald, bv. als het kind een afzonderlijke hoofdverblijfplaats heeft (dit is mogelijk vanaf 16 jaar).¹⁴⁶ De voor zichzelf kinderbijslagtrekkende jongere kan evenwel in zijn eigen belang een andere persoon als bijslagtrekkende aanduiden. Deze persoon moet met hem verbonden zijn door bloed- of aanverwantschap in de eerste graad, dus een (adoptieve) ouder of een stiefouder. Het belang van het kind kan bestaan in het voordeel van de groepering in zijn oorspronkelijk gezin, met een hogere bijslag tot gevolg (bv. rang 2 of 3 i.p.v. rang 1).¹⁴⁷

¹⁴³ Zie specifieke regeling bij verblijfsco-ouderschap, onder nr. 192.

¹⁴⁴ A. VANCLOOSTER, "Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen", *T.S.R.* 2000, 218.

¹⁴⁵ A. VANCLOOSTER, "Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen", *T.S.R.* 2000, 238.

¹⁴⁶ Art. 69 § 2 Kinderbijslagwet Werknemers: dit is ook mogelijk als het kind gehuwd of ontvoegd is, of als het zelf bijslagtrekkend is voor één of meerdere kinderen.

¹⁴⁷ A. VANCLOOSTER, "Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen", *T.S.R.* 2000, 242.

B. Specifieke regeling bij verblijfsco-ouderschap

192. In 2006 werd door een omzendbrief van de RKW¹⁴⁸ een specifieke regeling ingevoerd voor meerderjarige kinderen die afwisselend en even lang verblijven bij beide ouders. Hoewel er na de meerderjarigheid van het kind in principe geen sprake meer kan zijn van ouderlijk gezag, zal de RKW voortaan toch de juridische fictie inzake gezagsco-ouderschap blijven hanteren voor de toekenning van de kinderbijslag.

193. Als op een minderjarig kind de regeling van gezagsco-ouderschap van toepassing is, wordt er immers uitgegaan van de juridische fictie dat het gemeenschappelijke gezin blijft voortduren, ongeacht de verblijfplaats van het kind (bij één van de ouders, afwisselend verblijf van ongelijke duur of gelijkmatig verdeelde huisvesting). Voortaan zal de juridische fictie van het gezamenlijke gezin ook verder worden toegepast na de meerderjarigheid van het kind,¹⁴⁹ tenminste wanneer dat kind afwisselend en even lang bij beide ouders verblijft. Als gevolg daarvan blijft de vader de voorrangsgerechtigde rechthebbende, en behoudt de moeder de hoedanigheid van bijslagtrekkende (behalve als de vader bijslagtrekkende is omdat de kinderen bij hem zijn gedomicilieerd: dan wordt de kinderbijslag verder aan hem betaald). Deze oplossing zal ook gelden voor kotstudenten die geen afzonderlijk domicilie hebben en grootgebracht zijn in de regeling van verdeelde huisvesting. Wanneer het kind echter niet langer ingeschreven staat op het adres van één van de ouders, is de juridische fictie van het voortduren van het gemeenschappelijk gezin evenmin nog van toepassing.

194. Praktisch zal hiervoor een specifieke procedure gevolgd worden, waarbij beide ouders (ongeacht of de kinderbijslag op dat ogenblik aan de vader of aan de moeder wordt uitbetaald) drie maanden voordat het kind 18 jaar wordt, een informatiebrief ontvangen waarin de gevolgen van de meerderjarigheid van het kind worden aangegeven (rang, aanduiding bijslagtrekkende,...). De ouders moeten dan een verklaring naar de betalende kinderbijslaginstelling sturen waarin ze verduidelijken of het kind afwisselend en even lang gehuisvest wordt door elk van hen en of die

¹⁴⁸ Omzendbrief C.O. nr. 1356 van 13 maart 2006.

¹⁴⁹ Ook als het kind al meerderjarig is op het ogenblik dat de ouders feitelijk gescheiden gaan leven, kan het recht op kinderbijslag verder bepaald worden volgens de juridische fictie van het voortduren van het gemeenschappelijk gezin, als beide ouders verklaren dat het kind verder afwisselend en even lang bij beide ouders zal verblijven.

gelijkmatig verdeelde huisvesting zal voortduren na de meerderjarigheid van het kind: deze verklaring moet door beide ouders worden ondertekend en blijft geldig zolang deze situatie duurt.

- Als beide ouders verklaard hebben dat het kind afwisselend bij elk van hen verblijft (of op een studentenkamer woont zonder er ingeschreven te zijn), worden rechthebbende en bijslagtrekkende verder vastgesteld op basis van de juridische fictie van het voortduren van het gezamenlijke gezin: er verandert dus niets.
- Als de ouders niet reageren of tegenstrijdige verklaringen afleggen, worden rechthebbende en bijslagtrekkende aangeduid op basis van de feitelijke hoofdverblijfplaats van het kind, waarbij wordt uitgegaan van het domicilie van het kind volgens het Rijksregister. Men neemt dan aan dat het kind zijn enige of hoofdzakelijke verblijfplaats heeft bij de ouder bij wie het is ingeschreven in de bevolkingsregisters.
- Als slechts één van de ouders het afwisselend verblijf heeft bevestigd, moet deze ouder deze situatie bewijzen aan de hand van het bestaande vonnis of de bestaande notariële akte over de verblijfsregeling van het kind. Als de ouder dit bewijs kan leveren, wordt aan de andere ouder meegedeeld dat na de meerderjarigheid van het kind de rechthebbende en de bijslagtrekkende verder zullen worden aangeduid volgens de juridische fictie van het voortduren van het gemeenschappelijke gezin. Als dat bewijs niet kan worden bezorgd, wordt het recht op kinderbijslag vastgesteld in overeenstemming met de hoofdverblijfplaats van het kind: er wordt verondersteld dat het kind zijn enige of hoofdzakelijke verblijfplaats heeft bij de ouder bij wie het is ingeschreven.¹⁵⁰

195. Deze regeling geldt uitsluitend voor minderjarige kinderen op wie gezagsco-ouderschap van toepassing was vóór hun meerderjarigheid. Als er geen sprake is van gezagsco-ouderschap, zijn de kinderbijslaginstellingen reeds op de hoogte van de feitelijke leefsituatie van het kind en zal de meerderjarigheid geen wijzigingen met zich brengen.

¹⁵⁰ Zie Omzendbrief C.O. nr. 1356 van 13 maart 2006 en bijlage bij C.O. nr. 1356 van 9 juni 2006.



HOOFDSTUK II.

INVLOED VAN DE GEZINSSITUATIE BIJ HET BEPALEN VAN HET BEDRAG VAN DE KINDERBIJSLAG

§ 1. DE RANGREGELING

196. De hoogte van de kinderbijslag is afhankelijk van de ‘rang’ die het rechtgevende kind inneemt in het gezin van de bijslagtrekkende. Het basisbedrag¹⁵¹ van de ‘gewone’¹⁵² kinderbijslag stijgt dan ook progressief met het aantal rechtgevende kinderen voor wie kinderbijslagen verschuldigd zijn aan één enkele bijslagtrekkende: dit is ingegeven door de idee dat de last die de familie draagt, vergroot met de omvang ervan.¹⁵³

197. Om deze rangorde vast te stellen, worden alle kinderen die deel uitmaken van het gezin van de bijslagtrekkende gegroepeerd. De rang van elk kind wordt bepaald door het tijdstip van de geboorte: het oudste kind krijgt de eerste rang, het tweede kind de tweede rang, en alle daaropvolgende kinderen de derde rang. Het bedrag van de kinderbijslag is afhankelijk van de “(geboorte)rang” van het rechtgevende kind: de kinderbijslag is het laagst voor het eerste kind, hoger voor het tweede kind en weer hoger voor het derde kind.¹⁵⁴ Vanaf het derde kind blijft het bedrag hetzelfde.¹⁵⁵

198. De rang van de kinderen kan wijzigen wanneer zij als gevolg van de scheiding van hun ouders, of van hertrouwen of wedersamenstelling van

¹⁵¹ Aan het basisbedrag kunnen een aantal verhogingen worden toegevoegd omwille van de bijzondere toestand van de rechthebbende, bv. wanneer deze invalide is, langdurig werkloos of gepensioneerd (zie bv. art. 42*bis* Kinderbijslagwet Werknemers).

Daarnaast kunnen de basisbedragen worden vermeerderd met een toeslag, bv. de leeftijdstoelage (drie schijven, vanaf 6 jaar, vanaf 12 jaar en vanaf 18 jaar (art. 44 Kinderbijslagwet Werknemers) of de bijslag voor gehandicapte kinderen (art. 47 Kinderbijslagwet Werknemers).

¹⁵² Een wees krijgt een verhoogde kinderbijslag (art. 50*bis* Kinderbijslagwet Werknemers) onder voorwaarden (art. 56*bis* Kinderbijslagwet Werknemers).

¹⁵³ Verslag aan de Koning bij KB 21 april 1997, B.S. 30 april 1997. Zie ook S. DEGRAVE, *Les impacts de la situation familiale sur le droit de la sécurité sociale*, Waterloo, Kluwer, 2006, 18.

¹⁵⁴ Voor het eerste kind € 78,59, voor het tweede kind € 145,43 en voor het derde en volgende kind € 217,13 (bedragen geldig op 1 oktober 2006).

¹⁵⁵ Art. 40 Kinderbijslagwet Werknemers.

het gezin, niet meer in hetzelfde gezin worden opgevoed, of samenleven met andere rechtgevende kinderen in een zelfde gezin (zie daarvoor wat besproken wordt onder de groepering van kinderen).

§ 2. DE GROEPERING VAN KINDEREN

199. Bij de bepaling van de rang wordt er rekening gehouden met alle rechtgevende kinderen voor wie kinderbijslag wordt uitbetaald aan de bijslagtrekkende: dit noemt men het groeperen van kinderen.¹⁵⁶ Kinderen kunnen alleen gegroepeerd worden in het gezin van de bijslagtrekkende (niet van de rechthebbende!). De groepering van de kinderen in het gezin van de bijslagtrekkende gebeurt ook wanneer het gaat om kinderen voor wie verschillende personen rechthebbende zijn, zelfs wanneer ze tot verschillende stelsels behoren.¹⁵⁷

200. Ook bij gezagsco-ouderschap gebeurt de groepering van kinderen in het gezin van degene die de hoedanigheid van bijslagtrekkende heeft, meestal dus de moeder. De wet doet alsof de rechtgevende kinderen van gescheiden ouders nog steeds samen worden opgevoed door beide ouders (zelfs wanneer niet alle kinderen in werkelijkheid bij de moeder wonen, maar bv. verdeeld zijn over beide ouders), zodat alle kinderen probleemloos met elkaar kunnen worden gegroepeerd in het gezin van de moeder. Wanneer de gescheiden ouders hertrouwen of een nieuw huishouden vormen met partners met eigen kinderen uit een vorige relatie, zal een totale groepering van de verschillende groepen kinderen slechts worden toegelaten in het nieuwe gezin van de moeder en niet in het nieuwe gezin van de rechthebbende vader.

Hierop bestaan uitzonderingen, nl. wanneer de vader uitdrukkelijk de kinderbijslag heeft aangevraagd voor de kinderen die bij hem zijn gedomicilieerd (en daardoor bijslagtrekkende wordt) of ingeval hij door de arbeidsrechtbank als bijslagtrekkende werd aangewezen.¹⁵⁸ Als de vader

¹⁵⁶ S. RENETTE, I. VAN DER STRAETE en J. PUT, "Gezinsbijslagen in bijzondere gezinssituaties" in *Themis Socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 38.

¹⁵⁷ Art. 42 § 1 Kinderbijslagwet Werknemers. Zie ook A. VANCLOOSTER, "Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen", *T.S.R.* 2000, 244.

¹⁵⁸ Zie verder A. VANCLOOSTER, "Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen", *T.S.R.* 2000, 244-245.

echter de uitbetaling van de kinderbijslag vraagt in het raam van een verzetsprocedure of via een kinderrekening, kan hij wel gerechtigd worden de kinderbijslag te ontvangen, maar verkrijgt hij daardoor niet de hoedanigheid van bijslagtrekkende. De kinderen die in zijn gezin worden opgevoed, behouden de rang die zij voordien hadden, en worden dus niet samengevoegd.¹⁵⁹

201. Aangezien de groepering van de kinderen in een gezin gekoppeld is aan de hoedanigheid van de bijslagtrekkende, kan er wel een financieel nadeel verbonden zijn aan de splitsing van de kinderen. Ouders hebben er dus ook na de scheiding belang bij om zo veel mogelijk overeen te komen over de opvoeding van de kinderen.¹⁶⁰

Bv.: een gezin met drie kinderen, wier ouders gescheiden zijn: zolang de moeder bijslagtrekkende blijft (hoewel slechts 2 van de kinderen bij haar wonen en één bij de vader), worden alle kinderen in haar gezin gegroepeerd (rang 1, 2 en 3). Wanneer echter zowel moeder (voor de twee bij haar wonende kinderen) als vader (voor het kind dat bij hem woont) als bijslagtrekkende worden aangeduid, zal de moeder nog slechts 2 kinderen in haar gezin groeperen (rang 1 en 2) en de vader één (rang 1). Aangezien de kinderbijslag omhooggaat met de rang, is de situatie met twee bijslagtrekkenden globaal genomen financieel nadelig.

202. In nieuw samengestelde gezinnen is het natuurlijk mogelijk dat beide partners bijslagtrekkende zijn voor hun eigen kinderen. In dat geval kunnen de kinderen van verschillende bijslagtrekkenden worden gegroepeerd, ongeacht het feit dat deze kinderen onderling geen biologische band met elkaar hebben: dit noemt men de “ruime groepering”. Daartoe moeten wel een aantal voorwaarden vervuld zijn:¹⁶¹ de bijslagtrekkenden moeten dezelfde hoofdverblijfplaats hebben, en hetzij gehuwd zijn, hetzij als feitelijke partners samenwonen, hetzij bloed- of aanverwanten zijn in de eerste, tweede of derde graad.¹⁶²

¹⁵⁹ A. UYTENHOVE, “Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische sociaizekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLiet (eds.), *Actuele problemen van het sociaizekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 24.

¹⁶⁰ A. VANCLOOSTER, “Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen”, *T.S.R.* 2000, 240.

¹⁶¹ Art. 42 § 1, 3de lid Kinderbijslagwet Werknemers.

¹⁶² S. RENETTE, I. VAN DER STRAETE en J. PUT, “Gezinsbijslagen in bijzondere gezinssituaties” in *Themis Sociaizekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 39.

203. De groepering van de kinderen in het gezin van de bijslagtrekkende kan echter bijzonder nadelig uitvallen voor de rechthebbende. Dit is bv. het geval in een zaak waarover op dit ogenblik een prejudiciële vraag bij het Arbitragehof hangende is: de drie kinderen worden na de echtscheiding van de ouders gegroepeerd in het gezin van de bijslagtrekkende moeder, terwijl de vader rechthebbende blijft. Als beide ouders opnieuw een kind krijgen met hun nieuwe partner, zal het vierde kind van de bijslagtrekkende moeder wel de vierde rang toegewezen krijgen, met een hoger bedrag aan kinderbijslag tot gevolg, terwijl het vierde kind van de vader rang 1 krijgt. In tegenstelling tot de bijslagtrekkende moeder, kan de rechthebbende vader het voordeel van de groepering van de kinderen in zijn gezin immers niet inroepen.¹⁶³

Traditioneel redeneert het Arbitragehof dat de toekenning van de kinderbijslag ertoe strekt bij te dragen in de kosten van onderhoud en opvoeding van de kinderen: het criterium voor het bepalen van de groepering van de kinderen is dan ook de verblijfplaats van de bijslagtrekkende, omdat het juist deze bijslagtrekkende is die het kind opvoedt en daarvoor de kosten draagt. Volgens het Hof wordt “*het bedrag aan kinderbijslag dat verschuldigd is aan een bijslagtrekkende berekend op grond van het effectieve aantal kinderen dat hij ten laste heeft, zonder rekening te houden met kinderen die niet meer tot zijn gezin behoren en die worden opgevoed door een andere bijslagtrekkende die niet met hem samenwoont*”.¹⁶⁴ Deze redenering lijkt er van uit te gaan dat de kinderen hoofdzakelijk bij één van beide ouders verblijven en worden opgevoed: aangezien dit meestal de moeder was, werd zij als bijslagtrekkende aangeduid. In casu worden de kinderen echter in verblijfsco-ouderschap opgevoed door beide ouders: de kinderen verblijven even lang bij beide ouders, en beide ouders dragen de kosten van het onderhoud en de opvoeding van de kinderen. Het lijkt dan ook niet terecht om het voordeel van de groepering van de kinderen (en van de daaraan verbonden gunstige rangregeling) enkel toe te kennen aan de ouder die als bijslagtrekkende voor de kinderen is aangewezen. Als gevolg van de wet van 18 juli 2006 is dit verblijfsco-ouderschap trouwens de norm geworden. Het ligt dan ook voor de hand dat voornoemd probleem zich in de toekomst vaker zal voordoen, aangezien de huidige kinderbijslagregeling het weliswaar mogelijk maakt om bij verblijfsco-ouderschap het bedrag

¹⁶³ Arbrb. Brussel 6 februari 2007, AR nr. 2788/06, onuitg.

¹⁶⁴ Arbitragehof nr. 24/2004, 4 februari 2004, *J.T.T.* 2004, 338.

Hoofdstuk II. Invloed van de gezinssituatie bij het bepalen van het bedrag van de kinderbijslag

van de kinderbijslag aan beide ouders te doen toekomen (via een kinderrekening), maar niet toelaat om ook het voordeel van de groepering van de kinderen (en dus van de rangregeling) aan beide ouders toe te kennen. Wordt ongetwijfeld vervolgd...



BESLUIT

204. In deze bijdrage werd getracht een overzicht te geven van de gevolgen van verblijfsco-ouderschap op de regeling inzake kinderbijslag. Het is vooral de invoering van het gezagsco-ouderschap in 1995 dat in de kinderbijslagwetgeving invloed heeft gehad, terwijl het verblijfsco-ouderschap¹⁶⁵ weinig of geen aanpassingen noodzakelijk maakt. Nochtans is gezagsco-ouderschap een juridisch begrip, dat alleen verwijst naar de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door beide ouders over hun kinderen, ongeacht of zij samenleven of niet. Dit begrip zegt in feite niets over de feitelijke verblijfssituatie van de kinderen, hoofdzakelijk bij één ouder, of afwisselend bij beide ouders. Wanneer kinderen afwisselend bij beide ouders verblijven, wordt gesproken van verblijfsco-ouderschap: dit is een begrip dat een louter feitelijke situatie aanduidt, en dat moet worden gezien tegen de achtergrond van de organisatie van het verblijf van de kinderen wanneer de ouders niet langer samenleven.¹⁶⁶

205. De meeste sectoren van de sociale zekerheid (met uitzondering van de pensioenen en de professionele risico's) beslissen aan de hand van de feitelijke situatie (zoals het vormen van een feitelijk gezin) of iemand rechten kan doen gelden op bepaalde socialezekerheidsprestaties, en besteden weinig of geen aandacht aan juridische begrippen (zoals het huwelijk). Een figuur als het gezagsco-ouderschap speelt daarbij in principe geen determinerende rol: de wijze waarop ouders het gezag over hun kinderen uitoefenen, heeft weinig of geen invloed in het socialezekerheidsrecht. Daarentegen wordt wel aandacht besteed aan de problematiek van het verblijfsco-ouderschap: de feitelijke aanwezigheid van kinderen in het gezin kan immers een belangrijke rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de prestaties, of zelfs van het bestaan van een recht op prestaties.

206. Binnen de kinderbijslagregelingen wordt echter weinig rekening gehouden met de figuur van het verblijfsco-ouderschap, maar des te meer met de figuur van het gezagsco-ouderschap. Nochtans was het ook binnen

¹⁶⁵ Zie wel regeling bij meerderjarigheid, nrs. 192 e.v.

¹⁶⁶ Zie ook A. UYTENHOVE, "Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, 2003, 53.

de kinderbijslagwetgeving gebruikelijk om rekening te houden met de feitelijke omstandigheden: zo zal bv. de kinderbijslag niet aan de moeder worden uitbetaald wanneer wordt aangetoond dat zij het kind niet daadwerkelijk opvoedt. Met de invoering van de juridische fictie van het samenlevend gezin bij gezagsco-ouderschap wordt echter afgeweken van het criterium van de feitelijke realiteit: zowel voor het aanduiden van de rechthebbende als voor de aanduiding van de bijslagtrekkende, wordt er immers niet onderzocht bij welke ouder het kind daadwerkelijk verblijft, maar gaat men er daarentegen van uit dat de ouders nog steeds een samenlevend gezin vormen. Dit is op zijn minst merkwaardig te noemen in het licht van de evolutie binnen de meeste sectoren van sociale zekerheid (en sociale bijstand), en het was bovendien ook niet onvermijdelijk: men had immers ook kunnen kijken naar de feitelijke situatie na scheiding om te bepalen wie als rechthebbende of bijslagtrekkende moest worden beschouwd.¹⁶⁷ Aan het hanteren van deze juridische fictie zijn natuurlijk wel een aantal voordelen verbonden, zoals reeds aangegeven (zie nr. 130), met name dat de administratie daardoor niet verplicht wordt om voortdurend de wijzigingen in de feitelijke situatie van de kinderen en ouders op te volgen.

207. Anderzijds moet toch worden erkend dat deze juridische fictie niet steeds aan de wensen van ouders tegemoetkomt, juist omdat ze zo weinig overeenstemt met de feitelijke realiteit. Dit zal bovendien niet verbeteren, gelet op de voorkeur die sinds kort aan het verblijfsco-ouderschap moet worden gegeven. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat er in de praktijk vaak van de wettelijke regels wordt afgeweken, door de kinderbijslaginstellingen te vragen de kinderbijslag uit te betalen aan iemand anders dan de wettelijke bijslagtrekkende, of aan elk van de ouders de helft van de kinderbijslag uit te betalen. Bovendien wordt voor dit soort problemen ook vaak niet de wettelijk bepaalde weg bewandeld: beslissingen over de uitbetaling van kinderbijslag worden immers vaak genomen door vrederechters, jeugdrechters of (voorzitters van) de rechtbank van eerste aanleg (zie boven, nrs. 175 e.v.). Hoewel de RKW en de kinderbijslaginstellingen blijkbaar wel bereid zijn om voor dit soort problemen een pragmatische

¹⁶⁷ Zie uitgebreid over deze problematiek: A. UYTENHOVE, „Co-ouderschap en afwisselend verblijf in het Belgische socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIEET (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 13-14 en 20.

oplossing te hanteren en de beslissingen van de verschillende rechters gewoon uitvoeren, rijst toch de vraag of een aangepaste wettelijke regeling niet wenselijk is.



DEEL IV.
PROCESRECHTELIJKE INNOVATIES
INZAKE VERBLIJFS- EN
OMGANGSREGELING

ILSE MARTENS

Assistente Vakgroep Burgerlijk Recht
UGent



HOOFDSTUK I. INLEIDING

§ 1. SITUERING

208. Door de Wet van 18 juli 2006 werden in het Burgerlijk Wetboek een aantal nieuwe regels ingevoerd om de procedures inzake het ouderlijk gezag en het omgangsrecht voor de jeugdrechtsbank soepeler en efficiënter te laten verlopen (aanvulling van artikel 387*bis* B.W., zoals ingevoerd door de Wet van 13 april 1995).¹

209. Tijdens de parlementaire voorbereiding wierp een senator op dat de opname van procedureregels in het Burgerlijk Wetboek in plaats van in het Gerechtelijk Wetboek – waar ze in feite thuishoren – betreurenswaardig moet worden geacht.² De minister van justitie repliceerde hierop dat de keuze om bepalingen van gerechtelijk recht in te voegen in het Burgerlijk Wetboek verdedigbaar is wegens de specificiteit van de procedures die rechtstreeks verband houden met de kwestie ten gronde, en daarenboven de normale manier van werken is wat familiale materies betreft.³ Er werd o.m. verwezen naar de Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag (zie art. 387*bis* B.W.), de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, de Wet van 29 april 2001 op de voogdij en de bepalingen betreffende het voorlopig bewind (zie art. 488*bis* B.W.). Nochtans heeft de voogdijwet van 29 april 2001⁴ nieuwe procedurele bepalingen inzake de voogdij over minderjarigen in het Gerechtelijk Wetboek ingeschreven (zie art. 1232-1237 Ger.W.), en werden door de adoptiewet van 24 april 2003⁵ de procedureregels inzake adoptie juist overgeheveld van het Burgerlijk Wetboek naar het Gerechtelijk Wetboek (zie art. 1231-1 tot 1231-56 Ger.W.).

¹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 8.

² *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 13 (de T' Serclaes).

³ *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 21.

⁴ *B.S.* 31 mei 2001, in werking getreden op 1 augustus 2001.

⁵ *B.S.* 16 mei 2003, in werking getreden op 1 september 2005.

§ 2. TOEPASSINGSGEBIED

210. De nieuwe regels werden ingevoegd in artikel 387*bis* (thans 387*bis*, 1ste lid) B.W., dat op algemene wijze de bevoegdheid van de jeugdrechtsbank inzake vorderingen betreffende het ouderlijk gezag aangeeft.⁶

Bijgevolg is het toepassingsgebied *ratione materiae* van de betreffende procedureregels beduidend ruimer dan dat van de nieuwe bepalingen van artikel 374, § 2 B.W., aangezien het de volledige titel IX van boek I van het B.W. omvat, m.a.w. het ouderlijk gezag *sensu lato* (art. 371-387*bis* B.W.). De nieuwe regels gelden dus telkens wanneer de rechtbank kennis neemt van vorderingen i.v.m. het regime van gezagsuitoefening, i.v.m. het omgangsrecht of i.v.m. het verblijf van het kind.

211. Van de andere kant is het toepassingsgebied van de hieronder besproken procedurele innovaties in die zin beperkt dat zij *enkel* gelden voor de *jeugdrechtsbanken*, en niet voor de andere gerechten die over deze materie uitspraak kunnen doen.⁷ De nieuwe regels vinden dus geen toepassing in een procedure voor de vrederechter betreffende dringende voorlopige maatregelen tussen echtgenoten of wettelijk samenwonenden (art. 223 B.W. en art. 1479 B.W.), en evenmin in een procedure voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg tot het bekomen van voorlopige maatregelen na het inleiden van een echtscheidingsprocedure (art. 1280 Ger.W.) of in een procedure voor de Voorzitter rechtsprekend in kort geding, in geval van urgentie (art. 584, 1ste lid Ger.W.).

⁶ P. SENAËVE, "De Wet van 13 april 1995 aangaande de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht", *E.J.* 1995, (33) 41, nr. 35.

⁷ De tekst van de wet (art. 387*bis* B.W.) is op dit punt niet duidelijk; nu eens wordt gewag gemaakt van 'de jeugdrechtsbank' (1ste, 4de en 5de lid) en dan weer van 'de rechtbank' (2de en 3de lid), hetgeen bijzonder inconsequent is.

HOOFDSTUK II.

DE VERZOENINGSPOGING DOOR DE RECHTER – INFORMATIEVERPLICHTING OVER HET NUT VAN DE GERECHTELIJKE BEMIDDELING

212. In de oorspronkelijke versie van het wetsontwerp werd geen regel voorgesteld die de rechter zou verplichten een verzoeningspoging te ondernemen en de ouders te informeren over de bemiddeling.⁸ Tijdens de parlementaire bespreking van het ontwerp verklaarde de minister aanvankelijk nog dat, hoewel de bemiddeling in dit domein vanzelfsprekend moest worden bevorderd, het niet aangewezen was dienaangaande een specifieke bepaling op te nemen, aangezien de mogelijkheid om een beroep te doen op de gerechtelijke bemiddeling op algemene wijze werd geregeld door de Wet van 21 februari 2005.⁹ Gesteld werd dat de herhaling van een algemene procesrechtelijke bepaling in een specifieke wettekst contraproductief zou zijn en voor interpretatiemoeilijkheden zou zorgen.¹⁰ In een later stadium werd duidelijk dat heel wat parlementsleden gewonnen waren voor de idee van een verplichte informatieverstrekking over het bestaan en het nut van de mogelijkheid om het geschil voor te leggen aan een bemiddelaar. Uiteindelijk heeft de wetgever er via de goedkeuring van een regeringsamendement¹¹ voor geopteerd in de wet een specifieke bepaling in te lassen met de bedoeling alternatieve geschillenoplossing te bevorderen.

213. Krachtens de aanhef van artikel 387*bis*, 2de lid B.W. moet de jeugdrechtbank die gevat wordt i.v.m. een geschil aangaande ouderlijk gezag, recht op persoonlijk contact of verblijf, tijdens de behandeling van de zaak de verzoening van de partijen nastreven, onverminderd de mogelijkheid om hen in voorkomend geval naar een bemiddelaar te

⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, 28, voorgesteld art. 3.

⁹ De gerechtelijke bemiddeling kent, voor wat familie zaken betreft, een wettelijke grondslag sinds de Wet van 19 februari 2001 (*B.S.* 3 april 2001; toen *proceduregebonden* bemiddeling genoemd). Met de Wet van 21 februari 2005 (*B.S.* 22 maart 2005) werd de gerechtelijke bemiddeling op algemene wijze geregeld in het Gerechtelijk Wetboek (zie art. 1734-1737 Ger.W.).

¹⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 49.

¹¹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/017, (aangenomen) amendement nr. 44 van de Regering; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 12.

verwijzen overeenkomstig artikel 1734 Ger.W.¹² Dit betekent uiteraard niet dat partijen verplicht zouden zijn daar hun medewerking aan te verlenen. Verzoening is immers steeds vrijwillig; het staat de partijen in beginsel vrij om elk overleg met het oog op een minnelijke schikking af te wijzen (zie art. 731 Ger.W.).

214. De vraag rijst of voormelde bepaling voor de ouders de verplichting met zich brengt om persoonlijk te verschijnen. In het licht van de voorbereidende werkzaamheden moet deze vraag negatief worden beantwoord. De minister van justitie verklaarde uitdrukkelijk dat het niet nodig was in de wet uitdrukkelijk voor te schrijven dat de partijen persoonlijk moeten verschijnen, aangezien de wet niet afwijkt van het gemeen procesrecht en evenmin van de Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming (in het bijzonder art. 54¹³ van deze wet, dat de uitzonderlijke gevallen waarin de persoonlijke verschijning van de partijen voor de jeugdrechtbank noodzakelijk is, vermeldt).¹⁴ De partijen kunnen zich dus in principe steeds laten vertegenwoordigen door hun raadsman, zonder persoonlijk aanwezig te zijn (art. 728 Ger.W.). Hierbij moet in herinnering worden gebracht dat de advocaat dan wel over een bijzondere schriftelijke volmacht moet beschikken opdat eventuele toegevingen geldig zouden zijn. Het staat de jeugdrechtbank niettemin vrij een uitzondering te maken op dit recht van vertegenwoordiging en, zelfs ambtshalve, de persoonlijke verschijning van de partijen te bevelen (art. 54, 2de lid Wet 8 april 1965). De partijen behouden dan wel nog het recht om zich te laten bijstaan door hun raadsman.¹⁵

215. Wie een verzoeningspoging onderneemt, beveelt gericht iets aan en treedt dus suggestief op, bv. door bepaalde vragen te stellen. Het verdient m.i. aanbeveling dat de rechter zich in zijn tussenkomst op de verzoenings-

¹² Cf. het reeds bestaande art. 1253 *quater*, a) Ger.W. op grond waarvan de vrederechter alvorens dringende voorlopige maatregelen te nemen m.b.t. o.m. het ouderlijk gezag *sensu lato* (art. 223 B.W.), de echtgenoten moet oproepen in raadkamer en de partijen moet pogen te verzoenen. Thans is dus enkel de kortgedingrechter niet verplicht een verzoeningspoging te ondernemen in geschillen aangaande de uitoefening van het ouderlijk gezag, of aangaande de verblijfs- en omgangsregeling.

¹³ Er werd verkeerdelijk gesproken over art. 51 W. 8 april 1965.

¹⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 49.

¹⁵ Cf. art. 1258, § 1, 1ste lid Ger.W., krachtens hetwelk de aanwezigheid van advocaten bij een verzoeningspoging door de echtscheidingsrechter in het kader van een procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten wordt uitgesloten.

zitting terughoudend opstelt om elke schijn van partijdigheid te vermijden; de actieve rechter die daadwerkelijk de verzoening wenst te leiden en partijen zélf tot een overeenkomst probeert te brengen, loopt het risico dat zijn objectiviteit in twijfel wordt getrokken wanneer hij na een mislukte verzoeningspoging de zaak ten gronde moet beoordelen. Overigens werd tijdens de voorbereidende werkzaamheden uitdrukkelijk gesteld dat een actieve tussenkomst met het oog op het bereiken van een akkoord niet tot de taak van de rechterlijke macht behoort.¹⁶

216. Indien geen verzoening wordt bereikt, moet de rechtbank de partijen alle nuttige inlichtingen verstrekken over de rechtspleging en in het bijzonder over het nut een beroep te doen op de gerechtelijke bemiddeling (art. 387*bis*, 2de lid B.W.). Zo moet zij onder meer het mechanisme beschrijven, de partijen praktische informatie verstrekken en adressen van erkende bemiddelingscentra meedelen.¹⁷ De bedoeling van deze innovatie is de gerechtelijke bemiddeling aan te moedigen en te propageren.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd terecht opgemerkt dat deze bepaling alleen van toepassing is op de jeugdrechtbanken, terwijl men de bemiddeling ook ingang zou moeten doen vinden in procedures die in dit domein voor andere rechtscolleges worden gevoerd. De minister van justitie repliceerde hierop dat de tekst van het wetsontwerp tot hervorming van de echtscheiding een gelijklopende bepaling bevat¹⁸; bovendien overweegt de regering om de rechter te verplichten de partijen in *alle* gezinszaken te wijzen op het bestaan van bemiddeling.¹⁹

217. Het ouderlijk gezag *sensu lato* is ongetwijfeld het terrein bij uitstek waarin de bemiddeling zijn nut kan bewijzen. De tussenkomst van een bemiddelaar kan uitermate nuttig zijn wanneer ouders het oneens zijn over het regime van gezagsuitoefening, over de modaliteiten van het recht op

¹⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 67. Een amendement dat beoogde de rechter te verplichten om de ouders actief bij te staan om tot een akkoord te komen, en hen m.b.t. de eventueel resterende geschilpunten aan te zetten tot bemiddeling (zie *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/005, Amendement nr. 20 (Gerkens)), werd om die reden niet aangenomen.

¹⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/017, (aangenomen) amendement nr. 44 van de Regering, Verantwoording.

¹⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 12.

¹⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/017, (aangenomen) amendement nr. 44 van de Regering, Verantwoording.

persoonlijk contact bij exclusieve gezagsuitoefening of over het verblijf van het kind. De partijen zullen in elk geval sneller geneigd zijn dit akkoord na te leven dan een door de rechter opgelegde ‘beslechting’ van het geschil. Tegelijk kan het risico op onaangepaste of inadequate rechterlijke beslissingen – dat in gebieden zoals ouderlijk gezag en omgangsrecht groot is wegens een gebrek aan volledige informatie – via bemiddeling drastisch worden gereduceerd.

Het verdient dan ook goedkeuring dat de wetgever de bemiddeling in dit domein heeft willen bevorderen. Toch rijzen vragen bij de opportuniteit van een verplichting voor de rechter om de partijen *in alle gevallen* te informeren over het nut een beroep te doen op bemiddeling. Dergelijke verplichting houdt immers het gevaar in dat ze verwatert tot een formaliteit. De wetgever had kunnen volstaan met de uitdrukkelijke bepaling dat de rechter naast een verzoeningspoging ook over de mogelijkheid beschikt om de partijen in voorkomend geval naar een bemiddelaar te verwijzen overeenkomstig artikel 1734 Ger.W.²⁰ en de rechter voor het overige geval per geval te laten oordelen over het nut van een informatieverstrekking aangaande de bemiddeling in functie van zijn oordeel over de eventuele haalbaarheid ervan in het licht van o.m. de wil van de partijen en de complexiteit van de zaak. Overigens lijkt het informeren van partijen over de bemiddelingsmogelijkheid veeleer een taak van de advocaat dan van de rechter.

218. De Wet van 18 juli 2006 wijkt niet af van het fundamenteel vrijwillige karakter van de bemiddeling. De wetgever heeft niet de bedoeling gehad om de rechter de bevoegdheid te geven partijen tot een bemiddelings(poging) te dwingen, maar wenste wel de rechter te verplichten om *proprio motu* de bemiddeling als optie te suggereren, zodat hij niet stilzwijgend moet afwachten tot partijen zélf de stap naar bemiddeling zetten. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd nochtans een amendement ingediend dat ertoe strekte systematisch een bemiddelingspoging op te leggen doordat de rechter eerst ambtshalve een bemiddelaar zou aanwijzen die verplicht zou moeten optreden vooraleer het conflict

²⁰ Zie aanhef van artikel 387*bis*, 2de lid B.W.

verder te laten uitspelen tussen beide advocaten.²¹ De bedoeling van de indiener van dit amendement was niet de bemiddeling *an sich* verplicht te maken, maar wel de ouders te verplichten de bemiddeling ten minste te proberen. Hiertegen werd ingebracht dat een verplichte bemiddelingspoging sowieso kansloos was in gevallen die manifest niet bemiddelbaar zijn.²² Het amendement werd ingetrokken.²³

219. De weigering van een ouder om zijn medewerking te verlenen aan een bemiddelingspoging zou in principe geen gevolgen mogen hebben. Nochtans is uit de rechtspraak al gebleken dat de suggestie van de rechter om in bemiddeling te gaan een zekere druk kan genereren.²⁴ Het is niet denkbeeldig dat de weigering in bemiddeling te gaan of een mislukte bemiddeling die manifest te wijten is aan de halsstarrigheid van één van de ouders, bestraft wordt.²⁵ Het risico bestaat immers dat de rechter zal oordelen dat de ouder die weigert om in te stemmen met de bemiddeling (of met de persoon van de bemiddelaar) *ipso facto* niet in het belang van het kind handelt.²⁶

²¹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/003, Amendement nr. 11 (Swennen). Cf. art. 373-2-10, 3de lid van de Franse *Code civil* (zoals ingevoerd door de W. 4 maart 2002), dat voorziet in de mogelijkheid van een informatie- en kennismakingsmoment: de rechter kan de ouders bevelen naar een bemiddelaar te gaan die hen informeert over het nut en het verloop van de bemiddeling. Indien een ouder desondanks op geen enkele afspraak verschijnt, worden hieraan geen consequenties verbonden. Ook naar Frans recht kan de rechter geen bemiddeling bevelen zonder instemming van de partijen (zie art. 373-2-10, 2de lid C.c.).

²² *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 68.

²³ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 68.

²⁴ Gent 29 juni 1998, *T.J.K.* 2001, 112 met ronduit verplichtende overwegingen (i.v.m. de schoolkeuze): “Daartoe zullen beide partijen een inspanning moeten leveren, hun stellingen moeten verlaten en oor moeten hebben voor elkaar en hun respectievelijke ouderrol (...). (...) dienen de partijen, gelet op hun onderlinge verhouding, beroep te doen op professionele hulpverlening (een instelling voor scheidingsbemiddeling), welke zij zelf concreet moeten invullen. (...) Zegt voor recht dat partijen zich dienen te wenden tot een instelling voor scheidingsbemiddeling naar hun keuze teneinde zo mogelijk op minnelijke wijze een regeling te treffen omtrent de persoon en de goederen van hun dochter (...).” Zie ook Luik 3 juni 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 148, waar het hof de partijen met aandrang uitnodigde een beroep te doen op gezinsbemiddeling, ook al leek de vader van mening dat het ogenblik daarvoor nog niet was gekomen.

²⁵ Illustratief in dat verband is Gent 2 oktober 2000, *T.J.K.* 2001, 114, waar het recht op persoonlijk contact van de vader werd opgeschort nu het hof vaststelde dat hij na de suggestie om in bemiddeling te gaan tot geen enkele toegeving bereid was.

²⁶ Gent 7 december 1998, *T.J.K.* 2001, 113, waar letterlijk wordt overwogen: “Een weigering tot bemiddeling kan bezwaarlijk beloofd worden. Wie bemiddeling weigert, geeft er immers blijk van dat hij of zij niet in het belang van het kind maar enkel in het eigen belang handelt, terwijl nochtans het belang van het kind de eerste drijfveer bij de beoordeling van een zaak moet zijn”.

220. Indien de rechtbank vaststelt dat een toenadering mogelijk is, kan zij de schorsing van de procedure bevelen gedurende maximaal één maand. Deze schorsing biedt de partijen de mogelijkheid alle nuttige inlichtingen over de bemiddeling in te winnen en het bemiddelingsproces op te starten (art. 387*bis*, 2de lid B.W.). Wordt effectief een aanvang genomen met de bemiddelingsprocedure, dan kan de rechter de zaak uitstellen gedurende maximaal drie maanden om de bemiddelaar toe te laten zijn opdracht te voltooien (art. 1734, § 2 Ger.W.). De schorsingsmogelijkheden van de artikelen 387*bis*, 2de lid B.W. en 1734, § 2 Ger.W. moeten dus in cumulatieve zin worden begrepen. De termijn van drie maanden is hernieuwbaar (zie art. 1734, § 3 Ger.W.); de termijn van één maand – bij gebreke van andersluidende bepaling – niet.

HOOFDSTUK III.

MOGELIJKHEID VAN HET BEVELEN VAN MAATREGELEN ALVORENS RECHT TE DOEN

221. De nieuwe wet biedt de jeugdrechtbank uitdrukkelijk de mogelijkheid om – zelfs ambtshalve – voorafgaande maatregelen te bevelen om de vordering te onderzoeken of om de situatie van de partijen voorlopig te regelen (art. 387*bis*, 3de lid B.W.). Deze regel is slechts een herhaling van wat al wordt bepaald in artikel 19, 2de lid Ger.W., maar de wetgever achtte het aangewezen deze mogelijkheid in dit contentieux nog eens met zoveel woorden te bevestigen. Via een uitdrukkelijke bepaling hoopt men dat jeugdrechtbanken meer dan voordien op het vlak van ouderlijk gezag, omgangsrecht en verblijf beslissingen alvorens recht te doen zullen bevelen.²⁷

222. Deze werkwijze biedt de ouders het voordeel dat zij, lopende de procedure, niet in een juridisch vacuüm terechtkomen, doordat hun toestand – zij het voorlopig en gebeurlijk in afwachting van het resultaat van het maatschappelijk onderzoek – adequaat kan worden geregeld. De rechter van zijn kant houdt een slag om de arm, in die zin dat hij zijn volledige beslissingsmacht behoudt. Met het bevelen van een maatregel alvorens recht te doen, spreekt de rechter zich immers niet uit over het geschil dat voor hem wordt gebracht.²⁸

Nochtans valt niet in te zien in welk opzicht deze bepaling enige meerwaarde kan bieden. Elke rechter kan nu eenmaal ex artikel 19, 2de lid Ger.W. maatregelen alvorens recht te doen bevelen in alle gezinszaken die voor hem worden gebracht.²⁹ De opname van deze mogelijkheid in een specifieke bepaling betreffende de jeugdrechtbank die daarenboven enkel

²⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 14.

²⁸ Cf. P. Taelman en G. Verschelden, "Proceduregebonden bemiddeling in familie zaken", in X (ed.), *Gandaius Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 273, nr. 483.

²⁹ O.m. op het vlak van onderhoudsgeld (ouders/kinderen), ouderlijk gezag, omgangsrecht, verblijf... Ook in een kortgedingrechtspleging behoort dit tot de mogelijkheden. De kortgedingrechter, aangezocht ex art. 1280 Ger.W., kan bv. in afwachting van het resultaat van de bemiddeling bij wege van maatregel alvorens recht te doen één van de partijen veroordelen tot het betalen van onderhoudsgeld t.a.v. de andere.

speelt in geschillen aangaande het ouderlijk gezag *sensu lato*, lijkt dan ook niet zinvol.

HOOFDSTUK IV.

MOGELIJKHEID VAN VOORLOPIGE REGELING EN HERZIENING VAN DE ZAAK

223. Reeds vóór de Wet van 18 juli 2006 kwamen beslissingen waarbij de rechtbank een voorlopige gezags-, verblijfs- of omgangsregeling oplegde met het oog op een evaluatie na een bepaalde periode geregeld voor. Indien de rechter in een concreet geval bv. vragen had over de haalbaarheid van een gelijkmatig verdeeld verblijf, kon hij ofwel meteen dergelijke regeling opleggen, met een nieuwe evaluatie van de zaak na een bepaalde termijn, of, integendeel, het hoofdverblijf vastleggen bij één ouder en enkele maanden later de mogelijkheid van een gelijkmatig verdeeld verblijf onderzoeken.

224. In het wetsontwerp-Onkelinx werd voorgesteld artikel 387*bis* B.W. aan te vullen met een vierde lid, op grond waarvan de jeugdrechtbank bij wie voor het eerst een vordering i.v.m. het ouderlijk gezag *sensu lato* aanhangig wordt gemaakt, zou worden verplicht een voorlopige regeling te treffen en de zaak opnieuw te onderzoeken binnen een termijn van één jaar.³⁰

Met de voorgestelde regeling beoogde men te verzekeren dat de situatie m.b.t. de kinderen na verloop van tijd opnieuw zou worden geëvalueerd³¹, om zo de partijen toe te laten een stand van zaken op te maken en conclusies te trekken uit hun voorbije ervaring. Er werd immers vastgesteld dat de beslissingen die worden genomen op het tijdstip van de scheiding daarna niet zelden moeilijk toepasbaar blijken te zijn in de praktijk.³²

225. De idee van een ambtshalve herziening van het dossier kon echter op weinig steun rekenen in het parlement. Er werd opgeworpen dat een ambtshalve herziening niet in alle gevallen opportuun is; het is immers perfect mogelijk dat er in een concreet dossier geen knelpunten meer zijn.

³⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, 28, voorgesteld art. 3.

³¹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 8.

³² *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 14.

Bij amendement³³ werd een nieuwe evaluatie van de zaak – terecht – facultatief gemaakt.³⁴

226. De tekst van artikel 387*bis*, 4de lid B.W. is zeer ongelukkig geformuleerd. Waar het uitgangspunt van de ambtshalve herziening van de zaak in de uiteindelijke wettekst is weggefallen, werd de bepaling aangaande het treffen van een voorlopige regeling wél ongewijzigd uit het wetsontwerp overgenomen. Dit is zo waar de nieuwe wet stelt dat “(...) *de jeugdrechtbank beslist over een voorlopige regeling, behoudens overeenstemming van alle partijen en van de procureur des Konings* (...)”. In een letterlijke interpretatie van artikel 387*bis*, 4de lid B.W. moet de jeugdrechtbank in alle gevallen een voorlopige regeling treffen, tenzij de ouders én de procureur des Konings een overeenstemming in tegenovergestelde zin bereiken. Nochtans kan met deze (ongelukkige) zinsnede niets anders en niets meer worden bedoeld dan dat (enkel) indien de rechtbank beslist dat de zaak binnen een bepaalde termijn moet worden geëvalueerd, zij een voorlopige regeling moet treffen in afwachting van verdere evaluatie. Het vereiste een voorlopige regeling te treffen is immers slechts verantwoord voor zover daaraan het vereiste van een evaluatiezitting wordt vastgeknoopt. Naar de bedoeling van de wetgever moet worden aangenomen dat de jeugdrechtbank, nu zij niet (meer) verplicht is de zaak na een bepaalde termijn opnieuw te bekijken, zij evenmin verplicht is in alle gevallen een voorlopige regeling te treffen.³⁵

227. Concluderend kan worden gesteld dat artikel 387*bis*, 4de lid B.W. in wezen niets nieuws brengt. De rechter die zich moet uitspreken in een geschil aangaande het regime van gezagsuitoefening, aangaande het omgangsrecht, of aangaande het verblijf van een kind beschikt net als voorheen over een ruime beoordelingsbevoegdheid om zijn beslissing in een concreet geval al dan niet in de tijd te beperken, o.m. in functie van de vraag naar de haalbaarheid van de door hem getroffen regeling.

³³ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/007, (aangenomen) amendement nr. 28 (Wathelet en Verherstraeten).

³⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 12.

³⁵ In dezelfde zin: P. SENAEVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 134, nr. 58.

228. Indien de rechtbank het opportuun acht de zaak later opnieuw te onderzoeken, moet zij de datum van de evaluatiezitting ambtshalve vastleggen in het vonnis waarin de situatie voorlopig – in afwachting van de verdere evaluatie – wordt geregeld, binnen een termijn van maximaal één jaar te rekenen vanaf dit vonnis.

De herzieningszitting vindt plaats, onverminderd een nieuwe oproeping³⁶ op een vroegere datum op verzoek van één der partijen overeenkomstig artikel 387*bis*, 5de lid B.W. Een amendement dat ertoe strekte dat de eerder ambtshalve vastgestelde datum voor de evaluatiezitting zou kunnen worden gewijzigd in het vonnis dat na dergelijke nieuwe oproeping wordt verleend, werd ingetrokken.³⁷ Nochtans was dergelijke wijzigingsmogelijkheid nuttig geweest om te vermijden dat de evaluatiezitting heel snel na de nieuwe beslissing volgt.

³⁶ Het wetsontwerp-Onkelinx sprak ten onrechte over ‘*een nieuwe aanhangigmaking*’ (*Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, 28, voorgesteld art. 3). Wanneer de rechter heeft beslist de zaak na een bepaalde termijn te evalueren, is zij reeds aanhangig, zodat er geen sprake kan zijn van een nieuwe aanhangigmaking. Bij amendement werd dit aangepast, zie *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/002, (aangenomen) amendement nr. 3, 1° (Taelman).

³⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/002, amendement nr. 3, 2° (Taelman); *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, 12.



HOOFDSTUK V. DE BLIJVENDE SAISINE VAN DE JEUGDRECHTBANK

§ 1. NIEUWE REGELING

A. Het beginsel van de blijvende saisine

229. Eén van de belangrijkste innovaties van de Wet van 18 juli 2006 betreft de invoering van de regel dat de zaak aangaande het ouderlijk gezag bestendig aanhangig blijft bij de jeugdrechtbank tot de kinderen op wie het geschil betrekking heeft, ontvoegd zijn of de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt (art. 387*bis*, 5de lid B.W.). De bedoeling van deze innovatie is de procedure te vereenvoudigen en de gerechtskosten te verminderen.

Voorheen was het beginsel van de blijvende saisine reeds ingeschreven in artikel 1280, 9de lid Ger.W. in het kader van de voorlopige maatregelen bij echtscheiding op grond van bepaalde feiten, in artikel 1580*quater* Ger.W. in geval van moeilijkheden bij de tenuitvoerlegging van een verkoop uit de hand bij uitvoerend beslag op onroerend goed en in artikel 1675/14, § 2, 3de lid Ger.W. in het kader van de collectieve schuldenregeling.

230. De wetgever heeft de regel van de blijvende saisine bewust niet willen uitbreiden naar de procedure dringende voorlopige maatregelen voor de vrederechter.³⁸ In een amendement werd nochtans dergelijke uitbreiding voorgesteld, o.m. op grond van de overweging dat dringende voorlopige maatregelen in de praktijk vaak heel lang gelden en dus ook snel moeten kunnen worden herzien.³⁹ Hiertegen werd opgeworpen dat dit temporele bevoegdheidsvragen zou doen rijzen.⁴⁰ Het amendement werd ingetrokken.⁴¹

³⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 15.

³⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/002, amendement nr. 1 (Taelman).

⁴⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 48.

⁴¹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 57.

231. Het mechanisme van de voortdurende aanhangigmaking levert voor partijen het voordeel op dat zij niet langer verplicht zijn een nieuwe procedure in te leiden in geval van gewijzigde omstandigheden. De neerlegging van een conclusie ter griffie of een schriftelijk verzoek gericht aan de griffie is voldoende opdat de zaak opnieuw voor de rechtbank zou worden gebracht.⁴²

Anderzijds heeft deze innovatie de bedoeling de kosten te verminderen, doordat partijen geen nieuw verzoekschrift moeten indienen en derhalve geen rolrechten moeten betalen.⁴³

Ten slotte strekt de nieuwe bepaling ertoe bepaalde procedurele moeilijkheden weg te werken, meer bepaald diegene die gerelateerd zijn aan het knelpunt van de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen inzake verblijf en omgang (in het bijzonder m.b.t. de problematiek van de dwangsommen)⁴⁴ (zie daarover nrs. 287-289).

232. Er moet op gewezen worden dat het toepassingsgebied van artikel 387*bis* B.W. enkel titel IX van boek I van het B.W. omvat, m.a.w. het ouderlijk gezag *sensu lato* (art. 371-387*bis* B.W.). Bijgevolg kunnen enkel geschillen aangaande het regime van gezagsuitoefening, aangaande het omgangsrecht en aangaande het verblijf van het kind op grond van artikel 387*bis*, 5de lid B.W. opnieuw voor de jeugdrechtbank worden gebracht. De nieuwe regeling vindt dus geen toepassing m.b.t. zuiver onderhoudsrechtelijke geschillen. Overigens is de rechter die bevoegd is om uitspraak te doen over het onderhoudsgeld tussen ouders en kinderen de vrederechter, en verandert de nieuwe regel van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank daar niets aan.

233. In het algemeen geldt als vereiste voor de toepassing van het nieuwe 5de lid van artikel 387*bis* B.W. dat er voorheen reeds een zaak aangaande het regime van gezagsuitoefening, aangaande het omgangsrecht of aangaande het verblijf van het kind aanhangig werd gemaakt bij de jeugdrechtbank overeenkomstig de gewone wijzen van aanhangig maken

⁴² *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 8.

⁴³ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 47 en 72.

⁴⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 8; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 47 en 72.

van een vordering, nl. via een verzoekschrift. Dit volgt uit de tekst van artikel 387*bis*, 5de lid B.W., waar het stelt dat de zaak *blijft* ingeschreven op de rol en dat de zaak *opnieuw* voor de rechtbank kan worden gebracht bij conclusie of bij een schriftelijk verzoek dat wordt neergelegd bij of gericht is aan de griffie. Het is dus niet vereist dat een regelmatig aanhangig gemaakte vordering ook werd toegewezen opdat de nieuwe regel van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank toepassing zou kunnen vinden.

234. De nieuwe regeling vereist van de griffiediensten wel een meer dan gewone opmerkzaamheid. Het louter neerleggen van een conclusie ter griffie houdt normalerwijze niet in dat meteen een rechtsdag moet worden vastgesteld. Indien een partij of haar raadsman opteert voor het neerleggen van een conclusie i.p.v. een schriftelijk verzoek, verdient het aanbeveling dat in een begeleidend schrijven de aandacht van de griffie wordt gevestigd op het gegeven dat de zaak opnieuw moet worden vastgesteld.

235. Hoewel dat niet voorgeschreven wordt door de wet, lijkt het omwille van de eerbiediging van de rechten van verdediging noodzakelijk dat de oproeping van de partijen voor de aldus vastgestelde zitting bij gerechtsbrief gebeurt. De nieuwe regeling illustreert alvast dat het voor procespartijen uiterst belangrijk is om elke wijziging van hun woonplaats tot aan de meerderjarigheid of ontvoogding van het kind onmiddellijk mee te delen aan de griffie.

B. De gevolgen van de verhuis van de minderjarige naar een ander arrondissement

236. De wetgever heeft bij de uitwerking van deze procedurele innovatie nagelaten in een regeling te voorzien voor het geval één van beide ouders vanwege de rechter een wijziging wenst te bekomen van een voorheen opgelegde gezags-, verblijfs- of omgangsregeling, maar de minderjarige intussen naar een ander gerechtelijk arrondissement is verhuisd. Desgevallend rijst de vraag naar de territoriale bevoegdheid van de initieel aangezochte rechtbank.

Ik meen dat hier toepassing kan worden gemaakt van artikel 44, 6de lid Jeugdbeschermingswet.⁴⁵ Krachtens deze bepaling brengt de verandering van verblijfplaats mee dat de zaak wordt onttrokken aan deze rechtbank en verwezen wordt naar de jeugdrechtbank van het arrondissement waar de nieuwe verblijfplaats gelegen is. Het dossier wordt haar toegezonden door de griffier van de rechtbank waaraan de zaak is onttrokken. Hoewel deze bepaling tot nog toe enkel kon worden toegepast in protectionele zaken, verhindert de tekst van de wet geenszins om deze bepaling ook toe te passen in burgerlijke zaken. Overigens is de algemene regel inzake de territoriale bevoegdheid van de jeugdrechtbanken vervat in het 1ste lid van artikel 44 Jeugdbeschermingswet ook op beide materies toepasselijk, zodat thans hetzelfde mag worden aangenomen m.b.t. het 6de lid.

237. Maar wat als de minderjarige verhuist naar een arrondissement dat in een ander taalgebied is gelegen? Deze vraag is moeilijker te beantwoorden. Van de ene kant is het uitgesloten dat een jeugdrechter uit het Frans- of Duitstalige landsgedeelte in het Nederlands zou zetelen of een jeugdrechter uit het Nederlandstalige landsgedeelte in het Frans of Duits. Van de andere kant is het evenzeer uitgesloten om zonder wettelijke basis in een burgerlijke procedure de taal van rechtspleging te wijzigen. De enige oplossing om uit deze impasse te geraken bestaat er m.i. in dat de ouder die een wijziging van de voorheen bevolen regeling wenst te bekomen een nieuw verzoekschrift neerlegt ter griffie van de jeugdrechtbank die overeenkomstig artikel 44, 1ste lid Jeugdbeschermingswet territoriaal bevoegd is om uitspraak te doen.

C. De gevolgen van hoger beroep tegen een vorige uitspraak

238. Door de Wet van 18 juli 2006 werd geen enkele wijziging aangebracht aan de volledige devolutieve werking van het hoger beroep in dit soort zaken. Net zoals vroeger wordt in een procedure aangaande ouderlijk gezag, verblijf of omgang, door het instellen van hoger beroep, het geschil zelf volledig aanhangig bij de jeugdkamer van het hof van beroep (art. 1068, 1ste lid Ger.W.), zodat het de jeugdrechtbank niet toekomt om, hangende het hoger beroep tegen haar eerdere uitspraak, de voorheen

⁴⁵ In dezelfde zin: D. PIRE, "La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire", *Droit des Familles*, in *CUP Université de Liège*, vol. 92, Luik, Anthemis, 2007, 208-209.

bevolen regeling te wijzigen of nieuwe maatregelen te bevelen op grond van sindsdien gewijzigde omstandigheden.

Dit betekent dus ook dat hangende het hoger beroep tegen een vorige uitspraak, de zaak niet opnieuw voor de jeugdrechtbank kan worden gebracht met toepassing van artikel 387*bis*, 5de lid B.W., tenzij in het geval dat het nieuwe verzoek een aspect van het vorige vonnis betreft waartegen geen hoger beroep werd ingesteld (bv. hoger beroep beperkt tot de onderhoudsbijdrage en nieuw verzoek beperkt tot de verblijfsregeling tijdens de grote vakantie).⁴⁶ Deze laatste hypothese niet te na gesproken, is een verzoek tot nieuwe vaststelling van de zaak slechts ontvankelijk van zodra in hoger beroep een eindarrest is geveld.⁴⁷

D. De mogelijkheid van het vorderen van verstek

239. Op de zitting die *ex* artikel 387*bis*, 5de lid B.W. is vastgesteld kan tegen de afwezige ouder verstek worden gevorderd op grond van artikel 802 Ger.W., evenwel voor zover deze behoorlijk was opgeroepen.

Er moet immers worden aangenomen dat de vaststelling van de zaak op grond van artikel 387*bis*, 5de lid B.W. een alternatieve wijze vormt van inleiding van een vordering tot wijziging van een voorheen bevolen regeling, zodat de aldus vastgestelde zitting een nieuwsoortige inleidende zitting vormt.

E. Geen wijziging aangaande de hoorplicht

240. De Wet van 18 juli 2006 bevat geen enkele bepaling i.v.m. het horen van minderjarigen. In het raam van de blijvende saisine rijst in dit verband nochtans een cruciale vraag, meer bepaald of de jeugdrechtbank een minderjarige van 12 jaar of ouder (opnieuw) moet horen wanneer de zaak opnieuw voor de rechter werd gebracht op grond van artikel 387*bis*, 5de lid B.W. Ik ben van oordeel dat het antwoord positief moet zijn, nu

⁴⁶ P. SENAËVE en H. VANBOCKRIJCK, "De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang", *E.J.* 2006, (117) 135, nr. 65.

⁴⁷ Cf. P. SENAËVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", in P. SENAËVE en W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen. Commentaar op de Wetten van 30 juni 1994, 27 december 1994 en 20 mei 1997*, Antwerpen, Maklu, 2de uitgave 1997, p. 230, nrs. 534-535.

artikel 56*bis* Jeugdbeschermingswet speelt in elk geschil over ouderlijk gezag, verblijf en omgangsrecht⁴⁸, ongeacht of partijen dergelijk geschil voor het eerst aanhangig hebben gemaakt, dan wel opnieuw werden opgeroepen overeenkomstig artikel 387*bis*, 5de lid B.W. (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

F. Geen wijziging wat de verwijzing in de gedingkosten betreft

241. Bij gebreke van enige aanduiding in de wet of in de voorbereidende werkzaamheden, moet worden aangenomen dat de regel van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank niets verandert op het vlak van de verwijzing in de gedingkosten. Wanneer de jeugdrechtbank zich uitsprekt over alle hangende geschilpunten, velt zij een eindvonnis, zodat zij overeenkomstig artikel 1017 Ger.W. zelfs ambtshalve uitspraak moet doen over de kosten, en deze niet mag aanhouden.

De tegenovergestelde stelling – die zou inhouden dat door de nieuwe regel van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank deze geen eindvonnis meer velt – zou als absurd gevolg hebben dat er dan per definitie nooit meer sprake zou kunnen zijn van een eindvonnis inzake ouderlijk gezag, verblijf of omgangsrecht, en er door de jeugdrechtbank nooit meer uitspraak gedaan zou kunnen worden over de kosten van de procedure, tenzij in het uitzonderlijke geval dat zij haar vonnis zou vellen op een ogenblik waarop het kind ontvoegd is of de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt en derhalve de blijvende saisine reeds is afgelopen.⁴⁹

G. De duur van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank

242. Overeenkomstig artikel 387*bis*, 5de lid B.W. blijft de zaak ingeschreven op de rol tot de kinderen op wie het geschil betrekking heeft, ontvoegd zijn of de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt. De regel van artikel 730, § 2, a) Ger.W. inzake de ambtshalve weglating van de algemene rol van zaken die sinds meer dan drie jaar op de rol zijn ingeschreven, en waarvan de debatten geen aanvang hebben genomen of die sinds meer dan drie jaar niet zijn voortgezet, wordt uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op

⁴⁸ De wettekst spreekt ten onrechte over 'bezoekrecht'.

⁴⁹ Cf. P. SENAËVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", *l.c.*, p. 231, nrs. 539-540.

de procedures voor de jeugdrechtbank aangaande ouderlijk gezag, verblijf en omgangsrecht (art. 387*bis in fine* B.W.).

Concreet betekent dit dat zaken betreffende ouderlijk gezag, verblijf en omgangsrecht bij de jeugdrechtbank aanhangig blijven voor de hele periode waarin zij gevat kan worden om beschikkingen inzake ouderlijk gezag op te leggen of te wijzigen. Aldus valt het eindpunt van deze blijvende saisine exact samen met het eindpunt van de temporele bevoegdheid van de jeugdrechtbank.

Het is duidelijk dat deze bepaling geïnspireerd is door de regeling van de blijvende saisine van de voorzitter rechtsprekend in kort geding vervat in artikel 1280, 9de lid Ger.W.⁵⁰; ook hier blijft de zaak van de voorlopige maatregelen bestendig aanhangig “tijdens de hele echtscheidingsprocedure”, d.w.z. voor de hele periode waarin de voorzitter nog gevat kan worden om nieuwe of wijzigende voorlopige maatregelen te nemen.

H. Kritische bedenkingen

243. Uit de voorbereidende werkzaamheden blijkt duidelijk dat de wetgever zich bij de invoering van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank heeft laten leiden door de voordelen van snelheid, soepelheid en lage kosten. Men kan zich echter afvragen of deze voordelen opwegen tegen de enorme overbelasting van de rol van de jeugdrechtbanken die hieruit zal voortvloeien.⁵¹ Deze procedurele innovatie zal waarschijnlijk tot gevolg hebben dat de instroom van zaken bij de rechter drastisch zal verhogen. Het indijken van de gerechtelijke achterstand en de vermindering van de rechterlijke werklast lijkt hier veraf.

Bovendien zijn perverse effecten niet denkbeeldig. Er valt immers niet uit te sluiten dat de nieuwe regel conflictverhogend zal werken, doordat een kwaadwillige ouder gedurende een zeer lange periode over een soepele en goedkope rechtsingang beschikt en aldus voor een loutere gril opnieuw voor de rechter kan verschijnen en op die manier de andere ouder kan blijven tergen. De nieuwe regeling verdient wel goedkeuring waar deze

⁵⁰ Zie ook *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Memorie van toelichting, 14-15; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 47.

⁵¹ Zie de opmerking van H. Vanbockrijck in: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 287-288.

de ouder die geconfronteerd wordt met een onwillige ouder die een eerdere beslissing inzake verblijf of omgangsrecht niet naleeft, toelaat op een snelle en goedkope manier de rechter te vatten.⁵² De wetgever had het toepassingsgebied van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank beter beperkt tot de hypothese waarin eerder genomen beslissingen niet worden nageleefd.

§ 2. OVERGANGSRECHT

244. Bij gebreke van een specifieke overgangsbepaling is de nieuwe regel van de blijvende saisine van de jeugdrechtbank onderworpen aan artikel 3 Ger.W. naar luid waarvan wetten op de rechtspleging van toepassing zijn op de hangende rechtsgedingen.

245. Concreet betekent dit dat ook in de zaken aangaande ouderlijk gezag, verblijf en omgangsrecht welke vóór 14 september 2006 werden ingeleid, de nieuwe regel van de permanente saisine van de jeugdrechtbank van toepassing is, evenwel slechts voor zover vóór die datum nog geen uitspraak werd gedaan.⁵³ Immers, als er reeds een eindvonnis geveld werd vóór 14 september 2006, dan was bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet inzake de blijvende saisine van de jeugdrechtbank er geen rechtsgeding meer “hangende”, en kan de zaak niet opnieuw voor jeugdrechtbank worden gebracht op grond van artikel 387*bis*, 5de lid B.W.⁵⁴

⁵² Zie ook de uiteenzetting van J. Sosson in: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 142.

⁵³ Volgens het Hof van Cassatie is een hangend rechtsgeding een rechtsgeding waarover nog uitspraak moet worden gedaan bij de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling, zie Cass. 10 februari 1972, *Arr. Cass.* 1972, 536, noot, *Pas.* 1972, I, 532 en *J.T.* 1972, 445; Cass. 18 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1280, *Pas.* 1999, I, 1334 en *J.T.T.* 2000 (verkort), 479, noot.

⁵⁴ Cf. inzake de blijvende saisine van de Voorzitter ex art. 1280 Ger.W.: Kort Ged. Rb. Brussel 30 juni 1995, *E.J.* 1997, 6, noot P. SENAËVE; P. SENAËVE, “De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten”, *L.c.*, p. 232, nr. 546.

DEEL V.
SANCTIONERING VAN DE NIET-NALEVING
VAN BESLISSINGEN AANGAANDE
VERBLIJF EN OMGANGSRECHT

HILDE VANBOCKRIJCK

Assistente Personen- en familierecht
K.U.Leuven

Advocaat



HOOFDSTUK I.

DOELSTELLING EN TOEPASSINGSGEBIED

§ 1. DOELSTELLING VAN DE WETGEVER

246. De Wet van 18 juli 2006 beoogt de verbetering van de mogelijkheid om dwangmaatregelen in te roepen, indien een rechterlijke beslissing inzake de verblijfsregeling of het contactrecht door een ouder niet wordt nageleefd.

Volgens de wetgever heerste er een *juridisch vacuüm* inzake de mogelijkheid tot uitvoering van beslissingen inzake de verblijfsregeling, en kon een ouder die, in strijd met een gerechtelijke beslissing, zijn kind niet te zien kon krijgen, slechts afwachten in de hoop dat de strafvervolgingen die eventueel tegen de andere liepen, enigszins doeltreffend zouden zijn.¹

Hier is alleszins sprake van enige overdrijving. Ook vóór de Wet van 18 juli 2006 bestonden er middelen, buiten de strafrechtelijke vervolging, om de situatie te verhelpen waarin de ene ouder de andere ouder het contact met de kinderen belemmerde of ontzegde.² Denk hier bv. aan de techniek van de dwangsom, het wijzen door de rechter op het nut van bemiddeling, en zelfs de mogelijkheid van omkering van de verblijfsregeling indien een ouder bleef volharden in zijn obstructieve houding.

De wetgever heeft zich tijdens de parlementaire voorbereiding van de nieuwe wet trouwens op deze bestaande maatregelen gebaseerd, en heeft ze geïntegreerd in de nieuwe wettelijke regeling.

247. Wel dient te worden vastgesteld dat het bestaande instrumentarium ontoereikend bleek te zijn om de schrijnende problematiek van het niet-naleven van omgangsrecht te verhelpen. Het aantal zaken dat op de parketten werd ingediend wegens onttrekking van kinderen aan de andere

¹ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 8.

² A. DE WOLF, "Ontwikkelingen inzake het ouderlijk gezag en het recht op persoonlijk contact", in *Personen- en Familierecht*, P. SENAËVE (ed.), Themis, Academiejaar 2001-2002, Vormingsonderdeel 7, Brugge, die Keure, 2001, p. 103-110.

ouder ging in de periode 2001-2003 in stijgende lijn, van 16.191 zaken in 2001, naar 16.808 zaken in 2002, tot 17.345 zaken in 2003.³

248. Vanuit de bekommernis te vermijden dat een ouder gedurende maanden, zoniet jaren, verstoken blijft van elk contact met zijn of haar kind, werd een nieuwe regeling ingevoerd, zodat de zaak in geval van niet-naleving van een eerdere beslissing opnieuw voor de rechter kan worden gebracht.⁴

§ 2. HET NIEUWE ARTIKEL 387ter B.W.

249. De maatregelen die de rechter kan treffen tot uitvoering van een eerdere niet-nageleefde beslissing liggen vervat in het nieuwe artikel 387ter B.W.

In het oorspronkelijke wetsontwerp was bepaald dat de rechter, in geval van niet-naleving van een eerdere beslissing inzake verblijfs- of contactrecht, enkel uitvoeringsmaatregelen kon treffen, met name het opleggen van een dwangsom met supervoorrecht (art. 1412, 1ste lid, 3° Ger.W.) dan wel het bevelen van de gedwongen tenuitvoerlegging van de niet-nageleefde beslissing.

Na amendering werd in artikel 387ter B.W. ook de mogelijkheid tot het treffen van onderzoeksdaden opgenomen, alsmede de mogelijkheid voor de rechter een nieuwe regeling inzake ouderlijk gezag en/of verblijf te bepalen.⁵

250. De procedure van artikel 387ter B.W. is dan ook meer dan een loutere uitvoeringsprocedure, die snel verloopt en waarbij de taak van de rechter beperkt is tot een onderzoek of er al dan niet aanleiding bestaat een dwangmaatregel tot uitvoering van een eerdere niet-nageleefde beslissing te treffen. In het kader van de procedure *ex* artikel 387ter B.W. kan namelijk een nieuwe procedure over de grond van het geschil gevoerd

³ Antwoord van de minister van Justitie op de parlementaire vraag nr. 0256 gesteld door mevrouw Martine Taelman in de Kamer, *Vr. en Antw.* Kamer 2004, 51-047, p. 7089.

⁴ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 8.

⁵ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/017, 4, amendement nr. 46 van de heer Swennen.

worden, waarbij partijen de mogelijkheid hebben hun zaak opnieuw te bepleiten, desgevallend nieuwe onderzoeksmaatregelen door de rechter kunnen worden getroffen, en er zelfs een nieuwe beslissing inzake ouderlijk gezag en/of verblijfsregeling ter vervanging van de niet-nageleefde beslissing kan worden getroffen.

§ 3. TOEPASSINGSGEBIED

A. *Niet-naleving van een rechterlijke beslissing*

251. Het toepassingsgebied van artikel 387 *ter* B.W. is uitdrukkelijk beperkt tot de gevallen waarin reeds een rechterlijke beslissing met betrekking tot het verblijf van de kinderen of het recht op persoonlijk contact werd geveld, waarna deze beslissing door één van de ouders niet wordt nageleefd (art. 387 *ter*, § 1, 1ste lid B.W.).

Er kan derhalve niet – ten preventieve titel – toepassing van dit artikel gevraagd worden, indien voor de eerste maal een beslissing inzake verblijfsregeling of persoonlijk contact gevraagd wordt.

Evenmin kan toepassing van dit artikel gevraagd worden, in de hypothese dat de ouders onderling een regeling hebben getroffen aangaande de verblijfs- of contactregeling m.b.t. hun kinderen, zonder dat deze regeling evenwel bekrachtigd werd in een akkoordvonnis.

252. Een en ander leidt tot bijzonder onbillijke gevolgen voor ouders die in onderling overleg tot een akkoord zijn gekomen aangaande de verblijfs- of contactregeling met betrekking tot hun kinderen, alvorens een rechter te vatten. Uit een samenlezing van het nieuwe artikel 374, § 2, 1ste lid B.W. en artikel 1733 Ger.W. volgt immers dat ouders, die – *alvorens* een vordering bij de rechtbank aanhangig werd gemaakt – tot een overeenstemming zijn gekomen over het verblijf van hun kind buiten elke tussenkomst van een erkend bemiddelaar om, en deze overeenkomst uitvoerbare kracht willen laten verwerven, zich daarvoor *niet* tot de rechter kunnen richten. Voor hen staat enkel de mogelijkheid open een beroep op een notaris te doen, teneinde de overeengekomen regeling in een notariële akte vast te

leggen.⁶ Met deze regeling bevestigt de wetgever uitdrukkelijk hetgeen voorheen reeds gold op grond van artikel 1043 Ger.W., namelijk dat de rechter slechts een akkoordvonniss kan verlenen mits hij vaststelt dat – minstens op het ogenblik van de aanhangigmaking van de vordering – tussen partijen effectief een rechtsgeschil bestond. Rijzen er dan evenwel nadien uitvoeringsproblemen, dan dient de gedupeerde ouder, die toepassing wenst van de maatregelen in artikel 387 *ter* B.W., toch nog eerst een gerechtelijke beslissing over de grond van de zaak te vragen. Slechts indien ook deze gerechtelijke beslissing niet wordt gerespecteerd, kan een maatregel met toepassing van artikel 387 *ter* B.W. gevorderd worden.

Aldus worden ouders, die vooraleer een geding werd opgestart tot een regeling komen, bestraft in vergelijking met de ouders die wel eerst een gerechtelijke procedure aanhangig hebben gemaakt, waarna zij pas tot een regeling zijn gekomen die in een akkoordvonniss werd bevestigd.

253. Een mogelijke oplossing voor dit probleem bestaat in een wijziging van artikel 374, § 2 B.W., met name het schrappen in de wettekst van het vereiste van een effectief bestaand geschil teneinde de zaak aan de rechtbank te kunnen voorleggen. Deze werkwijze is niet onbekend. Zo wordt in de Wet van 21 februari 2005 in verband met de bemiddeling ook afgeweken van het vereiste van het vooraf bestaan van een geschil.⁷ In het raam van de buitengerechtelijke bemiddeling kunnen ouders die door tussenkomst van een erkend bemiddelaar tot een akkoord zijn gekomen, een beroep doen op de rechter met het oog op de homologatie van hun overeenkomst, niettegenstaande hun conflict reeds is opgelost (zie art. 1733 Ger.W.). Ook in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming is de door de ouders getroffen regeling m.b.t. hun minderjarige kinderen het voorwerp van toezicht (art. 1290 Ger.W.) en homologatie (art. 1298 Ger.W.) door de rechter.

Een wetswijziging in deze zin zou derhalve betekenen dat ouders die erin slagen onderling een verblijfs- of contactregeling te treffen, toch een

⁶ In die zin: P. SENAEEVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *E.J.* 2006, (117) 121-122, nr. 16.

⁷ Zie B. ALLEMEERSCH, B. GAYSE en P. SCHOLLEN, “De Wet van 21 februari 2005 in verband met de bemiddeling”, in B. ALLEMEERSCH e.a., *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2005, p. 45, nr. 50.

gerechtelijke beslissing kunnen bekomen waarin deze regeling wordt gehomologeerd. De rechter kan in het kader van de homologatieprocedure erover waken dat door de getroffen regeling het belang van het kind niet worden geschonden (in welk geval hij uiteraard de homologatie zal weigeren). De ouders tenslotte dienen in geval van niet-naleving van de getroffen regeling door één van hen niet eerst een rechterlijke beslissing te vragen, vooraleer de toepassing van artikel 387*ter* B.W. kan worden gevorderd.

254. Een wijziging in artikel 387*ter* B.W. in die zin dat de wetgever het toepassingsgebied van artikel 387*ter* B.W. uitbreidt tot gevallen van niet-naleving van een in een notariële akte opgenomen akkoord, kan niet worden bijgetreden. In voorkomend geval gebeurt er immers geen rechterlijke controle of de door de ouders overeengekomen en in de notariële akte opgenomen regeling aangaande ouderlijk gezag, verblijfs- of contactrecht wel in het belang van het kind is getroffen.

B. Alle rechtscolleges

255. Het toepassingsgebied van dit artikel is ruimer dan dat van artikel 387*bis* B.W., waarin door de Wet van 18 juli 2006 ook wijzigingen werden aangebracht, en dat beperkt is tot de procedures voor de jeugdrechtbank.

Artikel 387*ter* B.W. is namelijk van toepassing op alle procedures die gevoerd worden inzake de verblijfsregeling en het recht op persoonlijk contact, ongeacht voor welke rechtbank – vrederechter, voorzitter in kort geding of jeugdrechtbank – de procedure gevoerd wordt.⁸

C. Elke beslissing inzake verblijfsregeling of recht op persoonlijk contact

256. Artikel 387*ter* B.W. is van toepassing op elke rechterlijke beslissing inzake de verblijfsregeling of het recht op persoonlijk contact.

⁸ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, 15; *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, Verslag namens de subcommissie familierecht, 83.

1. *Ratione personae*

a. De ouders

257. Gehuwde ouders kunnen een beroep doen op de procedure bepaald in artikel 387*ter* B.W., bij niet-naleving door de andere ouder van een verblijfs- of contactregeling opgenomen in een vonnis inzake dringende voorlopige maatregelen (art. 223 B.W.), een beschikking houdende voorlopige maatregelen (art. 1280 Ger.W.), of een vonnis van de jeugdrechtbank (art. 387*bis* B.W.).

258. Ook het niet-naleven door een ouder van de regeling inzake verblijfs- of contactrecht, opgenomen in een gehomologeerde voorafgaande overeenkomst van echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1288 Ger.W.) houdt voor de gedupeerde ouder in dat een beroep gedaan kan worden op het nieuwe artikel 387*ter* B.W. (art. 387*ter*, § 2 B.W.).

259. Voor wettelijk samenwonende ouders kan de niet-nageleefde titel bestaan in een vonnis houdende dringende voorlopige maatregelen (art. 1479 B.W.) of een vonnis van de jeugdrechtbank (art. 387*bis* B.W.).

260. Voor de feitelijk samenlevende ouders en de ouders die nooit hebben samengewoond kan de niet-nageleefde titel enkel bestaan in een vonnis van de jeugdrechtbank (art. 387*bis* B.W.).

b. De grootouders en derden die een bijzondere affectieve band met het kind hebben

261. Het toepassingsgebied van artikel 387*ter* B.W. is niet beperkt tot de beslissingen inzake contactrecht die betrekking hebben op de ouders van de minderjarige(n). De wettekst bepaalt trouwens nergens dat de toepassing beperkt is tot de situatie waarin de gedupeerde persoon een ouder is. Integendeel, er wordt gesproken van de “partij” die het slachtoffer is van miskenning van een eerdere rechterlijke beslissing.

Derhalve vallen ook rechterlijke beslissingen waarbij uitspraak wordt gedaan over het recht op persoonlijk contact van de grootouders, of van derden met een bijzondere affectieve band met het kind (art. 375*bis* B.W.) onder het toepassingsgebied van artikel 387*ter* B.W.

2. Een eindbeslissing of een beslissing alvorens recht te doen

262. Ten slotte dient de niet-nageleefde rechterlijke beslissing waarvan naleving gevraagd wordt, geen eindbeslissing te zijn. Het kan evenzeer gaan om een tussenvonnis of -arrest waarbij bv. een deskundig onderzoek werd bevolen, en waarbij in afwachting van de neerlegging van het verslag, een voorlopige verblijfs- of contactregeling werd getroffen. Ook kan het een tussenuitspraak betreffen, waarbij een beslissing ten precaire titel werd getroffen, met het oog op een evaluatie na een bepaalde periode.

Indien het tussenvonnis of -arrest door een partij niet wordt nageleefd, kan evenzeer toepassing van artikel 387 *ter* B.W. gevraagd worden.



HOOFDSTUK II.

MATERIEELRECHTELIJK LUIK

§ 1. DE MOGELIJKHEID BEROEP TE DOEN OP ONDERZOEKSDADEN

A. De mogelijkheid voor de rechter de zaak nader te onderzoeken

263. De niet-naleving van een rechterlijke uitspraak inzake verblijfsregeling/contactrecht, brengt niet met zich mee dat een rechter voor wie dergelijke zaak gebracht wordt, automatisch een uitvoeringsmaatregel dient op te leggen. Indien een rechter geconfronteerd wordt met inbreuken op een voorgaande uitspraak, dan kan hij de zaak desgevallend opnieuw onderzoeken, vooraleer uitspraak te doen (art. 387*ter*, § 1, 3de lid B.W.).⁹

264. In het oorspronkelijke wetsontwerp werd deze mogelijkheid niet expliciet in de tekst opgenomen. In de memorie van toelichting werd evenwel vermeld dat een rechter die de regels voor de uitvoering van een eerdere uitspraak moet bepalen, hiertoe alle noodzakelijke informatie moet kunnen inwinnen en indien nodig een beroep kan doen op nieuwe onderzoeksmaatregelen.¹⁰ Het werd dan ook wenselijk bevonden zulks uitdrukkelijk in de wettekst te herhalen.¹¹

265. De rechter kan nieuwe onderzoeksmaatregelen bevelen, doch is hiertoe niet verplicht. Het is immers niet opportuun de rechter te verplichten dergelijke maatregelen in alle gevallen te bevelen. Men mag niet uit het oog verliezen dat de ouders zich hier in een vergevorderd stadium van de procedure bevinden, aangezien reeds een vonnis is gewezen. In alle gevallen nieuwe onderzoeksmaatregelen opleggen, zou ertoe kunnen leiden dat het geschil duur wordt en lang aansleept, terwijl één van de ouders juist wacht om zijn of haar kind te zien.¹²

⁹ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 8.

¹⁰ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, 15.

¹¹ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/017, 4, amendement nr. 46 van de heer Swennen.

¹² *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/017, 5.

B. De onderzoeksdaten

1. Niet-limitatieve opsomming in de wet

a. Artikel 387*ter*, § 1, 3de lid B.W.

266. Artikel 387*ter*, § 1, 3de lid B.W. somt op niet limitatieve een aantal mogelijkheden op.¹³ Behalve in geval van dringende noodzakelijkheid, kan de rechter:

- nieuwe onderzoeksmaatregelen laten verrichten, zoals een maatschappelijk onderzoek of een deskundigenonderzoek;
- een poging tot verzoening ondernemen;
- de partijen voorstellen gebruik te maken van de in artikel 387*bis* B.W. bepaalde bemiddeling.

267. Volgens de letter van de wet staat de mogelijkheid om onderzoeksdaten te stellen voor de rechter niet open in het geval van dringende noodzakelijkheid. Noch de wettekst noch de voorbereidende werkzaamheden omschrijven wat hiermee wordt bedoeld. Alleszins is de kwestie of er al dan niet sprake is van ‘dringende noodzakelijkheid’ onderworpen aan de appreciatie van de rechter.

b. Nieuwe onderzoeksmaatregelen

268. De rechter kan nieuwe onderzoeksmaatregelen laten verrichten, zoals een maatschappelijk onderzoek of een deskundigenonderzoek. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever het bevelen van een maatschappelijk- of deskundigenonderzoek heeft willen voorbehouden voor de situaties waarin nieuwe elementen aan het licht komen (art. 387*ter*, § 1, 3de lid B.W.),¹⁴ of waarin er sedert de eerste beslissing inzake verblijfs- of contactregeling heel wat tijd is verstreken.¹⁵

¹³ *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 42.

¹⁴ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 8.

¹⁵ *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 21.

c. Poging tot verzoening

269. De rechter kan trachten de partijen te verzoenen. Een amendement waarbij werd voorgesteld de ouders in het kader van een procedure *ex* artikel 387*ter* B.W. persoonlijk te laten verschijnen¹⁶, werd evenwel ingetrokken.¹⁷

Nochtans heeft de persoonlijke verschijning in deze materie zijn nut, niet alleen voor wat betreft de mogelijkheid voor de rechter een verzoeningspoging te ondernemen, maar ook om de rechter de gelegenheid te geven zich een duidelijk beeld over de situatie te vormen, en meer in het bijzonder over de motieven van de onwillige partij. In het kader van een persoonlijke verschijning kan de rechter ook een duidelijk signaal geven aan de onwillige ouder, dat de opgelegde omgangsregeling moet worden gerespecteerd, bij gebreke waarvan maatregelen zullen worden getroffen.¹⁸

270. Alleszins kan de rechter steeds de partijen verplichten in persoon te verschijnen, indien hij zulks nodig acht (art. 54, 2de lid W. Jb. voor de jeugdrechtbank, en artikel 992 Ger.W. voor de andere rechtscolleges).

d. Voorstellen een beroep te doen op bemiddeling

271. De rechter kan de partijen voorstellen gebruik te maken van de bemiddeling, doch kan hen hiertoe niet verplichten.

Een amendement waarbij werd voorgesteld om in het kader van een procedure *ex* artikel 387*ter* B.W., de griffier de partijen bij gerechtsbrief te laten informeren over de mogelijkheid tot bemiddeling, waarbij hij aan partijen de betreffende wettekst (art. 1730 tot 1737 Ger.W.) zou opsturen, werd verworpen.¹⁹

Het valt alleszins aan te bevelen de lijsten van erkende bemiddelaars voor het betreffende gerechtelijk arrondissement ter zitting bij de hand te houden om in voorkomend geval een bemiddelaar voor te stellen, of na te kijken of de bemiddelaar die de partijen voorstellen, erkend is. De

¹⁶ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/009.

¹⁷ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/018, 14.

¹⁸ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 37, 49 en 111.

¹⁹ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/011, amendement nr. 35 (Verherstraeten).

federale bemiddelingscommissie is operationeel voor de erkenningsprocedures van de bemiddelaars, en verspreidt de lijst – die permanent wordt bijgehouden – van de erkende bemiddelaars (ook de niet-advocaten en de niet-juristen), via de website: www.juridat.be/bemiddeling.

e. Andere mogelijkheden

272. Een mogelijkheid die in de wettekst niet werd opgenomen, maar die zeker zijn nut kan hebben in het raam van procedures *ex* artikel 387 *ter* B.W., is het horen van de minderjarige zelf door de rechter.

Indien de procedure *ex* artikel 387 *ter* B.W. gevoerd wordt voor de jeugdrechtbank, zal ingevolge artikel 56 *bis* W.Jb. de jeugdrechter de minderjarige die de leeftijd van 12 jaar heeft bereikt, dienen op te roepen om gehoord te worden. Wordt de procedure gevoerd voor een ander rechtscollege dan de jeugdrechtbank, of betreft het een procedure voor de jeugdrechtbank waarin de minderjarige nog geen twaalf jaar oud is, dan staat de gemeenrechtelijke mogelijkheid tot het horen van de minderjarige open (art. 931, 3de-7de lid Ger.W.).

§ 2. DE DWANGSOM

A. Principe

273. Het Benelux-Gerechtshof heeft reeds bij arrest van 11 mei 1982 geoordeeld dat de regeling van de dwangsom (art. 1385 *bis* Ger.W.) van toepassing is m.b.t. de nakoming van verplichtingen aangaande het omgangsrecht indien de veroordeling de uitvoering van een hoofdverbintenis in het familierecht betreft. Het belemmeren van de uitoefening van het omgangsrecht kan dan ook gekoppeld worden aan de verbeurte van een dwangsom.²⁰

Voordeel van deze techniek is dat bij een breuk tussen een ouder en het kind het contact snel hersteld en afdedwongen kan worden.²¹ Daarenboven

²⁰ Benelux Gerechtshof 11 mei 1982, *J.T.* 1982, 629; *R.W.* 1982-83, 289.

²¹ Antwerpen 8 februari 2000, *A.J.T.* 2001-02, 334, noot K. WAGNER. Zie voor een overzicht van de aanwending van de dwangsom in deze materie: P. SENAËVE en G. ONKELINX, "Overzicht van rechtspraak (1995-2003) – De aanwending van de dwangsom inzake huwelijk en echtscheiding", *E.J.* 2003, 150-159.

is het een dwangmiddel dat de weigerachtige ouder viseert, en het kind niet rechtstreeks bij de tenuitvoerlegging van de niet-nageleefde beslissing betreft.

274. Artikel 387*ter*, § 1, 6de lid B.W. bepaalt thans dat de rechter een dwangsom kan uitspreken om te waarborgen dat de genomen beslissing zal worden nageleefd.²²

Dit betekent evenwel niet dat de dwangsom enkel nog in het kader van een procedure *ex* artikel 387*ter* B.W. gevorderd kan worden. Het blijft dan ook nog steeds mogelijk om, zoals vóór de invoeging van artikel 387*ter* B.W., ten preventieve titel een dwangsom te vorderen indien men voor de eerste maal een beslissing inzake verblijfs- of contactregeling vordert.

275. De wetgever heeft vastgesteld dat in de praktijk een aantal problemen i.v.m. de toepassing van de dwangsom rezen. De Wet van 18 juli 2006 beoogt deze te verhelpen en aldus de techniek van de dwangsom doeltreffender te maken.

B. De dwangsom met supervoorrecht

1. Principe

276. Het bedrag van de dwangsom dient voldoende hoog te zijn opdat een kapitaalkrachtige ouder er niet gewoon mee zou kunnen volstaan te betalen, en verder de rechterlijke uitspraak niet zou respecteren.

Bij een insolvable ouder bestaat evenwel het risico dat de dwangsom niet kan worden uitgevoerd, gelet op de beslagbare grenzen van inkomsten (art. 1409 t.e.m. art. 1411 Ger.W.) zodat het nut ervan uiteraard nihil is.

277. Voor het niet-betalen van onderhoudsgelden gelden de beslagbare grenzen van inkomsten evenwel niet (art. 1412, 1ste lid, 1° Ger.W.).

De wetgever was de mening toegedaan dat het niet-aanbieden van een kind even ernstig is als het niet-betalen van een onderhoudsuitkering. Deze beide tekortkomingen worden trouwens strafrechtelijk bestraft. De geldelijke sancties moeten dus even doeltreffend zijn.²³

²² Brussel 5 december 2006, 2005/KR/262, *onuitg.*

²³ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/001, 10.

278. Artikel 1412, 1ste lid Ger.W. werd dan ook aangevuld, zodat de beperkingen en uitsluitingen op de beslagbaarheid van inkomsten voortaan niet van toepassing zijn, “indien de rechter artikel 387 *ter*, tweede lid B.W. heeft toegepast” (art. 1412, 1ste lid, 3° Ger.W.).

Het supervoorrecht ten voordele van de onderhoudsgerechtigde werd aldus uitgebreid, teneinde de integrale inkomsten van een persoon in beslag te kunnen nemen ingeval hij de dwangsom, uitgesproken voor de tenuitvoerlegging van een beslissing inzake verblijfs- of contactregeling, niet betaalt.²⁴

279. *De facto* kan ook beslag worden gelegd tegen ouders die een OCMW-uitkering, een vervangingsinkomen of andere uitkeringen ontvangen. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd erop gewezen dat dit een harde sanctie is tegen personen die al in moeilijkheden verkeren, daar deze maatregel ze in een nog moeilijkere financiële situatie zal doen terechtkomen.²⁵ Evenwel mag men niet vergeten dat de twee ouders in moeilijkheden verkeren: de ene heeft financiële moeilijkheden, terwijl de andere het moeilijk heeft om met zijn of haar kind een band te hebben in omstandigheden waarin de rechter hem of haar dat nochtans heeft toegestaan. Op zeker ogenblik moet men een duidelijke boodschap kunnen geven. Iemands hachelijke financiële situatie mag geen excuus zijn om zijn verplichtingen inzake de verblijfsregeling van de kinderen niet in acht te nemen.²⁶

2. Toepassingsvoorwaarden

a. Het algemene toepassingsgebied van artikel 387 *ter* B.W.

280. In het wetsontwerp werd initieel niet voorzien in de opname van de techniek van de dwangsom in artikel 387 *ter* B.W. Artikel 5 van het wetsontwerp voorzag enkel in een aanvulling bij artikel 1412, 1ste lid Ger.W, ingevolge waarvan het supervoorrecht steeds van toepassing zou zijn voor de uitvoering van een dwangsom die werd opgelegd teneinde de

²⁴ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, 18.

²⁵ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 86.

²⁶ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 86-87.

ten uitvoerlegging van een beslissing inzake verblijfs- of contactregeling te waarborgen.

Terecht werd er tijdens de parlementaire voorbereiding op gewezen dat dit een té verregaande maatregel zou zijn. In de memorie van toelichting werd immers verduidelijkt dat de – door toepassing van het supervoorrecht – versterkte efficiëntie van de dwangsom omzichtig moet worden gehanteerd en, in principe, niet meteen zal worden bevolen maar integendeel pas zal worden benut als bijkomende manier om druk uit te oefenen indien voorheen werd vastgesteld dat er geaarzeld werd om tot uitvoering over te gaan. Evenwel zou de opname van het supervoorrecht in artikel 1412 Ger.W. zonder meer, dergelijke noodzakelijke omzichtigheid zeker niet garanderen, wel integendeel.

Er werd dan ook een amendement aangenomen waardoor de techniek van de dwangsom met supervoorrecht werd opgenomen in de tekst van artikel 387 *ter* B.W., zodat de integrale inbeslagname van de inkomsten van een persoon alleen maar mogelijk is bij voorafgaande niet-uitvoering van een rechterlijke beslissing.²⁷

281. De mogelijkheid om een supervoorrecht te koppelen aan de dwangsom in deze materie, is dan ook uitdrukkelijk voorbehouden voor het toepassingsgebied van artikel 387 *ter* B.W.

Uit de bewoordingen van de wet blijkt duidelijk dat de rechter die voor de eerste maal een beslissing neemt over ouderlijk gezag en verblijfsregeling, en hier reeds onmiddellijk een dwangsom aan koppelt, het supervoorrecht niet toepasselijk kan verklaren. De integrale inbeslagname van de inkomsten van een persoon is een maatregel die slechts met de nodige omzichtigheid kan worden toegepast, en is maar mogelijk bij voorafgaande niet-uitvoering van een rechterlijke beslissing, nadat partijen met toepassing van de uitvoeringsprocedure van artikel 387 *ter*, § 1 B.W. opnieuw voor de rechter komen. Er dient derhalve reeds een overtreding van een rechterlijke beslissing te hebben plaatsgevonden.

²⁷ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/017, 4, amendement nr. 46 van de heer Swennen, met verwijzing naar amendement nr. 33 van mevrouw Déom (ingetrokken).

b. Het supervoorrecht dient uitdrukkelijk gevorderd te worden

282. Vervolgens is het geenszins zo dat het supervoorrecht automatisch van toepassing wordt, indien de dwangsom gevorderd en toegestaan wordt in het kader van een procedure *ex* artikel 387 *ter* B.W. De gedupeerde partij die een dwangsom vordert én tevens de toepassing van het supervoorrecht wenst, dient zulks uitdrukkelijk te vorderen.

c. Appreciatiebevoegdheid van de rechter

283. Tenslotte is de rechter die uitspraak dient te doen over een vordering inzake de dwangsom mét supervoorrecht, geenszins verplicht dit supervoorrecht toepasselijk te maken.

Artikel 387 *ter*, § 1, 6de lid B.W. bepaalt immers dat de rechter een dwangsom *kan* uitspreken om te waarborgen dat de te nemen beslissing zal worden nageleefd en, in die hypothese, *kan* stellen dat voor de tenuitvoerlegging van die dwangsom, artikel 1412 Ger.W. van toepassing is. De rechter heeft dienaangaande een beoordelingsmarge.

Indien hij de vordering van de gedupeerde ouder inzake het supervoorrecht inwilligt, dient zulks uitdrukkelijk te worden opgenomen in de beslissing.

3. Gebrekkige formulering van artikel 1412, 1ste lid, 3° Ger.W.

284. Waar de formulering van artikel 387 *ter* B.W. op het punt van dwangsom, al dan niet met supervoorrecht, duidelijk is, kan dit niet gezegd worden van artikel 1412, 1ste lid, 3° Ger.W., dat wel bijzonder ongelukkig is geformuleerd.

285. Vooreerst is er sprake van een verkeerde verwijzing in artikel 1412, 1ste lid, 3° Ger.W. In de wettekst valt namelijk te lezen dat het supervoorrecht toepassing vindt “*wanneer de rechter artikel 387 *ter*, tweede lid B.W. heeft toegepast*”.

Evenwel handelt niet artikel 387 *ter*, 2de lid B.W., maar wel artikel 387 *ter*, § 1, 6de lid B.W. over de toepassing van de dwangsom. Deze slordige formulering is te wijten aan het feit dat het initiële tweede lid van

artikel 387 *ter* B.W. werd gesplitst, teneinde de tekst leesbaarder te maken.²⁸ Een amendement dat trachtte deze ongelukkige formulering te verbeteren, werd niet aangenomen.²⁹

286. Verder lijkt een eerste lezing van het nieuwe artikel 1412, 1ste lid, 3° Ger.W. aan te geven dat het supervoorrecht steeds van toepassing zou zijn, indien de dwangsom in het kader van de procedure *ex* artikel 387 *ter* B.W. wordt bevolen.

Aangezien het supervoorrecht slechts kan worden toegepast indien er toepassing wordt gemaakt van artikel 387 *ter*, § 1, 6de lid B.W., en de rechter bij toepassing van dit artikel autonoom beslist of hij, naast de dwangsom, ook toepassing maakt van het supervoorrecht, dient uit een correcte samenlezing van beide wetsartikelen besloten te worden dat het supervoorrecht zeker geen automatisme is.

C. De dwangsom als hoofdveroordeling

1. Controverse in rechtspraak en rechtsleer

287. De rechtspraak is op heden nog steeds verdeeld over de vraag of de veroordeling tot een dwangsom enkel mogelijk is als *accessorium*, samen met de hoofdveroordeling³⁰, dan wel ook kan in een latere uitspraak, als blijkt dat een partij zich niet houdt aan de hoofdveroordeling inzake omgangsrecht.³¹

Op zich verhindert artikel 1385 *bis* Ger.W. niet dat een veroordeling tot het betalen van een dwangsom uitgesproken wordt in een afzonderlijk vonnis.³² Zo wordt in de rechtsleer de visie verdedigd dat een dwangsom moet

²⁸ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/017 4, amendement nr. 46 van de heer Swennen.

²⁹ *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1645/6, amendement nr. 22 van de heer Vandenberghe.

³⁰ In die zin: Luik 23 december 2003, *J.L.M.B.* 2004, 651; Luik 10 augustus 1998, *T.B.B.R.* 1999, 279; Rb. Luik 18 juni 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 105; Rb. Namen 31 juli 1996, *J.T.* 1997, 101; Vred. Thuin 26 oktober 1992, *T. Vred.* 1993, 130, noot.

³¹ In die zin: Antwerpen 23 mei 2000, *R.W.* 2000-01, 883; Gent 1 februari 2001, 2000/RK/281, *onuitg.*; Kort Ged. Brussel 24 november 1999, *R.W.* 2000-01, 60, noot K. WAGNER; Rb. Mechelen 26 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 1141; Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999, *A.J.T.* 2000-01, 60, noot K. WAGNER.

³² Zie voor een grondige bespreking: K. WAGNER, *De dwangsom*, in *A.P.R.*, Story-Scientia, 2003, p. 78-84, nrs. 78-82.

kunnen worden opgelegd in een latere afzonderlijke procedure.³³ Dit principe wordt impliciet bevestigd door artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De dwangsom kan overigens ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep worden gevorderd.³⁴

Tegenstanders van de dwangsom als zelfstandige veroordeling stellen evenwel dat in de huidige stand van de wetgeving een rechter, indien hij uitspraak heeft gedaan, zijn rechtsmacht heeft uitgeput en niet meer op zijn beslissing kan terugkomen. De rechter die de hoofdbeslissing inzake het omgangsrecht heeft uitgesproken, kan, nadat het dossier bij hem werd afgesloten, in deze optiek naderhand geen dwangsom meer opleggen.³⁵

2. Oplossing van de wetgever

288. De wetgever heeft aan deze onzekerheid een einde gemaakt. Hij heeft er evenwel niet voor geopteerd om een uitdrukkelijke bepaling in de wet in te voegen die stelt dat de dwangsom ook in een afzonderlijke procedure en als zelfstandige veroordeling kan worden gevraagd.³⁶ Volgens de wetgever biedt namelijk het systeem van de voortdurende aanhangigmaking, zoals thans ook ingevoerd voor de jeugdrechtbank (zie art. 387bis B.W.), de mogelijkheid de hoger aangehaalde problematiek te omzeilen.³⁷

289. De wetgever heeft daarbij wel over het hoofd gezien dat het systeem van de voortdurende aanhangigmaking niet geldt in de procedures voor de vrederechter houdende dringende voorlopige maatregelen.

Aangezien artikel 387ter, § 1, 6de lid B.W. zelf een uitdrukkelijke wettelijke grondslag biedt voor het opleggen van een dwangsom in geval van niet-naleving van een rechterlijke beslissing, en dit artikel evenzeer van toepassing is op procedures dringende voorlopige maatregelen voor de

³³ M. STORME, "Een decennium dwangsom" in M. STORME (ed.) *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Kluwer, 1991, 337.

³⁴ Antwerpen 23 mei 2000, R.W. 2000-01, 883; Brussel 5 december 2006, 2005/KR/262, onuitg.

³⁵ Parl. St. Kamer 2004-05, nr. 51-1673/001, 8; Zie bv. "Onmogelijk is het dus later een vordering in te stellen, ten einde een dwangsom te zien verbinden aan een vroeger uitgesproken veroordeling tot het nakomen van een hoofdverbintenis" (G.L. BALLON, *Dwangsom in A.P.R.*, Story, 1980, p. 21).

³⁶ Zie in deze zin Wetsvoorstel- Bourgeois, Parl. St. Kamer 2004-05, nr. 51-273/1.

³⁷ Parl. St. Kamer 2004-05, nr. 51-1673/001, 8; Parl. St. Kamer 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 47.

vrede rechter, dient te worden aanvaard dat ook voor de vrede rechter het probleem van de dwangsom als autonome veroordeling van de baan is.

§ 3. DE GEDWONGEN TENUITVOERLEGGING

A. *Historiek en totstandkoming*

1. Situatie vóór 1996

290. Reeds vóór de invoering van de Wet van 18 juli 2006 bestond in de praktijk de mogelijkheid om een rechterlijke beslissing inzake verblijfsregeling dan wel recht op persoonlijk contact gedwongen te laten uitvoeren door een gerechtsdeurwaarder. Evenwel was er geen uitdrukkelijke wettelijke bepaling voorhanden die een gerechtsdeurwaarder toeliet dwang op de persoon, en dan nog wel op de persoon van een kind, uit te oefenen.

291. Het ontbreken van een specifieke wettelijke bepaling die de gedwongen tenuitvoerlegging op personen regelt, werd aangekaart in een rondschrijven van het parket-generaal bij het Hof van Beroep te Gent, gericht aan de procureurs des Konings van Oost- en West-Vlaanderen van 17 september 1985, waarin wordt verwezen naar een schrijven van 9 februari 1984, dat de problematiek over de uitvoering van beslissingen inzake verblijfs- en contactregeling (toen nog bezoekrecht) bespreekt.³⁸ Dit rondschrijven ligt aan de oorsprong van de praktijk om bij voorkeur geen geweld te gebruiken op mensen, en meer in het bijzonder kinderen, bij de tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten in burgerlijke geschillen.

In dit schrijven wordt erop gewezen dat de wijze van tenuitvoerlegging van een gerechtelijke beslissing volgens de wet, volgens overeenkomst, of, bij stilzwijgen van wet en partijen, door de rechter dient te worden bepaald. De wet, meer bepaald het Gerechtelijk Wetboek, houdt evenwel geen regeling in voor uitvoering tegen personen, zodat het aan de rechter toekomt de modaliteiten ervan te bepalen.

³⁸ Ref. D. 530/5.3

Verder wordt erop gewezen dat bij stilzwijgen van de rechter over de rechtstreekse dwang op het “voorwerp” van het “hoede en bezoekrecht” (met name het kind), er slechts een passieve aanwezigheid van de gerechtsdeurwaarder kan zijn, nl. het opheffen van fysieke oppositie tegen het optreden van de gerechtsdeurwaarder (vanwege de onwillige ouder) en het opnemen van klachten in een proces-verbaal.

Vermits op de gerechtsdeurwaarder die gelast is met de gedwongen tenuitvoerlegging van een vonnis slechts een middelenverbintenis weegt, moet hij hiertoe alle middelen aanwenden, terwijl hij anderzijds verplicht is op te treden (art. 517 Ger.W.). De middelen door hem aan te wenden worden door wet en gerechtelijke beslissing bepaald, en het komt de gerechtsdeurwaarder toe zijn opdrachtgever van de beperkingen hiervan op de hoogte te brengen.

De wetsartikelen welke ondergebracht zijn onder deel V, titel III, hoofdstuk II Ger.W. (bv. art. 1504 Ger.W.) worden slechts per analogie op de gedwongen uitvoering op een persoon toegepast. De letter van de wet laat dit echter niet toe.

Concreet, voor het geval van weigering door de minderjarige zelf, dringen de gerechtsdeurwaarder noch de door hen opgevorderde openbare macht aan.

292. De Antwerpse Procureur-generaal deelde in zijn brief van 29 december 1987 het volgende mee³⁹: *“Het is zeer uitzonderlijk dat een gerechtelijke beslissing inzake recht van bewaring of bezoekrecht duidelijk, en met zoveel woorden, het gebruik van dwang toestaat. Anderzijds dienen alle middelen, met uitzondering van rechtstreeks geweld, aangewend te worden om uiteindelijk de beslissing van de magistraat te doen naleven”*.

Er zijn evenwel geen gelijkaardige circulaires van de andere parketten-generaal bekend.

293. Ook de toenmalige minister van Justitie nam het standpunt in dat “het gebruik van geweld in dergelijke kiese aangelegenheden op zijn zachtst gezegd misplaatst is en bij het kind een trauma kan veroorzaken”.⁴⁰

³⁹ Ref. B 88/2-3.

⁴⁰ Vr. en Antw. Senaat 12 februari 1991, nr. 90, 765-766.

2. Richtlijn van de Kamer van gerechtsdeurwaarders van 21 maart 1996

294. Uiteindelijk werd door de Vaste Raad van de Nationale Kamer van gerechtsdeurwaarders op 21 maart 1996 de volgende richtlijn aangenomen: “*In geval van weigering, is het de gerechtsdeurwaarder niet toegelaten de beslissing manu militari uit te voeren. Hij beperkt zich tot het opmaken van een vaststelling en beëindigt zijn werkzaamheden. De vaststelling van de overtreding van artikel 396bis Sw.⁴¹ moet aan het Parket ter kennis gebracht worden voor zover er een inbreuk tegen de strafwet zou kunnen blijken (art. 29 van het Wetboek van strafvordering). Het is dan de taak van het Parket de openbare orde te herstellen of desgevallend te oordelen dat in casu het belang van het kind het haalt op de begane overtreding. Het is in elk geval niet de taak van de gerechtsdeurwaarder dit probleem op te lossen.*”

Ingevolge deze circulaire konden beslissingen omtrent verblijfsregeling en omgangsrecht *de facto* niet meer gedwongen ten uitvoer worden gelegd. De gerechtsdeurwaarders stelden enkel de weigering van uitvoering van de beslissing inzake verblijfsregeling vast, maar traden niet (meer) op om dwang uit te oefenen ten aanzien van de niet-meewerkende ouder.⁴²

295. Een vader, wiens omgangsrecht niet werd gerespecteerd, ging over tot dagvaarding van de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarder en van de Belgische Staat (in de persoon van de minister van Justitie), teneinde onder verbeurte van een dwangsom de intrekking, minstens de schorsing, van deze richtlijn en van het schrijven van de Gentse Procureur-generaal te bekomen. Deze procedure voor de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge, gevoerd in kort geding, liep op een sisser uit, daar de voorzitter zich zonder rechtsmacht verklaarde om te oordelen over deze vordering.⁴³

⁴¹ Thans art. 432 Sw.

⁴² Parl. St. Senaat 2005-06, nr. 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 21.

⁴³ Kort Ged. Rb. Brugge 25 oktober 2000, KG 00/218/C, *onuitg.*; P. Taelman “Reële executie”, in E. DIRIX en P. Taelman (eds.), *Beslag- en executierecht. Naar een collectief beslagrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, p. 259, nr. 23.

3. De rechtspraak van het Hof van Cassatie

296. Niet alleen het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de gedwongen tenuitvoerlegging tegen de persoon betekende een struikelblok voor deze praktijk. Men werd in de praktijk immers ook geconfronteerd met de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake het verbod van dwanguitoefening op de persoon, hetgeen zeker voor oudere kinderen een dwanguitvoering problematisch maakt.

In zijn arrest van 7 maart 1975 erkende het Hof van Cassatie het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel, omschreven als het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid.⁴⁴ Bij arrest van 11 maart 1994 heeft het Hof van Cassatie, steunend op het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, beslist dat “nu, krachtens het Verdrag inzake de rechten van het kind, het ouderlijk gezag en de rechten die eruit voortvloeien steeds in het belang van de kinderen moeten worden uitgeoefend, de rechter in dat belang mag beslissen dat de ouder, bij de uitoefening van zijn omgangsrecht, geen uitvoeringsmaatregelen noch dwangmaatregelen tegen de kinderen mag gebruiken”.⁴⁵ Ten slotte werd bij arrest van 17 december 1998 door het Hof van Cassatie geoordeeld dat het verbod van dwanguitoefening tegen de persoon of van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt, welk verbod inhoudt dat elke fysieke dwanguitoefening op een persoon, o.m. om hem tot een daad te dwingen of zich aan een lichamelijk of geestesonderzoek te onderwerpen, verboden is. Het bestaan van voormeld rechtsbeginsel werd derhalve bevestigd, zij het onder de toevoeging dat dit recht op de lichamelijke integriteit niet onbeperkt is en moet worden uitgelegd in het licht van andere fundamentele rechten zoals dit bepaald in artikel 8 EVRM.⁴⁶

⁴⁴ Cass. 7 maart 1975, *Arr. Cass.* 1975, 764.

⁴⁵ Cass., 11 maart 1994, *E.J.* 1995, 82, noot K. DEKELVER en *Pas.*, 1994, I, 246.

⁴⁶ Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144.

4. De Wet van 18 juli 2006

297. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 18 juli 2006 bestond er grote controverse omtrent het al dan niet opnemen van de maatregel van gedwongen tenuitvoerlegging in artikel 387 *ter* B.W.

Niet alleen bleken heel wat parlementsleden gekant tegen dergelijke maatregelen, maar ook de tijdens de hoorzittingen geconsulteerde specialisten bleken niet onverdeeld gelukkig met het opnemen van deze maatregel in de nieuwe wettelijke regeling.⁴⁷ Meermaals werd geargumenteed dat dwang tegen de persoon van het kind uitgesloten moet zijn.⁴⁸ Fysieke dwang voor het afdwingen van verbintenissen werd als ethisch en juridisch ontoelaatbaar bestempeld, temeer daar het kind in deze context niet eens zelf de “schuldenaar” is van de verbintenis.⁴⁹

De parlementaire debatten en hoorzittingen wezen evenwel ook uit dat, indien de ene ouder weigert het kind bij de andere ouder aan te bieden, laatstgenoemde vaak machteloos staat en het zeer moeilijk is een oplossing uit te werken die volledige genoegdoening schenkt.⁵⁰

Ook de Staten-Generaal van het Gezin bleek voorstander van te zijn van een gedwongen tenuitvoerlegging, teneinde snel te kunnen ingrijpen ingeval het omgangsrecht niet wordt gerespecteerd of wordt bemoeilijkt.⁵¹

298. Opmerkelijk is dat zowel voor- als tegenstanders van de gedwongen tenuitvoerlegging een beroep deden op de internationale regels ter bescherming van de rechten van het kind, om hun argumentatie kracht bij te zetten.

⁴⁷ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 142 (de vertegenwoordiger van de Orde van Franstalige en Duitstalige balies).

⁴⁸ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 186 (de kinderrechtencommissaris); *Parl. St. Kamer* 2004-2005, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 262 (de vertegenwoordiger van de gezinsbond).

⁴⁹ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 195.

⁵⁰ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 33.

⁵¹ Rapport van de Staten-Generaal van het Gezin (punt A.1, 1.a): www.lesfamilles.be/2004/pages/nl/egf.rapport.justice.nl/egf.rapport.justices.nl.html.

Tegenstanders van de gedwongen tenuitvoerlegging wezen op een principieel juridisch probleem, rekening houdend met het Verdrag inzake de Rechten van het kind. Verplichtingen van de ouders kunnen namelijk niet op de kinderen worden afgewenteld.⁵²

Voorstanders van de gedwongen tenuitvoerlegging argumenteerden dan weer dat krachtens artikel 9.3 van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind, het kind dat van een ouder is gescheiden, het recht heeft om op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is van oordeel dat ook artikel 8 EVRM deze verplichting oplegt. Het Hof heeft aldus een Staat veroordeeld wegens het niet verlenen door de overheid van passende en toereikende bijstand en bescherming om voor een persoon het recht op de terugkeer van zijn kinderen af te dwingen.⁵³ Het werd derhalve belangrijk geacht dat de Staat zijn verantwoordelijkheid zou nemen, *in concreto* door de gedwongen tenuitvoerlegging van de beslissingen ter zake mogelijk te maken, maar daarbij voorkomt dat deze gedwongen tenuitvoerlegging gebeurt ten koste van het hoger belang van het kind.⁵⁴

B. De nieuwe regel

299. Na veel polemiek werd dan toch de maatregel van gedwongen tenuitvoerlegging in het nieuwe artikel 387 *ter* B.W. opgenomen, en werd aldus voor de eerste maal een wettelijke grondslag gegeven aan de praktijk van dwang op de persoon van een kind.

Artikel 387 *ter*, § 1, 5de lid B.W. bepaalt thans dat de rechter, na vaststelling van de weigering een eerdere beslissing na te leven, de situatie opnieuw kan onderzoeken en het slachtoffer van de miskenning kan toestaan een beroep te doen op dwangmaatregelen.

De nieuwe regeling laat uiteraard de mogelijkheid om strafklacht neer te leggen op grond van artikel 432 Sw. onverlet (art. 387 *ter*, § 1, 5de lid B.W.).

⁵² *Hand. Senaat* 8 juni 2006, 3-169, p. 36.

⁵³ E.H.R.M. 25 januari 2000, Ignacolo-Zenide t/ Roemenië, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 429; E.H.R.M. 29 april 2003, Iglesias Gil t/ Spanje, *J. dr. jeun.* 2003, 24, noot D. DELVAX; E.H.R.M. 26 juni 2003, nr. 48206, Maire t/ Portugal, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 665, noot.

⁵⁴ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, 9.

C. Voorzorgsmaatregelen

300. De wetgever heeft terecht deze ingrijpende maatregel met een aantal voorzorgsmaatregelen omkleed.

1. Toepassingsgebied van artikel 387 *ter* B.W.

301. Aangezien een gedwongen tenuitvoerlegging enkel gevorderd kan worden in het kader van een procedure *ex* artikel 387 *ter* B.W., kan deze dwangmaatregel maar opgelegd worden voor zover reeds een overtreding van een vorige beslissing heeft plaatsgevonden.⁵⁵

2. Rechterlijke controle

302. Verder wordt de beoordeling van de vraag of een dwanguitvoering mogelijk is, overgelaten aan de rechtbank. De gedwongen tenuitvoerlegging kan enkel gebeuren onder rechterlijke controle. De gedupeerde ouder kan zich dus niet rechtstreeks tot een gerechtsdeurwaarder wenden met de expeditie van de niet-nageleefde beslissing, om gedwongen tenuitvoerlegging hiervan te vragen.⁵⁶

Het is de taak van de rechtbank om de reden van de weigering van het contact in te schatten, om de naleving van de verblijfs- of contactregeling en het verbod van dwanguitoefening op de persoon tegenover elkaar af te wegen en om te beslissen of en in welke mate dwanguitoefening op de persoon mogelijk is. Twee fundamentele rechten moeten tegenover elkaar worden afgewogen, nl. het recht op fysieke integriteit en het recht op gezins- en familieleven.

3. Modaliteiten

303. Ten slotte worden in de gerechtelijke beslissing waarbij de gedwongen tenuitvoerlegging wordt bevolen, de nadere regels van de gedwongen terugname van het kind vastgelegd, om te verhinderen dat deze al te traumatiserend zou zijn voor het kind.⁵⁷

⁵⁵ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 49.

⁵⁶ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 78.

⁵⁷ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 8.

Het kan hier gaan om bemiddeling in een begeleidingscentrum, het afhalen van het kind op een neutrale plaats, het optreden van een vertrouwde derde of van een familielid enz.

Ingeval de rechter het nodig vindt, kan hij personen aanwijzen die gemachtigd zijn om de gerechtsdeurwaarder te vergezellen bij de tenuitvoerlegging van de beslissing (psycholoog, maatschappelijk werker, persoon die een nauwe band heeft met het kind, enz.), zodat de gedwongen teruggave van het kind in goede omstandigheden voor het kind verloopt.⁵⁸

304. Indien de in de gerechtelijke uitspraak aangewezen derde, die de gerechtsdeurwaarder dient te vergezellen, op het ogenblik van de tenuitvoerlegging niet aanwezig is (of niet aanwezig wil zijn), kan de gerechtsdeurwaarder niet tot gedwongen tenuitvoerlegging overgaan, aangezien één van de door de rechter opgelegde modaliteiten hiertoe niet is vervuld.

305. De wetgever heeft er niet bij stilgestaan dat de problemen van tenuitvoerlegging inzake verblijfs- of contactregeling vaak in het weekend plaatsvinden. De vraag rijst welke “derde” bereid zal worden gevonden om alsdan de gerechtsdeurwaarder te vergezellen. Het valt alleszins aan te bevelen per gerechtelijk arrondissement lijsten te maken van maatschappelijk werkers en andere instanties die de begeleiding op zich kunnen en willen nemen.

D. Knelpunten

1. Toepassing van artikel 1387 Ger.W.?

306. Artikel 1387 Ger.W. bepaalt dat geen handeling van tenuitvoerlegging mag geschieden, hetzij tussen 9 u ’s avonds en 6 u ’s morgens, hetzij op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag, behalve bij dringende noodzakelijkheid krachtens een verlot van de beslagrechter, verleend op verzoekschrift.

⁵⁸ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-673/001, 15; *Parl. St. Senaat* 2005-06, 3-1645/4, 5 (verslag namens de commissie voor de justitie).

Aangezien de tenuitvoerleggingen inzake verblijfs- of contactregeling veelal in het weekend zullen plaatsvinden, rijst natuurlijk de vraag of in voorkomend geval toepassing van dit artikel gemaakt moet worden.

307. De wetgever heeft eenvoudigweg geen rekening gehouden met dit probleem. Nazicht van de vigerende regeling uit het oude recht, met name vóór de tussenkomst van de circulaire van 1996, leert dat toen geen toepassing van artikel 1387 Ger.W. vereist was.

*“Uit de rechtspraak en adviezen van de gerechtelijke overheid blijkt dat de beperkingen gesteld bij de artikel 47 Ger.W. (dat de regels bevat over de dagen en uren waarop betekend mag worden) en artikel 1387 Ger.W. (dat de regels bevat over de dagen en uren voor de uitvoering van rechterlijke beschikkingen) niet in toepassing gebracht worden ingeval de rechter verplichtingen oplegt die buiten de dagen en uren gesteld bij voornoemde artikelen, betekend en uitgevoerd moeten worden. In deze hypothese vloeit de machtiging of het verlof om te betekenen of uit te voeren uit de rechterlijke beslissing zelf voort, al dan niet uitdrukkelijk. Een aanvullende toelichting is overbodig. Dit geldt dus voor beschikkingen aangaande een bezoekrecht uit te oefenen o.m. op zaterdagen, zondagen en feestdagen”.*⁵⁹

Ook in de rechtspraak werd het principe aanvaard dat indien een vonnis enkel op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag ten uitvoer kan worden gelegd, er met het oog op de betekening en tenuitvoerlegging ervan geen verlof van de rechter vereist is.⁶⁰

2. Medewerking van de gerechtsdeurwaarders?

308. Tijdens de parlementaire voorbereiding rees de vraag of men er beducht voor moet zijn dat de gerechtsdeurwaarders niet zullen meewerken aan de gedwongen tenuitvoerlegging. Deze vraag werd terecht als een blijk van wantrouwen opgevat t.a.v. de gerechtsdeurwaarders, die ministeriële en openbare ambtenaren zijn, die hun ambt ten dienste van de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen stellen.⁶¹

⁵⁹ Antwoord van de minister van Justitie op vraag nr. 26 van 4 januari 1983 van senator Van In.

⁶⁰ Gent 18 januari 1985, *onuitg.*, aangeh. in Antwoord van de minister van justitie op vraag nr. 26 van 4 januari 1983 van senator Van In; Kort Ged. Luik 12 juni 1982, *J.L.* 1982, 370, noot.

⁶¹ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, 50.

309. Inmiddels is er op 19 september 2006 door de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders een schrijven aan de gerechtsdeurwaarders verspreid, waarbij hen de inhoud van artikel 387 *ter* B.W. ter kennis werd gebracht.

§ 4. DE MOGELIJKHEID NIEUWE BESLISSINGEN TE NEMEN MET BETREKKING TOT HET OUDERLIJK GEZAG OF HET VERBLIJF VAN HET KIND

A. Algemeen

310. Artikel 387 *ter*, § 1, 4de lid B.W. verleent de rechter uitdrukkelijk de mogelijkheid nieuwe beslissingen te nemen m.b.t. het ouderlijk gezag of het verblijf van de kinderen, indien een eerdere beslissing met betrekking tot de verblijfsregeling of de contactregeling niet wordt gerespecteerd.

Deze bepaling is niet innovatief qua inhoud. Ook vóór de Wet van 18 juli 2006 kon de rechter nieuwe beslissingen nemen en zelfs de regeling inzake ouderlijk gezag of verblijfsregeling wijzigen, indien er gewijzigde omstandigheden voorhanden waren.⁶² De schending van vroegere beslissingen is zo een gewijzigde omstandigheid.⁶³

De huidige wet versterkt wel deze mogelijkheid door de versoepeling van de procedureregels voor de jeugdrechtbank, in het bijzonder de voortdurende aanhangmaking.

311. Artikel 387 *ter*, § 1, 4de lid B.W. schrijft evenwel *niet* voor dat in geval van niet-naleving, een omkering van de regeling *dient* te worden opgelegd. Het feit dat de rechter nieuwe beslissingen kan nemen, impliceert wel dat een omkering van de regeling van hoofdverblijf en bijkomend verblijf mogelijk is. De onwillige ouder weet dat bij verhindering van elk contact, de rechtbank wel eens de verblijfsregeling zou kunnen omkeren, hetgeen volgens de wetgever een zeer efficiënt dwangmiddel zou vormen.⁶⁴

312. Alleszins dient bij een wijziging van de verblijfs- of contactregeling de algemene regel van artikel 387 *bis* B.W. te worden gerespecteerd, nl. dat

⁶² Zie voor een toepassing Gent 13 februari 2003, *R. W.* 2003-04, 1732.

⁶³ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/017, 5.

⁶⁴ Zie Wetsvoorstel-Willems, *Parl. St.* Senaat 2004-05, nr. 3-833/1 en Wetsvoorstel Taelman, *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1288/1.

het opleggen of wijzigen van een beslissing met betrekking tot het ouderlijk gezag of de verblijfsregeling maar kan gebeuren in het belang van het kind.

B. Na echtscheiding door onderlinge toestemming

313. Indien een wijziging van de regeling inzake ouderlijk gezag en/of verblijf gevorderd wordt door een gedupeerde ouder na echtscheiding door onderlinge toestemming, rijst de vraag of de rechter die zich over dit geschil moet buigen, enkel rekening moet houden met artikel 387 *ter*, § 1, 4de lid B.W., dan wel of er ook toepassing gemaakt moet worden van de strengere voorwaarden die artikel 1288, laatste lid Ger.W. stelt.

Artikel 387 *ter*, § 1, 4de lid B.W., dat ingevolge artikel 387 *ter*, § 2 B.W. ook van toepassing is na echtscheiding door onderlinge toestemming, bepaalt namelijk dat een wijziging van de regeling van ouderlijk gezag of verblijf mogelijk is, indien een eerdere beslissing niet wordt uitgevoerd. Luidens artikel 1288, laatste lid Ger.W. is een wijziging van de regeling inzake ouderlijk gezag of verblijf na echtscheiding door onderlinge toestemming echter maar mogelijk is indien nieuwe omstandigheden, buiten de wil van partijen, hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen.

Dient de rechter zich te buigen over de vraag of het niet-naleven van de regeling na echtscheiding door onderlinge toestemming gekwalificeerd kan worden als een omstandigheid buiten de wil van partijen, die hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen?

314. Deze vraag dient negatief te worden beantwoord. Voor een wijziging van een regeling inzake het ouderlijk gezag of de verblijfsregeling geldt immers het criterium van het belang van het kind, zoals bepaald in artikel 387 *bis* B.W. In rechtspraak en rechtsleer wordt aanvaard dat dit criterium voorrang heeft op de bepaling van artikel 1288, laatste lid Ger.W., en dat het voldoende is dat de ouders aantonen dat het belang van het kind in het gedrag zal komen indien de overeengekomen regeling behouden blijft.⁶⁵

⁶⁵ Brussel 26 november 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 849; Luik 8 juni 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 250; Gent 17 november 1997, *TWVR* 1998, 66; K. VISSERS, "Art. 1288 Ger.W.", in *Commentaar Personen- en Familierecht*, Kluwer, p. 97-98, nr. 115; M.-Th. MEULDERS-KLEIN en S. DEMARS, "La réforme de la réforme du divorce et les enfants: protection ou incohérences", *J.T.* 1996, 674; N. HUSTIN-DENIES, "Aspects personnels: les conventions

315. Derhalve geldt ook in het kader van een procedure *ex* artikel 387 *ter* B.W. dat de rechter die, in geval van niet-naleving door een ouder van de verblijfs- of contactregeling na echtscheiding door onderlinge toestemming moet oordelen over een vordering tot wijziging van de regeling inzake ouderlijk gezag of verblijf, dient te onderzoeken of deze wijziging wel in het belang is van het kind, en niet dient na te gaan of aan de vereisten van artikel 1288, laatste lid Ger.W. is voldaan.

relatives aux enfants", in *Divorce par consentement mutuel. La réforme de la réforme*, M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), 1997, Luik, Ed. Commissions Université Université-Palais, 1998, 190-191; J.-L. RENCHON, "La nouvelle réforme de l'autorité parentale", *Rev. trim.dr.fam.* 1995, p. 406, nr. 45; *vergelijk*: P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8ste uitg. 2004, nr. 2013, die spreekt over 'het gekwalificeerd belang van het kind'.

HOOFDSTUK III. PROCEDUREEL LUIK

§ 1. INLEIDING

316. Artikel 387 *ter* B.W. bevat naast de materieelrechtelijke regels inzake de maatregelen die de rechter kan treffen, ook de procedurebepalingen die hij hiervoor moet volgen. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd er op gewezen dat deze procedurebepalingen beter op hun plaats zouden zijn in het Gerechtelijk Wetboek.⁶⁶

De minister van Justitie wees er echter op dat dit wat familiale aangelegenheden betreft niet ongebruikelijk is, en verwees met name naar de Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, die bepalingen van gerechtelijk recht in het Burgerlijk Wetboek heeft ingevoegd (art. 387 *bis* B.W.), de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, de Wet van 29 april 2001 op de voogdij, of nog naar de bepalingen betreffende het voorlopig bewind (art. 488 *bis* B.W.).⁶⁷

§ 2. DE MOGELIJKHEID OM DE ZAAK TERUG VOOR DE RECHTER TE BRENGEN

A. *Principe*

317. Het nieuwe artikel 387 *ter*, § 1, 1ste lid B.W. bepaalt dat, ingeval er reeds een rechterlijke beslissing m.b.t. het verblijf van de kinderen of het recht op persoonlijk contact werd gevelde, en één van de ouders weigert deze na te leven, de zaak opnieuw voor de bevoegde rechter gebracht kan worden, die maatregelen kan treffen.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd de vraag gesteld of het logisch is dat er een tweede procedure gevoerd moet worden, teneinde een eerste beslissing te doen uitvoeren. De minister van Justitie vond het echter logisch dat voorzien wordt in een nieuw gerechtelijk debat, gezien

⁶⁶ *Parl. St. Senaat* 2005-06, 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 13.

⁶⁷ *Parl. St. Senaat* 2005-06, 3-1645/4, Verslag namens de commissie voor de justitie, 21.

de zwaarwichtigheid van de maatregelen die in het kader van artikel 387*ter* B.W. kunnen worden genomen, zoals de gedwongen tenuitvoerlegging, waarbij dwang op de persoon van het kind kan worden gebruikt.⁶⁸

B. De bevoegde rechter

1. De rechter die de niet-nageleefde beslissing heeft getroffen

a. Algemeen

318. Op het stuk van de bevoegdheid van de rechter wordt als beginsel gesteld dat de rechter die de niet-nageleefde beslissing heeft genomen, optreedt (art. 387*ter*, § 1, 1ste lid B.W.). Deze regel wijkt af van artikel 569, 5° Ger.W., waarin is gesteld dat de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is inzake de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen.

319. Op de vraag of het logisch is dat een rechter zijn eigen beslissingen moet uitvoeren, terwijl een rechter gewoonlijk van de zaak wordt gehaald als hij het geschil heeft opgelost, werd geantwoord dat er voor deze werkwijze wettelijke precedënten bestaan, met name in de procedure voor uitvoerend beslag.⁶⁹

b. Na (dringende) voorlopige maatregelen of na een vonnis van de jeugdrechtbank

320. Na tussenkomst van een vonnis inzake dringende voorlopige maatregelen, een beschikking houdende voorlopige maatregelen of een vonnis van de jeugdrechtbank, dient de gedupeerde partij die problemen ondervindt bij de naleving van deze gerechtelijke uitspraak en toepassing wenst van artikel 387*ter* B.W., een vordering in te stellen bij respectievelijk de vrederechter, de rechter in kort geding of de jeugdrechtbank.

c. Na echtscheiding door onderlinge toestemming

321. Het uitvoeringsmechanisme zoals geregeld door artikel 387*ter* B.W. kan ook in werking worden gesteld in de hypothese dat de ouders

⁶⁸ *Parl. St. Senaat* 2005-06, 3-1645/7, 21.

⁶⁹ *Parl. St. Senaat* 2005-06, 3-1645/4, antwoord van de minister van Justitie.

gescheiden zijn door onderlinge toestemming (*supra* nr. 68-69).⁷⁰ Na de echtscheiding door onderlinge toestemming kunnen er immers evenzeer problemen ontstaan omtrent de uitvoering van de regeling m.b.t. het verblijf van de minderjarige kinderen, zoals deze in de familierechtelijke overeenkomst werd opgenomen. Artikel 387*ter*, § 2 B.W. bepaalt dan ook dat de regeling inzake gedwongen tenuitvoerlegging van toepassing is indien de rechten van de partijen geregeld zijn door een overeenkomst zoals bepaald in artikel 1288 Ger.W.

322. De bevoegde rechtbank tot wie de gedupeerde ouder zich dient te wenden, is de jeugdrechtbank in toepassing van artikel 387*bis* B.W., dan wel de voorzitter rechtsprekend in kort geding in geval van urgentie, met toepassing van artikel 584 Ger.W., en niet de echtscheidingsrechter, die met toepassing van artikel 1298 Ger.W. de overeenkomsten met betrekking tot de minderjarige kinderen heeft gehomologeerd.

2. Versnippering van bevoegdheden over verschillende rechtscolleges

a. Algemeen

323. De wetgever heeft getracht rekening te houden met de versnippering van de bevoegdheden in deze materie over de verschillende rechtscolleges. Dit probleem rijst vooral bij gehuwde ouders, die zich naargelang van de onderscheiden fases van de procedure (dringende voorlopige maatregelen, voorlopige maatregelen, procedure na echtscheiding) tot verschillende rechtscolleges moeten wenden, met name tot de vrederechter, de voorzitter in kort geding of de jeugdrechtbank.

324. De oplossing die de wetgever in de wet heeft opgenomen bestaat erin dat indien de zaak – nadat de eerste rechter uitspraak heeft gedaan en er uitvoeringsmoeilijkheden optreden – inmiddels bij een andere rechter aanhangig werd gemaakt, de vordering inzake tenuitvoerlegging voor deze laatste rechter dient te worden gebracht (art. 387*ter*, § 1, 1ste lid *in fine* B.W.).

⁷⁰ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/001, 15 e.v.

b. Na dringende voorlopige maatregelen

325. Indien een vonnis van de vrederechter inzake dringende voorlopige maatregelen niet wordt nageleefd, en de gedupeerde partij een uitvoeringsmaatregel wenst, dan dient deze in de regel terug te gaan naar de vrederechter, tenzij er inmiddels werd gedagvaard in echtscheiding en in voorlopige maatregelen. In dit laatste geval dient de vordering *ex* artikel 387*ter* B.W. voor de voorzitter rechtsprekend in kort geding te worden gebracht.

326. Hier moet wel rekening worden gehouden met het feit dat de voorzitter in het kader van een procedure voorlopige maatregelen een autonome beslissing treft, en niet gebonden is door de dringende voorlopige maatregelen van de vrederechter.⁷¹ De voorzitter kan dus voorlopige maatregelen nemen die verschillend zijn van de dringende voorlopige maatregelen welke door de vrederechter werden bevolen, zonder dat er gewijzigde omstandigheden voorhanden zijn.

Dit kan problemen met zich brengen indien de gedupeerde ouder voor de voorzitter een vordering *ex* artikel 387*ter* B.W. instelt teneinde de maatregel van de vrederechter te doen naleven, terwijl de weigerachtige ouder een voorlopige maatregel inzake ouderlijk gezag en verblijfsregeling vordert over de minderjarige kinderen, die afwijkt van de maatregel van de vrederechter. De gedupeerde ouder, die de beslissing van de vrederechter wenst te laten afdwingen door een dwangsom, al dan niet met supervoorrecht, of door een gedwongen tenuitvoerlegging, kan in plaats daarvan geconfronteerd worden met een totaal nieuwe beslissing over de verblijfs- of contactregeling.

c. Na voorlopige maatregelen

327. Wordt een beschikking van de voorzitter houdende voorlopige maatregelen niet gerespecteerd, dan kan de gedupeerde ouder een maatregel vragen *ex* artikel 387*ter* B.W. voor de voorzitter, tenzij inmiddels de echtscheiding definitief is en een procedure voor de jeugdrechtbank werd opgestart, in welk geval de uitvoeringsmaatregel aldaar gevraagd moet worden.

⁷¹ Cass. 20 februari 2006, *E.J.* 2006, 35, noot P. SENAËVE en *RABG* 2006, 1228, noot.

C. Knelpunten

1. Temporele bevoegdheidsverdeling

a. Situering

328. Voor de onderscheiden rechtscolleges die uitspraak kunnen doen over de verblijfsregeling en het contactrecht van minderjarige kinderen van gehuwde ouders, gelden er specifieke regels van temporele bevoegdheid.

Zo kan de vrederechter maar geadieerd worden om dringende voorlopige maatregelen te nemen (waaronder maatregelen betreffende de verblijfsregeling en het contactrecht) tot op het ogenblik dat een echtscheidingsprocedure aanhangig wordt gemaakt.

De voorzitter rechtsprekend in kort geding heeft de volstreekte bevoegdheid om tijdens de echtscheidingsprocedure voorlopige maatregelen te treffen, waaronder ook maatregelen over de kinderen, en kan geadieerd worden vanaf het ogenblik dat een echtscheidingsprocedure aanhangig werd gemaakt, en tot op het ogenblik waarop de echtscheidingsuitspraak in kracht van gewijsde treedt.

De jeugdrechtbank tenslotte kan geadieerd worden, vóórafgaand het aanhangig maken van een echtscheidingsprocedure, en ná het in kracht van gewijsde treden van een echtscheidingsuitspraak.

b. Interpretatie van artikel 387*ter* B.W.

329. Het nieuwe artikel 387*ter* B.W. dient te worden gelezen in het licht van deze problematiek van de temporele bevoegdheid van de onderscheiden rechtscolleges. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever het systeem van de temporele bevoegdheidsverdeling niet heeft willen doorbreken, en dat artikel 387*ter* B.W. in het licht van de problematiek van de temporele bevoegdheid van de onderscheiden rechtscolleges dient te worden gelezen.⁷²

330. Dit houdt in dat in geval van niet-uitvoering van een rechterlijke beslissing, de zaak maar aanhangig kan worden gemaakt bij de rechter die

⁷² *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/001, 15-16.

de niet-nageleefde beslissing heeft gevel, in zoverre deze rechter nog temporeel bevoegd is.⁷³

c. Na dringende voorlopige maatregelen

331. Wordt bijvoorbeeld een vonnis van de vrederechter inzake de verblijfsregeling niet nageleefd, en werd inmiddels door een ouder een echtscheidingsprocedure aanhangig gemaakt, dan zal de gedupeerde ouder ofwel zijn eis tot uitvoering moeten stellen in het raam van een inmiddels aanhangig gemaakte procedure voorlopige maatregelen, ofwel, indien nog niet in voorlopige maatregelen werd gedagvaard, zelf deze procedure moeten opstarten, om dan in het raam hiervan de uitvoeringsproblematiek aan te kaarten. Het is uitgesloten dat in deze hypothese de zaak terug voor de vrederechter zou worden gebracht.

d. Na voorlopige maatregelen

332. Dezelfde regeling geldt voor de voorzitter rechtsprekend in kort geding die, eens de echtscheiding is uitgesproken, niet meer geadieerd kan worden i.v.m. het probleem van niet-uitvoering van zijn beschikking. De gedupeerde ouder zal dan een procedure voor de jeugdrechtbank aanhangig moeten maken, in zoverre deze nog niet werd ingeleid.

2. Hoger beroep

a. Een uitvoeringsprobleem rijst tijdens een procedure van hoger beroep

333. Indien hangende een beroepsprocedure een geschil van tenuitvoerlegging rijst, dient de vordering *ex* artikel 387 *ter* B.W. voor de rechter in hoger beroep aanhangig te worden gemaakt door middel van conclusies.

Dit geldt uiteraard slechts in de hypothese dat het geschil inzake verblijfsregeling/contactregeling in graad van hoger beroep aanhangig werd gemaakt. Indien bv. tegen een vonnis inzake dringende voorlopige maatregelen hoger beroep werd ingesteld, enkel voor wat betreft de onderhoudsbijdrage voor de minderjarige kinderen, en niet voor wat

⁷³ Zie in deze zin Gent 7 december 2006, 2005/RK/272, *onuitg.* *Contra:* N. DANDOY en F. REUSENS, "L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale", *J.T.* 2007, 185.

betreft de verblijfsregeling, is de rechtbank van eerste aanleg niet gea-dieerd voor dit aspect en dient een uitvoeringsmaatregel *ex* artikel 387 *ter* B.W. nog steeds voor de vrederechter te worden gevorderd.

b. Een uitvoeringsprobleem rijst ná de afhandeling van een beroepsprocedure

334. Indien evenwel een probleem van niet-naleving van de verblijfs- of contactregeling pas rijst nádat de beroepsbeslissing dienaangaande is geveld, rijst de vraag bij welke rechtsinstantie de vordering *ex* artikel 387 *ter* B.W. aanhangig dient te worden gemaakt.

Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de niet-nageleefde beslissing inzake verblijfs- of contactregeling een eindarrest betreft van de jeugdkamer van het hof van beroep, waarbij een vonnis van de jeugdrechtbank werd hervormd, en het arrest nadien door een ouder niet wordt nageleefd. Dient de gedupeerde ouder een uitvoeringsmaatregel te vorderen voor het hof van beroep of voor de jeugdrechtbank?

335. In de voorbereidende werkzaamheden wordt met geen woord over deze hypothese gerept. Volgens de letter van de wettekst, die stelt dat de rechter die de niet-nageleefde beslissing heeft getroffen bevoegd is, dient de vordering bij de beroepsinstantie aanhangig te worden gemaakt (de rechtbank van eerste aanleg in geval van hoger beroep tegen een vonnis houdende dringende voorlopige maatregelen van de vrederechter, dan wel het hof van beroep in de overige hypothesen).

Dit betekent dat de beroepsinstantie, die als laatste uitspraak heeft gedaan, bij niet-naleving van de beroepsbeslissing bevoegd zou blijven om uitspraak te doen over de uitvoeringsmaatregelen, en zelfs een nieuwe beslissing kan bevelen omtrent het ouderlijk gezag en/of de verblijfsregeling.

336. Deze oplossing is evenwel niet van problemen verstoken.

a) Zo dient er rekening te worden gehouden met het feit dat de beroepsrechter bij het vellen van de beroepsbeslissing zijn rechtsmacht uitput. Indien bijvoorbeeld een definitieve uitspraak is getroffen door het hof van beroep tegen een beschikking houdende voorlopige maatregelen van de voorzitter, en wenst een partij nadien een gewijzigde maatregel, dan dient

deze wijziging voor de voorzitter gevorderd te worden, en niet voor het hof van beroep.

b) Verder rijst het probleem van het aanhangig maken van het uitvoering-sgeskil bij de beroepsrechter. Voor het hof van beroep (in geval van hoger beroep tegen een beschikking houdende voorlopige maatregelen, of tegen een vonnis van de jeugdrechtbank) bestaat er immers geen systeem van blijvende saisine, zodat de zaak niet door de neerlegging van conclusies aanhangig kan worden gemaakt.

Er bestaat ook geen uitdrukkelijke wetsbepaling die regelt hoe de vordering in graad van hoger beroep aanhangig dient te worden gemaakt. Voor de problematiek van uitlegging van een vonnis of arrest in hoger beroep gewezen, waar de rechter in hoger beroep bevoegd blijft, zelfs als hij in hoger beroep het vonnis van eerste aanleg heeft bevestigd (art. 798, 3de lid Ger.W.), bestaat er bv. wel een uitdrukkelijke wetsbepaling voor het aanhangig maken van de vordering voor het hof van beroep. In dat geval wordt de vordering voor de rechter in hoger beroep ingeleid bij vrijwillige verschijning of bij dagvaarding (art. 796 *j*° art. 798, 3de lid Ger.W.). Er bestaat daarentegen geen uitdrukkelijke wetsbepaling in deze zin voor wat betreft de toepassing van artikel 387^{ter} B.W.

c) Ten slotte rijst een probleem in de hypothese dat de gedupeerde partij een wijziging vordert van de regeling inzake ouderlijk gezag of verblijf, met toepassing van artikel 387^{ter}, § 1, 4de lid B.W. Indien in deze laatste hypothese de zaak bij de beroepsinstantie aanhangig wordt gemaakt, verliezen partijen immers een aanleg. Een vordering tot een gewijzigde maatregel dient echter niet noodzakelijk in het raam van artikel 387^{ter} B.W. gevorderd te worden, maar kan ook bij autonome procedure worden gevraagd (bv. in het raam van art. 387^{bis} B.W.), in welk geval de dubbele aanleg wel geldt.

337. Gelet op deze argumenten is het verdedigbaar dat, indien een uitvoeringsprobleem rijst na tussenkomst van een definitieve uitspraak in graad van hoger beroep, dit uitvoeringsprobleem bij de eerste rechter aanhangig dient te worden gemaakt.⁷⁴

⁷⁴ *In dezelfde zin*: Brussel (Jk.) 21 maart 2007, 2007/JR/40, onuitg.

Ook deze oplossing doet problemen rijzen. Kan men immers redelijkerwijs van een rechter wiens uitspraak in graad van hoger beroep hervormd werd, verwachten dat hij daarna nog kennis moet nemen van de uitvoeringsperikelen van die beroepsbeslissing, waarmee hij het misschien grondig oneens is?

§ 3. PROCEDURE IN GEVAL VAN ABSOLUTE NOODZAAK

A. *Principe*

338. De nieuwe regelgeving voorziet ook in een afzonderlijke procedure in geval van absolute noodzaak (art. 387 *ter*, § 3 B.W.). Het betreft hier een procedure op eenzijdig verzoekschrift. Het verzoekschrift dient gestaafd te worden met alle dienstige stukken die aantonen dat de weigerende partij daadwerkelijk werd aangemaand haar verplichtingen na te komen, en dat zij zich heeft verzet tegen de tenuitvoerlegging van de beslissing. De inschrijving van het dossier is kosteloos (vrijstelling van het rolrecht).

339. Artikel 387 *ter*, § 3, 1ste lid B.W. laat de mogelijkheid om beroep te doen op de procedure voor de kortgedingrechter in geval van urgentie (art. 584 Ger.W.) onverlet. Hoewel de voorzitter van de rechtbank zetelend in kortgeding bij dringende gevallen krachtens artikel 584 Ger.W. over volheid van rechtsmacht beschikt, werd het verkieslijk bevonden dit expliciet te vermelden, teneinde te vermijden dat er door de nieuwe bepaling van artikel 387 *ter*, § 3 B.W. interpretatieproblemen zouden ontstaan.⁷⁵

B. *Absolute noodzaak*

340. Hierbij kan gedacht worden aan de hypothese waarin een verrassingseffect bereikt dient te worden, dan wel aan de hypothese van dringende noodzakelijkheid.⁷⁶ Zulks kan inzonderheid het geval zijn indien het risico bestaat dat het kind naar het buitenland wordt ontvoerd. In dat geval zou

⁷⁵ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, 15. Deze bepaling werd ingevoegd na advies van de Raad van State: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1673/001, Advies van de Raad van State, 25.

⁷⁶ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, 15.

het ondoeltreffend zijn de andere partij op te roepen opnieuw te verschijnen.⁷⁷

341. De verzoekende partij dient uiteraard aan te tonen dat er sprake is van absolute noodzaak, derwijze dat de andere partij het recht op tegenspraak ontzegd word bij het opleggen van dwangmaatregelen. Stellen dat de weigerachtige ouder “toch aan niets meewerkt”, en zelfs verdwenen zou zijn, waarvan echter geen ander bewijs wordt bijgebracht dan de eigen affirmatie, kan niet volstaan.⁷⁸

C. Bewijs van de obstructie door de weigerende partij

342. Artikel 387 *ter*, § 3 B.W. stelt als voorwaarde dat de verzoekende partij zijn verzoekschrift staat met alle dienstige stukken die aantonen dat:

- de weigerende partij daadwerkelijk werd aangemaand haar verplichtingen na te komen;
- de weigerende partij zich heeft verzet tegen de tenuitvoerlegging van de beslissing.

343. Aangezien de procedure van artikel 387 *ter*, § 3 B.W. een uitzonderlijke procedure is, die het principe van de tegensprekelijkheid omzeilt, dienen deze voorwaarden beperkend geïnterpreteerd te worden.⁷⁹

Als voorbeelden van stukken die moeten worden bijgevoegd bij het verzoekschrift kunnen worden vermeld: door de gedupeerde partij ingediende strafklachten, een proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder, officiële briefwisseling tussen de raadslieden van de partijen, enz.

D. Enkel een beroep op dwangmaatregelen mogelijk

344. Luidens artikel 387 *ter*, § 2 B.W. kan in de procedure bij absolute noodzaak enkel de toestemming gevraagd worden om een beroep te doen op de dwangmaatregelen zoals bedoeld in artikel 387 *ter*, § 1 B.W. Dit houdt in dat enkel de gedwongen tenuitvoerlegging alsmede het opleggen van een dwangsom, al dan niet met supervoorrecht, kunnen worden opgelegd.

⁷⁷ Parl. St. Kamer 2004-05, nr. 51-1673/001, 17.

⁷⁸ Gent (Jk.) 15 januari 2007, 2005/RK/272, *onuitg.*

⁷⁹ Gent (Jk.) 15 januari 2007, 2005/RK/272, *onuitg.*; Brussel 14 november 2006, 2006/JR/225, *onuitg.*

Het is in het raam van deze procedure dan ook niet mogelijk een nieuwe beslissing inzake het ouderlijk gezag of de verblijfsregeling te bekomen.⁸⁰

In artikel 387 *ter*, § 2 B.W. wordt evenmin verwezen naar de in artikel 387 *ter*, § 1, 3de lid B.W. opgenomen mogelijkheid voor de rechter om onderzoeksdaden te stellen. Uit de aard zelf van de procedure bij absolute noodzaak volgt trouwens dat het bevelen van onderzoeksdaden niet zinvol is.

E. De bevoegde rechter

345. In tegenstelling tot een procedure bij hoogdringendheid *ex* artikel 584 Ger.W., die enkel voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg rechtsprekend in kort geding kan worden ingeleid, geldt voor de procedure bij absolute noodzaak dat de bevoegde rechter degene is die de niet-nageleefde beslissing heeft gewezen, tenzij de zaak inmiddels bij een andere rechter aanhangig is gemaakt (art. 387 *ter*, § 3 *in fine* B.W.). Ingeval inmiddels hoger beroep werd aangetekend, dient het verzoek gericht te worden tot de rechter in hoger beroep.

F. Advies van het openbaar ministerie

346. Luidens artikel 765 Ger.W. doen de jeugdrechtbank en de jeugdkamer van het hof van beroep eerst uitspraak na het advies van het openbaar ministerie te hebben gehoord, dit op straffe van nietigheid.

Ook ingeval voorlopige maatregelen worden gevorderd aangaande minderjarige kinderen, moet het openbaar ministerie aanwezig zijn in de procedure en advies uitbrengen, op straffe van nietigheid.⁸¹

Indien een procedure bij absolute noodzaak wordt gevoerd voor de jeugdrechter (of jeugdkamer bij het hof van beroep), dan wel voor de voorzitter rechtsprekend in kort geding *ex* artikel 1280 Ger.W. (of het hof van beroep), dient dan ook het advies van het openbaar ministerie te worden ingewonnen.

⁸⁰ Zie in deze zin Gent (Jk.) 15 januari 2007, 2005/RK/272, *onuitg.*

⁸¹ Cass. 13 juni 1997, *E.J.* 1998, 54, noot P. SENAEVE; Cass. 7 april 1972, *Arr. Cass.* 1972, 735.

§ 4. AANHANGIG MAKEN VAN DE ZAAK

1. Procedure dringende voorlopige maatregelen voor de vrederechter

347. De wetgever heeft ervoor geopteerd het systeem van de blijvende saisine van de rechter niet van toepassing te maken op de procedures voor de vrederechter houdende dringende voorlopige maatregelen (art 223 B.W. en 1479 B.W.). Indien een vonnis van de vrederechter inzake de verblijfs- of contactregeling van de kinderen niet wordt nageleefd, en een partij de gedwongen tenuitvoerlegging van dit vonnis wenst, moet dan ook de gewone rechtsingang worden gevolgd, en dient een nieuw verzoekschrift voor de vrederechter te worden neergelegd.

348. Zolang de vrederechter geen eindvonnis houdende dringende voorlopige maatregelen heeft geveld, maar enkel een tussenvonnis, waarbij bijvoorbeeld een voorlopige verblijfsregeling werd getroffen in afwachting van een deskundigenonderzoek, kan het verzoek *ex* artikel 387*ter* B.W. uiteraard wel door het neerleggen van conclusies aanhangig gemaakt worden.

349. Is daarentegen reeds een procedure in echtscheiding opgestart, dan dient het verzoek *ex* artikel 387*ter* B.W. aanhangig te worden gemaakt, hetzij bij conclusies in de hangende procedure voorlopige maatregelen (in de hypothese dat zowel werd gedagvaard in echtscheiding als in voorlopige maatregelen), hetzij bij dagvaarding in voorlopige maatregelen (in de hypothese dat er enkel werd gedagvaard in echtscheiding).

350. Het verzoekschrift dat voor de vrederechter wordt ingediend, betreft uiteraard een tegensprekelijk verzoekschrift, dat moet worden ingeschreven in de algemene rol en onderworpen is aan het rolrecht. De vraag rijst evenwel of de partijen terug moeten worden opgeroepen met toepassing van artikel 1253*quater* Ger.W., te weten met een oproeping in raadkamer met poging de partijen te verzoenen. Aangezien artikel 1253*quater* Ger.W. niet verwijst naar artikel 387*ter* B.W., is de oproeping in verzoening in raadkamer niet verplicht.

Niets verhindert evenwel dat de vrederechter met toepassing van artikel 387ter, § 1, 3de lid B.W. j° artikel 992 Ger.W. de persoonlijke verschijning van partijen beveelt en dan een verzoeningspoging onderneemt.

2. Procedure voorlopige maatregelen voor de voorzitter rechtsprekend in kort geding ex artikel 1280 Ger.W.

351. In de procedure voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure (art. 1280 Ger.W.) gold reeds sedert de Wet van 30 juni 1994 het systeem van de blijvende saisine van de voorzitter rechtsprekend in kort geding.⁸² Dit brengt met zich mee dat, indien de beschikking van de voorzitter niet wordt nageleefd, de partij die om de gedwongen tenuitvoerlegging van de niet- nageleefde beslissing wenst te verzoeken geen nieuwe procedure aanhangig moet maken, maar kan volstaan met het neerleggen van conclusies.⁸³

352. Is de echtscheiding evenwel definitief op het ogenblik dat de gedupeerde ouder een uitvoeringsmaatregel wenst te vorderen, dan dient deze de zaak aanhangig te maken bij de jeugdrechtbank door het neerleggen van een verzoekschrift, tenzij uiteraard reeds een procedure voor de jeugdrechtbank hangende is, in welk geval de vordering door de neerlegging van conclusies aanhangig kan worden gemaakt.

3. Procedure voor de jeugdrechtbank

353. Ook in de procedures voor de jeugdrechtbank geldt thans ingevolge de Wet van 18 juli 2006 het systeem van de blijvende saisine van de rechter (art. 387bis B.W.), zodat ook in deze procedures kan worden volstaan met het neerleggen van conclusies om de zaak opnieuw aanhangig te maken, zo de eerste beslissing niet wordt nageleefd.⁸⁴

⁸² Zie voor een uitvoerige bespreking, P. SENAËVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", in P. SENAËVE en W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen, Commentaar op de Wetten van 30 juni 1994, 27 december 1994 en 20 mei 1997*, 2de uitg. 1997, Antwerpen, Maklu, 227 e.v.

⁸³ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, 15.

⁸⁴ *Ibid.*

4. Procedure na echtscheiding door onderlinge toestemming

354. Rijken er uitvoeringsmoeilijkheden na echtscheiding door onderlinge toestemming, dan dient uiteraard een nieuwe rechtsingang te gebeuren.

Aangezien er geen voorafgaande betwistingsprocedure was, is in de wet bepaald dat de rechtbank via tegensprekelijk verzoekschrift wordt gevat (art. 387*ter*, § 2 B.W.).

5. Procedure in geval van absolute noodzaak

355. Indien toepassing gevraagd wordt van de procedure in geval van absolute noodzaak, dient deze bij eenzijdig verzoekschrift te worden ingeleid. De artikelen 1026 tot 1034 Ger.W. inzake de procedure op eenzijdig verzoekschrift zijn van toepassing.

356. Het verzoekschrift moet gestaafd worden met alle dienstige stukken die aantonen dat de weigerende partij daadwerkelijk werd aangemaand haar verplichtingen na te komen, en dat zij zich heeft verzet tegen de tenuitvoerlegging van de beslissing. De inschrijving van het dossier is kosteloos (art. 387*ter*, § 3 B.W.).

357. Het verzoekschrift wordt gevoegd bij het dossier van de rechtspleging die aanleiding heeft gegeven tot de beslissing die niet werd nageleefd, tenzij de zaak inmiddels bij een andere rechter aanhangig is gemaakt, in welk geval men zich tot deze laatste dient te wenden.

Aangezien de rechtspleging die aanleiding heeft gegeven tot de niet-nageleefde beslissing een tegensprekelijke procedure betreft (procedure dringende voorlopige maatregelen, voorlopige maatregelen, procedure voor de jeugdrechtbank), terwijl de procedure in geval van absolute noodzaak een eenzijdige procedure betreft, kan het voegen van het verzoekschrift bij het dossier van de rechtspleging van de tegensprekelijke procedure het verrassingseffect van de procedure bij absolute noodzaak bederven. Dit kan praktisch worden opgelost door het verzoekschrift in te schrijven in het register der verzoekschriften, en pas ná afhandeling van de procedure bij absolute noodzaak, het dossier te voegen bij het eerste dossier met betrekking tot de tegensprekelijke procedure.

6. Procedure in kort geding in geval van urgentie

358. Hier gelden de gewone procedureregels, en wordt de vordering ingeleid bij dagvaarding in kort geding, of, in in geval van volstrekte noodzakelijkheid, bij eenzijdig verzoekschrift (art. 584, 3de lid Ger.W.).

§ 5. UITSPRAAK MET VOORRANG BOVEN ALLE ANDERE ZAKEN

359. Indien een uitvoeringsprobleem voor hem wordt gebracht, doet de rechter uitspraak met voorrang boven alle andere zaken (art. 387*ter*, § 1, 2de lid B.W.) Deze regel kadert, net als de blijvende saisine van de jeugdrechtbank (art. 387*bis* B.W.), in de bezorgdheid van de wetgever om uitvoeringsproblemen inzake de verblijfs- of contactregeling niet alleen snel voor de rechter te kunnen brengen, maar ook binnen korte tijd beslecht te zien. Uiteraard betekent deze regel niet dat uitspraak ter zitting dient te worden gedaan.

360. Indien tegen een beslissing houdende verblijfsregeling of contactregeling hoger beroep werd ingesteld, en er tevens voor de beroepsinstantie een vordering *ex* artikel 387*ter* B.W. werd geformuleerd, rijst de vraag of dan eerst uitspraak moet worden gedaan over de vordering *ex* artikel 387*ter* B.W., en daarna pas over de grond van het hoger beroep.

Een en ander kan geïllustreerd worden aan de hand van volgend voorbeeld.

Een vonnis van de vrederechter houdende dringende voorlopige maatregelen inzake verblijfsregeling wordt door een ouder niet nageleefd. De gedupeerde ouder wenst een uitvoeringsmaatregel, maar inmiddels is er een beroepsprocedure bij de rechtbank van eerste aanleg aanhangig gemaakt, waarbij ook tegen de maatregel inzake de verblijfsregeling hoger beroep werd ingesteld. De vordering *ex* artikel 387*ter* B.W. dient voor de beroepsinstantie, te weten de rechtbank van eerste aanleg aanhangig te worden gemaakt. Dient de beroepsrechter dan eerst – bij voorrang – uitspraak te doen over de vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van de verblijfsregeling, opgelegd door de vrederechter, om dan enige maanden nadien zich te buigen over de gegrondheid van de regeling zelf?

Proceseconomisch is dit niet verantwoord. Daarenboven is het denkbaar dat de beroepsrechter een uitvoeringsmaatregel beveelt inzake een verblijfsregeling, die hij enige maanden nadien bij de uitspraak ten gronde hervormt. Het valt dan ook aan te bevelen beide punten samen te behandelen.

§ 6. UITVOERBAARHEID BIJ VOORRAAD VAN RECHTSWEGE

361. De uitvoeringsbeslissing met toepassing van artikel 387^{ter} B.W. is van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad (art. 387^{ter}, § 1, 7de lid B.W.). De beschikkingen van de voorzitter *ex* artikel 1280 Ger.W. houdende voorlopige maatregelen waren reeds van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad (zodat de voorlopige tenuitvoerlegging niet meer moet worden gevraagd), de vonnissen van de vrederechter houdende dringende voorlopige maatregelen en van de jeugdrechtbank waren dit evenwel niet, zodat op dit punt van een innovatie te spreken valt.

De gedupeerde ouder die toepassing vraagt van artikel 387^{ter} B.W., dient derhalve de uitvoerbaarheid bij voorraad niet te vorderen.

362. De gevolgen van de uitvoerbaarheid bij voorraad van rechtswege zijn belangrijk, zowel op burgerrechtelijk als op strafrechtelijk gebied.

Op burgerrechtelijk gebied bestaat voortaan de mogelijkheid om elke uitvoeringsbeslissing inzake verblijfsregeling en contactrecht onmiddellijk uit te voeren, niettegenstaande hoger beroep.

Op strafrechtelijk gebied dient rekening te worden gehouden met artikel 432 Sw., dat het niet-uitvoeren van een beslissing inzake verblijfsregeling strafbaar stelt. Dit artikel vereist niet dat de rechterlijke beslissing die uitspraak doet over de verblijfsregeling van het kind in kracht van de gewijsde is getreden, maar enkel dat de beslissing bij voorraad uitvoerbaar is.⁸⁵

⁸⁵ Cass. 20 maart 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 773; Cass. 26 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 648; Corr. Luik 25 januari 1989, *J.L.M.B.* 1989, 996.

HOOFDSTUK IV. INTERNATIONALE BEPALINGEN

363. Ten slotte preciseert artikel 387*ter*, § 4 B.W. dat artikel 387*ter* B.W. geen afbreuk doet aan de internationale bepalingen die België verbinden op het vlak van de internationale ontvoeringen van kinderen.

Men denke daarbij in het bijzonder aan het Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 over de burgerlijke aspecten van de internationale ontvoering van kinderen (goedgekeurd bij Wet van 10 augustus 1998) en aan de EU-Verordening nr. 2201/2003 van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid (Brussel II*bis*).⁸⁶

Hoewel het overbodig kan lijken te preciseren dat deze instrumenten de overhand hebben op het Belgische recht, werd het toch wenselijk bevonden hieraan in de wet te herinneren, teneinde te vermijden dat beslissingen die de wet zouden toepassen zonder rekening te houden met het supranationaal recht, tot problemen zouden leiden die de internationale verantwoordelijkheid van België in het gedrang zouden brengen.

⁸⁶ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1673/001, 17.



HOOFDSTUK V. OVERGANGSRECHT

364. De nieuwe regeling inzake de uitvoering van rechterlijke beslissingen werd niet aan een bijzondere overgangsregeling onderworpen, zodat de algemene beginselen van overgangsrecht gelden. Overeenkomstig artikel 3 Ger.W. gelden de betreffende regels dan ook voor de op het ogenblik van de inwerkingtreding van de Wet van 18 juli 2006 reeds hangende rechtsgedingen. De nieuwe wet is derhalve ook van toepassing op gedingen ingeleid vóór 14 september 2006, waarin slechts uitspraak wordt gedaan vanaf 14 september 2006.

365. Ook de gerechtelijke uitspraken die onder het oude recht werden getroffen, en die niet worden nageleefd door een ouder, kunnen thans het voorwerp uitmaken van de nieuwe regeling van artikel 387^{ter} B.W. Ingevolge de onmiddellijke werking van de nieuwe wet grijpt deze immers onmiddellijk in op de onder de nieuwe wet voortdurende rechtsgevolgen van de onder de oude wet tot stand gekomen rechtsverhoudingen.

366. De aandacht moet gevestigd worden op oude beslissingen waarbij een dwangsom werd toegestaan teneinde de uitvoering van de verblijfsregeling te verzekeren. Aangezien het supervoorrecht van artikel 1412, 1^{ste} lid, 3^o Ger.W. niet automatisch van toepassing is, doch uitdrukkelijk toepasselijk verklaard moet worden (art. 387^{ter}, § 1, 6^{de} lid B.W.), geldt dit supervoorrecht slechts voor de uitvoeringsprocedures waarin ná de inwerkingtreding van de nieuwe wet een dwangsom wordt gevorderd en er door de rechter een dwangsom met supervoorrecht werd toegestaan, en niet voor de oude rechterlijke beslissingen waarin reeds een dwangsom werd toegekend.



**DEEL VI.
VOORWAARDEN EN GEVOLGEN
VAN DE ADOPTIE DOOR PAREN
VAN HETZELFDE GESLACHT**

ANNELORE HUYGENS

*Assistente
Universiteit Antwerpen*



HOOFDSTUK I.

INLEIDING

367. Enkele recente wetten hebben de adoptieregelgeving ingrijpend gewijzigd.

De *Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie*¹ (hierna Adoptiewet) en de *Wet van 13 maart 2003 tot wijziging van het Gerechtelijk wetboek*² (beide in werking getreden op 1 september 2005) hadden voornamelijk tot doel het interlandelijke adoptierecht te conformeren aan het Verdrag van Den Haag van 29 mei 1993 inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie (hierna: Haags Adoptieverdrag³) dat door België op 27 januari 1999 werd ondertekend.⁴ Tegelijkertijd maakte de wetgever van de gelegenheid gebruik om ook het interne adoptierecht te zuiveren van enkele anomalieën, die voornamelijk betrekking hadden op de gevolgen van de adoptie op het ouderlijk gezag.⁵⁶ Tot slot werden ook de grondvoorwaarden voor de adoptie versoepeld, zodat sinds deze wetswijziging niet alleen echtgenoten gelijktijdig konden adopteren, maar ook wettelijk of feitelijk samenwon-

¹ Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *B.S.* 16 mei 2003. Zie ook Programmatiewet van 27 december 2004, *B.S.* 31 december 2004; Wet van 27 december 2004 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 31 december 2004; Wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 29 juli 2005.

² Wet van 13 maart 2003 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de adoptie betreft, *B.S.* 16 mei 2003.

³ Voor consultatie van de volledige tekst van het verdrag: www.hcch.net; *B.S.* 6 juni 2005; M. VERWILGHEN, *Het nieuwe adoptierecht in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 3 e.v.

⁴ Voor de federale goedkeuringswet was het uiteindelijk wachten tot 2004: Wet van 24 juni 2004 houdende instemming met 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, *B.S.* 6 juni 2006.

⁵ Het Arbitragehof had in dit raam reeds op verschillende punten een schending van het gelijkheidsbeginsel vastgesteld, zie in dit verband volgende rechtspraak en rechtsleer: Arbitragehof nr. 67/97, 6 november 1997, www.arbitrage.be; Arbitragehof nr. 49/2000, 3 mei 2000, www.arbitrage.be; Arbitragehof nr. 53/2000, 3 mei 2000, www.arbitrage.be; Arbitragehof nr. 154/2001, www.arbitrage.be; F. SWENNEN, "Adoptie door de "feitelijke partner" van een oorspronkelijke ouder", *R.W.* 2000-01, p. 443 e.v., nr. 10; N. VAN LEUVEN, "Art. 8 en 14 EVRM in de Belgische rechtspraak inzake personen- en familierecht", in P. SENAËVE en P. LEMMENS (eds.), *De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nrs. 125-126.

⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/11, Verslag namens de commissie voor de justitie, 4.

den, echter nog steeds op voorwaarde dat de adoptanten van *ongelijk geslacht* waren.⁷

De amendementen⁸ die ertoe strekten de adoptie open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht werden tijdens de parlementaire voorbereiding (om opportuniteitsredenen) ingetrokken. Gesteld werd dat de handhaving ervan de bespreking en de aanneming van het wetsvoorstel inzake de *openstelling van het huwelijk* in het gedrang zou brengen.⁹ In dit laatste wetsvoorstel had de wetgever er immers uitdrukkelijk voor geopteerd om noch de oorspronkelijke, noch de adoptieve afstamming “open te stellen”.¹⁰

368. Het debat over de eventuele openstelling van de adoptie bleef echter actueel. Reeds bij de hervorming van de adoptie in 2003 gaf men tijdens de parlementaire voorbereiding aan dat de gemaakte keuze niet definitief was.¹¹ In de regeringsverklaring van juli 2003 staat te lezen dat de op te richten subcommissie familierecht zich onder meer diende te beraden over het vraagstuk van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht.¹² Zowel

⁷ Voor een uitgebreide bespreking: C. CASTELEIN, “Grondvoorwaarden voor adoptie”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 22 e.v., nrs. 37-100.

⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/2, Amendement nr. 1, 2, 7 (Grauwels, De Meyer, Genot).

⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/11, Verslag namens de commissie voor de justitie, 24-25. Zie ook: C. CASTELEIN, “Grondvoorwaarden voor adoptie”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 69, voetnoot 134.

¹⁰ *Parl. St. Senaat*, nr. 2-1173/1, Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel (Leduc, Mahoux, Monfils, Vanlerberghe, Nagy, Lozie) tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, 2-3. 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 B.W. (*B.S.* 28 februari 2003) voerde in de artikelen 345, 346, 361, § 2, 1ste lid en 368, § 3, 1ste lid B.W. (oud) telkens de woorden “van verschillend geslacht” in.

¹¹ *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/11, Verslag namens de commissie voor de justitie, 16. Zie in dit verband ook de opmerkingen van de Raad van State: *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/1 en 1367/1, Advies Raad van State, 157-158.

¹² Regeringsverklaring en regeerakkoord, Zuurstof voor het land. Een creatief en solidair België, juli 2003, www.fgov.be.

op Europees¹³ als op Vlaams niveau¹⁴ werden resoluties aangenomen die de gelijkstelling van paren van hetzelfde geslacht op het vlak van de adoptie beoogden.

369. Met de *Wet van 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken*¹⁵, besliste de wetgever uiteindelijk om de grondvoorwaarden voor de adoptie, en meer bepaald de bekwaamheidsvereisten inzake de burgerlijke staat van de adoptant, bijkomend uit te breiden. De wet beoogde in de eerste plaats de woorden “van ongelijk geslacht” in de adoptiewetgeving te schrappen, zodat nu ook personen van gelijk geslacht werden toegelaten tot het adoptie-instituut.¹⁶ In het raam van de openstelling van de adoptie werden ten tweede ook de regels omtrent de naamgeving aangepast.¹⁷

370. Deze uiteenzetting spitst zich toe op deze laatste wet en in het bijzonder op de interne adoptiewetgeving. Aan de ene kant wordt onderzocht wat de *grondvoorwaarden* zijn van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht (cf. Hoofdstuk III). Aan de andere kant wordt nagegaan welke *gevolgen* dergelijke adoptie genereert (cf. Hoofdstuk IV). Meer bepaald zal telkens worden aangegeven of er voor deze vorm van adoptie bijzonderheden gelden. Tot slot komen enkele problemen op *internationaalprivaatrechtelijk vlak* aan bod (cf. Hoofdstuk V). Voor dit alles wordt eerst een hoofdstuk gewijd aan de *internationale en grondwettelijke evoluties* inzake homo-ouderschap en de (politieke¹⁸) keuze van de Belgische wetgever op dit vlak (cf. Hoofdstuk II).

¹³ Resolutie Europees Parlement over de grondrechten in Europa (2002), Europees Parlement 4 september 2003, document, nr. 2002/2013 (INI). Zie inzake homofobie in het algemeen: Resolutie Europees Parlement over homofobie in Europa, goedgekeurd op 18 januari 2006, P6_TA(2006)0018.

¹⁴ *Parl. St.* VI. Parl. 2003-2004, nr. 2170/5, Resolutie Vlaams Parlement van 21 april 2004 (Rogiers, Helsen, Daelman, Van Den Heuvel) betreffende de regeling van binnenlandse en interlandelijke adoptie van kinderen door paren van gelijk geslacht. *B.S.* 20 juni 2006.

¹⁵ Deze adoptie wordt ook wel een zgn. *holebiadoptie* genoemd, waarbij deze vorm van adoptie dan wordt vergeleken met de zgn. *heteroadoptie*.

¹⁶ Zie reeds over deze wet: N. GALLUS, “La nouvelle loi sur l’adoption”, in *Droit des familles*, Formation permanente CUP, nr. 92, Luik, Anthemis, 2007, 109 e.v. en T. WUYTS, “De Wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht”, *E.J.* 2006, 85 e.v.

¹⁷ *Parl. St.* Kamer, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 85, nr. 82. Cf. *infra* nr. 13.



HOOFDSTUK II.

HOMO-ouderschap: HET DISCRIMINATIE- VRAAGSTUK EN DE WET VAN 18 MEI 2006

§ 1. INTERNATIONAALRECHTELIJKE EN GRONDWETTELIJKE EVOLUTIES

A. De aansporing van het Arbitragehof

371. Op 8 oktober 2003 velde het Arbitragehof een belangrijk arrest in verband met de (afwezigheid van) *gezagsrechten* in hoofde van de zgn. lesbische meemoeder.¹⁹ In zijn arrest kwam het Hof tot de slotsom dat de onmogelijkheid om gezagsrechten toe te kennen aan een derde die samen met de enige ouder de opvoeding van een kind waarneemt, een ontoelaatbare ongelijke behandeling van kinderen inhoudt. Tot een discriminatie werd evenwel niet besloten; het Arbitragehof wijst ter zake op de verantwoordelijkheid van de wetgever.²⁰

Bovengenoemd arrest kreeg niet alleen een ruime weerklank in de rechtsleer²¹, maar ook in het parlement. Het debat rond het homo-ouderschap kwam opnieuw in een stroomversnelling terecht. De Raad van State verleende in zijn advies bij de wetsvoorstellen inzake de openstelling van de adoptie en stiefouderschap aan boven geciteerd arrest bovendien een ruime draagwijdte, door te stellen dat een toekomstige regeling die tegemoet wil komen aan de door het Arbitragehof vastgestelde ongelijke

¹⁹ *In casu* ging het om een vrouwelijk voormalig paar waarvan het verzoek tot gezamenlijke gezagsuitoefening over het binnen de relatie geboren kind door de jeugdrechtbank werd afgewezen op grond van art. 372 e.v. B.W.. De rechtbank stelde daarop de prejudiciële vraag of artt. 371 e.v. B.W. de artt. 10 en 11 van de Grondwet schenden in zoverre het ouderlijk gezag enkel kan worden toegekend aan personen die met een kind een afstammingsband hebben, zie Jeugdrb. Antwerpen 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-03, 1188, noot T. ROBERT.

²⁰ Arbitragehof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, www.arbitrage.be.

²¹ Rdc, noot onder Arbitragehof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, *NjW* 2004, 80; J.-L. RENCHON, "Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents?", *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 185; T. ROBERT, "Afstamming als exclusieve grondslag van ouderlijk gezag: geen toelaatbare verantwoording, maar niet discriminerend", *R.W.* 2003-04, 1017-1018; T. ROBERT, "Naar een afstammingsloos gezag?", (noot onder Arbitragehof nr. 134/2003, 8 oktober 2003), *T.J.K.* 2004, 39; P. SENAËVE, "Naar een wettelijk statuut voor de lesbische meemoeder?", *E.J.* 2003, 135-139; V. VERLINDEN, "Lacunes in de wetgeving (omtrent het ouderlijk gezag), wat doet het Arbitragehof (niet)?", *R.W.* 2003-04, 1016; G. VERSCHELDEN, "Arbitragehof zet deur open voor zorgouderschap", *Juristenkrant* 2003, 13.

behandeling eveneens betrekking moet hebben op *vergelijkbare gezinssituaties*. Hierbij doelt de Raad van State in het bijzonder op die gevallen waarbij tussen het kind en de (al dan niet gelijkslachtige) partner van de ouder ná de geboorte een duurzame affectieve band ontstaat.²²

372. In de wetsvoorstellen die na het arrest van het Arbitragehof in het Parlement werden ingediend, werden verschillende oplossingen voorgesteld. Aan de ene kant wilde de wetgever door middel van een regeling inzake afstammingsloos gezag (het zgn. *stief-ofzorgouderschap*) de gevolgen van de afstamming, en meer bepaald het ouderlijk gezag, vasthechten aan andere aanknopingspunten.²³ Aan de andere kant werd ook voorgesteld om de actuele aanknopingspunten van het ouderlijk gezag uit te breiden. Dit zou gebeuren *hetzij* via een ingreep op de oorspronkelijke afstamming door ‘de erkenning als duo-ouder’²⁴, *hetzij* via een ingreep op de adoptie, door de openstelling ervan voor personen van hetzelfde geslacht.²⁵ In tegenstelling tot de eerste oplossing, wordt in de twee laatste gevallen de vestiging van een volwaardige afstammingsband beoogd.²⁶

²² Zie *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 45, nr. 32, p. 60, nr. 47, 7° en p. 72, nr. 61.

²³ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/1, Wetsvoorstel (Verherstraeten e.a.) tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake het zorgouderschap; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-815/1, Wetsvoorstel (De Groote) tot invoering van het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/4, Amendement nrs. 15-18 (Bacquelaine); *Parl. St. Kamer*, 51-664/5, Amendement nrs. 19-21 (Verherstraeten); *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/5, Amendement nrs. 22-23 (Wathelet); *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1958/1, Wetsvoorstel (Wathelet) teneinde het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek op te nemen; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/2, Amendement nrs. 2-9 (Nyssens); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/3, Amendement nrs. 10-15 (Cheffert); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/5, Amendement nrs. 20-36 (De Schampelaere).

²⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-520/1, Wetsvoorstel (Genot) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erkenning van de afstamming betreft.

²⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/1, Wetsvoorstel (Swennen) tot wijziging van het B.W. teneinde adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-666/1, Wetsvoorstel (Taelman, De Block, Versnick, Vautmans, Daems, De Gucht en Turtelboom) tot wijziging van het B.W. teneinde adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-667/1, Wetsvoorstel (Van Weert, Storms, Bex) tot wijziging van het B.W. teneinde adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-980/1, Wetsvoorstel (Genot) tot wijziging van sommige bepalingen van het B.W. teneinde adoptie door ouders van hetzelfde geslacht mogelijk te maken; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1144/1, Wetsvoorstel (Deom, Lalieux, Lambert en Mayeur) tot wijziging van een aantal bepalingen van het B.W. teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken.

²⁶ Meer over deze drie verschillende technieken: P. BORGHS, “Homoseksualiteit en ouderschap. Situatie in het buitenland en toekomstperspectief”, *NjW* 2004, 326-336; A. HUYGENS, “Persoonlijk gezag over minderjarigen: quo vadis”, *T.B.B.R.* 2006, 567-588; T. ROBERT, “Gezags- en omgangsrechten met betrekking tot het kind van een (ex-)partner

373. Gelet op de biologische vooropstellingen waarop het afstammingsrecht berust, werd een aanpassing van de oorspronkelijke afstamming niet wenselijk geacht.²⁷ Een ingreep op de adoptieve afstamming stuitte vanuit dat oogpunt op minder bezwaren. De adoptie is immers dé instelling waar afstammingsbanden worden gevestigd die niet overeenstemmen met de biologische werkelijkheid.²⁸ Ondanks het feit dat er aanvankelijk politieke eensgezindheid leek te bestaan over de invoering van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht (cf. *supra* nr. 368), was de keuze voor de openstelling van de adoptie uiteindelijk geen evidentie.²⁹

B. Discriminatievraagstuk en het arrest-Fretté

374. Eén van de belangrijkste discussies die tijdens de parlementaire voorbereiding met betrekking tot de adoptie door paren van hetzelfde geslacht werd gevoerd, betrof de vraag of het adoptieverbod in hoofde van personen van gelijk geslacht al dan niet een onverantwoorde ongelijke behandeling inhield.³⁰ Het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel ligt in de Belgische Grondwet besloten in de artikelen 10 en 11. Dit grondrecht heeft ook een verdragsrechtelijke pendant. Zo verzekert artikel 14 EVRM het genot van de verdragsrechtelijk beschermde rechten en vrijheden, zonder enig onderscheid op welke grond ook, waaronder ook de seksuele geaardheid.³¹ Belangrijk is dat aan artikel 14 EVRM geen

van hetzelfde geslacht", (noot onder Jeugdrb. Antwerpen 3 oktober 2002), *R.W.* 2002-03, 1188-1194.

²⁷ Dit was trouwens ook de reden waarom de wetgever bij de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht de werking van het oorspronkelijke afstammingsrecht uitdrukkelijk heeft uitgesloten, zie *Parl. St. Senaat*, nr. 2-1173/1, Memorie van Toelichting, 2-3. Zie ook: G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, Die Keure, 2005, nrs. 548-549.

²⁸ H. CASMAN, "Enkele beschouwingen over ouderschap, afstamming en adoptie", in W. DE BEUCKELAERE, J. MEEUSEN, H. WILLEKENS (eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 118; T. ROBERT, "Gezags- en omgangsrechten met betrekking tot het kind van een (ex-)partner van hetzelfde geslacht", (noot onder Jeugdrb. Antwerpen 3 oktober 2002), *R.W.* 2002-03, p. 1193, nr. 16.

²⁹ In dezelfde zin: T. WUYTS, "De Wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht", *E.J.* 2006, p. 85, nr. 1.

³⁰ Onder meer: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 29, 31; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de subcommissie familierecht, hoorzittingen met prof. F. SWENNEN en prof. J.-L. RENCHON, 129, 164-165.

³¹ Zie ook: art. 26 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

zelfstandige draagwijdte toekomt.³² Specifiek met betrekking tot de *vestiging* van het homo-ouderschap, wordt het discriminatieverbod gecombineerd met het recht op *privéleven*, dat wordt beschermd door artikel 8 EVRM³³ (*cf. infra* nr. 375).

De regels van gelijkheid en non-discriminatie sluiten evenwel niet uit dat een verschil in behandeling van bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.³⁴ Volgens vaststaande rechtspraak hangt het bestaan van een redelijke verantwoording af van het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en van de aard van de ter zake geldende beginselen (legitiem doel). Het gelijkheidsbeginsel is dan geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel (proportionaliteit).³⁵

Belangrijk is nog dat het discriminatieverbod niet alleen het verbod inhoudt om *gelijke gevallen verschillend* te behandelen. Omgekeerd is het ook verboden om *verschillende gevallen* op een *gelijke wijze* te behandelen zonder redelijke verantwoording.³⁶

375. In het raam van het al dan niet discriminatoire karakter van het adoptieverbod voor personen van hetzelfde geslacht, kan worden gewezen

³² G. GOEDERTIER, “Art. 14 EVRM. Verbod van discriminatie”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze commentaar, volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 138, nr. 7 e.v.

³³ Het recht op *privéleven*, dat verankerd is in art. 8 EVRM, houdt de vrijheid van het seksuele leven in. De bepaling heeft betrekking op de intieme sfeer van persoonlijke relaties en op het recht van elk individu om met zijn medemensen relaties aan te knopen en te ontwikkelen (*cf. Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, 46, nr. 35). Zijn er tussen de homoseksuele ouder en het kind reeds *bestaande* familiebanden aanwezig, dan is het *recht op familie- en gezinsleven* in het geding, *cf. EHRM* 21 december 1999, Salgueiro da Silva Mouta t./ Portugal, www.ehcr.coe.int.

³⁴ G. GOEDERTIER, “Art. 14 EVRM. Verbod van discriminatie”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze commentaar, volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 168, nr. 63 e.v.; K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 33-34.

³⁵ Zie ook *Parl. St. Kamer*, nr. 393/2, Advies Raad van State, p. 34, nr. 32 en p. 36, 24.

³⁶ K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 34. Of de gelijke behandeling van feitelijk verschillende situaties een strijdigheid met art. 14 EVRM kan opleveren, is onzeker, G. GOEDERTIER, “Art. 14 EVRM. Verbod van discriminatie”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze commentaar, volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 159 e.v., nr. 47-49.

op het *arrest-Fretté* van het EHRM van 26 februari 2002.³⁷ In dit arrest diende het Hof zich te buigen over de vraag of de weigering van de Franse overheid³⁸ van het “verzoek tot voorafgaande administratieve goedkeuring met het oog op de adoptie” van een alleenstaande homoseksueel in strijd was met de artikelen 8 en 14 EVRM.³⁹

Het EHRM beklemtoont in het arrest-Fretté het feit dat artikel 8 EVRM enkel het bestaande familieleven beschermt en dus zeker geen recht op adoptie inhoudt (§ 32).⁴⁰ Met de adoptie beoogt men het kind een familie te geven en niet omgekeerd (§ 42).⁴¹ Omdat de toedracht van de zaak evenwel aansluit bij artikel 8 EVRM, wordt artikel 14 EVRM toch van toepassing geacht (§§ 32-33).⁴²

Bij de toets naar de discriminatie op grond van de seksuele geaardheid, komt het Hof tot de vaststelling dat de door de Franse overheid doorgevoerde verschillende behandeling redelijk verantwoord is. *Vooreerst* omdat niet kan worden betwijfeld dat het belang van het kind en meer bepaald de bescherming van de gezondheid en de rechten van kinderen een legitiem doel betreft (§ 38). *Ten tweede*, omdat de weigering van het adoptieverzoek volgens het Hof geen disproportionele maatregel is. Niet alleen is er verdeeldheid onder de specialisten over de gevolgen van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht, ook is het gebrek aan eensge-

³⁷ EHRM 26 februari 2002, Fretté tegen Frankrijk, www.echr.coe.int. Zie over dit arrest: E. BREMS, “Weigering adoptie op grond van homoseksualiteit (voorlopig?) geen discriminatie”, *Juristenkrant* 2003, afl. 45, 13; N. GALLUS, “Les relations parentales et la jurisprudence récente de la cour européenne des droits de l’homme”, *Rev. dr. U.L.B.* 2005, 48-50; B. RENAULD, “Arrêt Fretté. De l’impossibilité pour un homme célibataire homosexuel d’adopter un enfant”, *Journ. jur.* 2002, afl. 11, 6; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nrs. 597 e.v.

³⁸ Conseil d’Etat n° 168342, 9 octobre 1996, www.legifrance.gouv.fr.

³⁹ In het verzoekschrift werd aanvankelijk een strijdigheid aangevoerd m.b.t. art. 12 j° 14 EVRM en van art. 8 EVRM afzonderlijk en in combinatie met art. 14 EVRM. Uiteindelijk werd het enkel ontvankelijk verklaard op grond van de artikelen 8 en 14 EVRM, zie EHRM, Fretté t./ Frankrijk, [ontvankelijkheidsbeslissing], *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 711, noot D. VAN GRUNDERBEECK; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nrs. 574 en 598.

⁴⁰ Eveneens: Cass. 10 april 2003, www.cass.be en T. Not. 2004, noot F. BOUCKAERT; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 574 en nr. 599.

⁴¹ In dezelfde zin: *Parl. St.* Kamer, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, 51, nr. 43 en 60, nr. 47.

⁴² *Ibid.*, 49, nr. 38. Voor een uitgebreide analyse: D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 599.

zindheid in de nationale en internationale (publieke) opinie onbetwistbaar. Gelet op de ruime appreciatiemarge had Frankrijk in deze zaak, aldus nog het Hof, het recht om het belang van het kind in deze materie voorrang te verlenen op dat van de verzoeker.⁴³

376. Uit het *dictum* van het arrest-Fretté, dat met een uiterst nipte meerderheid aan stemmen werd gewezen⁴⁴, kan worden afgeleid dat de Staat die (uit voorzorg) aan homoseksuelen het recht ontzegt om kinderen te adopteren, zich niet schuldig maakt aan een discriminatie.⁴⁵ Gelet op de ruime beoordelingsmarge die wordt toegekend aan de Staten *hoeft* dit evenwel niet de houding van een Staat te zijn.⁴⁶ Het belang van het kind, zoals dat onder meer wordt gewaarborgd door artikel 3 IVRK, dient bij deze beoordeling het leidende criterium te zijn, aldus de Raad van State.⁴⁷

§ 2. DE WET VAN 18 MEI 2006

377. Met een beroep op het *voorzorgsbeginsel* werd tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 18 mei 2006 aangevoerd dat de wetgever verplicht is om de adoptie voor te behouden aan paren van *ongelijk* geslacht, zolang er geen uitsluitsel is over de vraag of de adoptie door paren van *gelijk* geslacht het belang van het kind dient en dan met name zijn psychologische gezondheid.⁴⁸ Waar de relevantie van het voorzorgscriterium door voorstanders van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht niet werd betwist, werd bovenstaande gevolgtrekking wél tegengesproken. Zo werd erop gewezen dat de toepassing van het voorzorgsbeginsel er in deze materie niet toe strekt om de adoptie door paren van hetzelfde geslacht te verbieden, maar wel om deze met de nodige waarborgen te

⁴³ Aan dit arrest moet volgens de (Belgische) Raad van State een ruime draagwijdte worden toegekend, zodat het bijgevolg ook geldt voor de gevallen waarin het adoptieverzoek uitgaat van een homoseksueel paar, *cf. Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 51, nr. 43.

⁴⁴ De zaak werd beslist in een verhouding van 4 tegen 3 stemmen. Verder zijn er drie rechters met een gedeeltelijk gelijklopende mening en 2 met een afwijkende opinie. Voor een synthese van deze standpunten: *Ibid.*, p. 52-54, nrs. 39-40.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 51, nr. 43; p. 54, nr. 40; p. 66, nr. 53; F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 168.

⁴⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 51, nr. 43.

⁴⁷ *Ibid.*, 55, nr. 41 en 68, nr. 54.

⁴⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 29, 35, 71 en 73; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 67.

omringen, zodat het belang van het kind gevrijwaard blijft.⁴⁹ In die optiek wordt het voorzorgbeginsel reeds door de adoptiewet gehonoreerd. Het *onderzoek naar en de beoordeling van de geschiktheid* van de kandidaat-adoptanten (*cf. infra* nrs. 389 e.v.) is immers niets meer dan een (concrete) toepassing van dit beginsel.⁵⁰

378. Een andere bekommernis die in het raam van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht werd geuit⁵¹, betreft het *identiteitsvraagstuk* en het daarmee samenhangende *recht* van de geadopteerde *op kennis van zijn herkomst*.⁵² Dit recht wordt niet alleen verdragsrechtelijk⁵³ gegarandeerd, maar ook door artikel 368-8 B.W. en artikel 26 van het Decreet van 15 juli 2005 tot regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen⁵⁴ (verder: Adoptiedecreet).⁵⁵

Naar mijn mening volstaat het nochtans dat het kind *wéét* dat het afstamt van één vrouw en één man om de door J.-L. RENCHON opgeworpen potentiële identiteitscrisis te ondervangen. Verder kan in dit verband nog de vraag worden gesteld of het risico op ‘ontworteling’ niet eveneens voorhanden is, ingeval het vaderschapsvermoeden niet in overeenstemming is met de realiteit of nog, ingeval het kind leugenachtig werd erkend.

379. Tot slot werd ook de opvatting verdedigd dat nieuwe gezinssituaties nopen tot *nieuwe regelingen*, waarbij het stief- of zorgouderschap als

⁴⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 41 en 75-76.

⁵⁰ *Ibid.*, 38.

⁵¹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de subcommissie voor de justitie, hoorzitting met prof. J.-L. RENCHON, 163; J.-L. RENCHON, “Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique?”, *J.T.* 2005, p. 130, nr. 25.

⁵² *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 55 en 57-58.

⁵³ Zo wordt in art. 7 IVRK het recht van het kind gewaarborgd om (voor zover mogelijk) zijn ouders te kennen en wordt in art. 30 van het Haags Adoptieverdrag o.m. het *potentiële recht* erkend van het kind op kennis van zijn herkomst. Het recht om zijn afstamming te kennen wordt, onder de noemer van *het recht op identiteit*, ook door art. 8 EVRM beschermd.

⁵⁴ *B.S.* 16 september 2005.

⁵⁵ Over het recht op kennis van de herkomst: I. LAMMERANT, *L’adoption et les droits de l’homme en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, nrs. 538-635; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 2006, nr. 899-1; F. SWENNEN, “De juridische gevolgen van de adoptie”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 244; J. VAN BROECK, “Het recht van een geadopteerde om zijn geboorte-ouders te kennen. Het bloed kruipt waar het niet gaan kan”, *T.B.B.R.* 2003, 407-423.

alternatief naar voren werd geschoven.⁵⁶ Wegens de grote (inhoudelijke) gelijkenis tussen de adoptie enerzijds en het stiefouderschap anderzijds, werd door de Raad van State – in het licht van het gelijkheidsbeginsel – echter een wetgevende verantwoording gevraagd op het vlak van de waarborgen inzake de adoptie die niet naar analogie van toepassing werden verklaard op het stiefouderschap.⁵⁷ Verder gaf de Raad van State aan dat de keuze tussen het stiefouderschap en de adoptie een louter politieke keuze is.⁵⁸

380. Hoewel de wetsvoorstellen inzake het stiefouderschap op veel bijval konden rekenen⁵⁹, opteerde de wetgever er uiteindelijk voor om de adoptie open te stellen voor personen van gelijk geslacht. Volgens de Belgische wetgever bestaan er geen objectieve redenen, noch in het belang van het kind, noch in het belang van de kandidaat-adoptanten die rechtvaardigen dat één bepaalde samenlevingsvorm, nl. die van twee personen van gelijk geslacht, wordt uitgesloten van de adoptie.⁶⁰ *Juridisch* gezien was de wetgever dus de mening toegedaan dat de uitsluiting van personen van gelijk geslacht een ongeoorloofde discriminatie in stand zou houden. Verder werd ook gewezen op het *psychologische argument* volgens hetwelk kinderen die opgroeien binnen een gelijkslachtige relatie minstens even gelukkig zijn als kinderen die in andere relaties opgroeien.⁶¹ De wetgever gaf bovendien aan dat het kind er alle belang bij heeft om te worden opgevoed in een gezinssituatie.⁶²

⁵⁶ O.m. *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 55 en 64. Zie in dezelfde zin: J.-L. RENCHON, "Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique?", *J.T.* 2005, p. 131, nr. 28.

⁵⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies raad van State, p. 74, nr. 64 e.v.

⁵⁸ "De keuze tussen de status adoptie en de status stiefouderschap is enkel en alleen een kwestie van opportuniteit, die door de wetgevende macht moet worden beoordeeld", cf. *Ibid.*, p. 85, nr. 82. Zie ook: *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 5.

⁵⁹ Zie o.m. *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 664/8, Verslag namens de subcommissie familierecht, 90 en J.-L. RENCHON, "Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique?", *J.T.* 2005, p. 132, nr. 30 e.v.

⁶⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/1, Memorie van Toelichting, 3; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 18.

⁶¹ Over de (on)zin van dit argument: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de subcommissie voor de justitie, hoorzitting met prof. J.-L. RENCHON, 160; J.-L. RENCHON, "Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique?", *J.T.* 2005, p. 132, nr. 31.

⁶² *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 2: "Bij ontbreken van een juridisch kader belanden zij in een uiterst kwetsbare situatie in geval van een scheiding of een overlijden en ondervinden zij tal van problemen in het dagelijkse leven". Zie trouwens ook Arbitragehof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, www.arbitrage.be.

381. Vooraleer dieper wordt ingegaan op de grondvoorwaarden en de gevolgen van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht, moet worden opgemerkt dat de wetgever in deze materie een zo groot mogelijke *gelijkschakeling* heeft beoogd van gelijkslachtige paren en ongelijkslachtige paren. Concreet bracht de Wet van 18 mei 2006 twee wijzigingen met zich mee.

Allereerst heeft de Wet van 18 mei 2006 de woorden “*van ongelijk geslacht*” geschrapt uit artikel 343, §1, a) en b) B.W. Hoewel er in de parlementaire voorbereiding enkele amendementen⁶³ werden ingediend om de adoptie door paren van hetzelfde geslacht enkel daar toe te laten waar zij louter bestaande feitelijke situaties zou juridiseren, blijkt uit het voorgaande dat deze beperking niet werd ingesteld. Twee situaties kunnen bijgevolg worden onderscheiden.

Aan de ene kant kan de (al dan niet) gelijkslachtige echtgenoot, wettelijke of feitelijke samenwonende partner (zoals gedefinieerd in art. 343, § 1, b) B.W.) van de ouder diens biologische of adoptieve kind(eren) adopteren (d.i. de zgn. *stiefouder- of partneradoptie*).⁶⁴

Aan de andere kant kunnen echtgenoten, wettelijke en feitelijke samenwoners (zoals gedefinieerd in artikel 343, § 1, b) B.W.) van gelijk (dan wel ongelijk) geslacht *gezamenlijk en gelijktijdig* een kind adopteren. In deze

⁶³ *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/2, Amendement nr. 1 (Delacroix): partneradoptie mogelijk indien *biologische* geboorte uit ouders van hetzelfde geslacht; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/4, Amendement nr. 19 (Defraigne): partneradoptie mogelijk indien *afstammeling* van één van de ouders; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/2, Amendement nr. 21 (De Schamphelaere): *gewone* partneradoptie mogelijk indien andere ouder overleden of onbestaande is; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/5, Subamendement nr. 37 (Defraigne en Cheffert) op amendement nr. 19 (Defraigne): partneradoptie mogelijk indien biologische geboorte uit één van de ouders; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/7, Subamendement nr. 38 (Nyssens) op amendement nr. 19 (Defraigne): enkel *gewone* partneradoptie mogelijk; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/7, Subamendement nr. 39 (Nyssens) op amendement nr. 21 (De Schamphelaere): *gewone* partneradoptie mogelijk indien *biologische* geboorte uit één van de ouders.

⁶⁴ De feitelijke situaties die zich in deze hypothese kunnen voordoen zijn legio. Zo kan de adoptie kinderen betreffen uit eerdere relaties of kinderen geboren ten gevolge van kunstmatige inseminatie of na een overeenkomst van draagmoederschap, zie: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 64, nr. 49.

hypothese gaat het om de adoptie waarbij het kind geen vastgestelde afstammingsbanden heeft met één van beide aspirant-adoptanten.⁶⁵

Een *tweede wijziging* die de Wet van 18 mei 2006 met zich meebracht heeft betrekking op de gevolgen van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht, en meer bepaald op de naamgeving. Omdat de huidige naamgeving inzake de adoptie hoofdzakelijk *patrilineair* is, want geïnspireerd door de naamgeving na *oorspronkelijke afstamming*, kon deze regeling niet naar analogie van toepassing worden verklaard.

⁶⁵ De instemming in de adoptie door de oorspronkelijke ouder(s) kan in dit geval ingegeven zijn door de wens om het kind niet langer op te voeden of door een voorafgaande draagmoederschapsovereenkomst, *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 63, nr. 49.

HOOFDSTUK III.

GRONDVOORWAARDEN VOOR DE ADOPTIE (DOOR PAREN VAN HETZELFDE GESLACHT) NAAR INTERN RECHT

382. De adoptie is een juridisch instituut en vereist bijgevolg de vervulling van bepaalde grondvoorwaarden. Boven (cf. *supra* nr. 381) werd duidelijk dat de Wet van 18 mei 2006 weinig inhoudelijke wijzigingen heeft aangebracht aan de adoptiewet, zodat inzake de grondvoorwaarden weinig aanpassingen kunnen worden genoteerd.⁶⁶ Wel rijzen er in het raam van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht soms specifieke vragen, die verder worden belicht.

§ 1. ALGEMENE GRONDVOORWAARDEN

383. Uit de adoptiewet kunnen vier *algemene grondvoorwaarden* worden afgeleid. Omdat de wetgever vergelijkbare waarborgen heeft willen inbouwen voor alle kinderen, ongeacht de adoptie die voor hen geldt, zijn deze voorwaarden integraal van toepassing op elke adoptie.⁶⁷

A. *Wettige redenen*

384. Een allereerste algemene grondvoorwaarde betreft de vereiste dat de adoptie op *wettige redenen* moet berusten (art. 344-1 B.W.). Deze voorwaarde, die in de wet niet nader is omschreven, wordt gewoonlijk negatief ingevuld. Vooreerst impliceert de vereiste dat de adoptie niet strijdig mag zijn met de openbare orde, of met andere dwingende bepalingen. Verder mag de adoptie ook niet worden afgewend van haar

⁶⁶ Voor een exhaustieve bespreking van de grondvoorwaarden, zie C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nrs. 31 e.v.

⁶⁷ I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW*2006, p. 340, nr. 8 en p. 341, nr. 12. en P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2006, nr. 955.

eigenlijke doelstelling, zgn. ‘schijnadopties’ om verblijfsrechtelijke redenen zijn bijvoorbeeld uit den boze.⁶⁸

385. Een bijzondere vraag die in het raam van de beoordeling van deze eerste voorwaarde kan rijzen, betreft de geldigheid van de adoptie naar aanleiding van een *draagmoederschapscontract*.⁶⁹ Hoewel het fenomeen ‘draagmoederschap’ in België niet is verboden, wordt draagmoederschap in de praktijk sterk bemoeilijkt.⁷⁰ Behalve dat de *afstammingsrechtelijke vormgeving* van draagmoederschap zonder meer problematisch is⁷¹, kan de aan het draagmoederschap voorafgaande *overeenkomst* volgens de huidige stand van het recht niet in rechte worden afgedwongen indien één van de partijen haar verbintenis niet nakomt.⁷² Hoewel de nietigheid van draagmoederschapscontracten in België⁷³ niet in de wet is ingeschreven⁷⁴, worden ze door een meerderheidsopvatting in de rechtsleer wel als nietig beschouwd wegens strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden (art. 6, 1131, 1133 B.W.). Bovendien is het menselijke lichaam uit de handel, zodat wordt aangenomen dat deze overeenkomsten niet alleen een ongeoorloofde oorzaak hebben, maar eveneens zonder voorwerp zijn

⁶⁸ C. CASTELEIN, “Grondvoorwaarden voor adoptie”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nrs. 22-23; I. MARTENS, “Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht”, *NjW* 2006, p. 340, nr. 9; F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 161.

⁶⁹ *Een draagmoederschapsovereenkomst is een overeenkomst gesloten tussen enerzijds een draagmoeder die er zich toe verbindt zwanger te worden op een overeengekomen manier, een kind te dragen en te baren en het na de geboorte af te staan en anderzijds wensouders die zich ertoe verbinden dit kind na de geboorte bij zich op te nemen, cf. P. SENAËVE, “Juridische aspecten van het draagmoederschap”, *Vl. T. Gez.* 1988, p. 250, nr. 10. Zie ook: G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 1266 e.v.*

⁷⁰ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 1267.

⁷¹ A. DE WOLF, “Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken”, in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (eds.), *(On)geoorlooftheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Intersentia, Antwerpen, 1999, 103 e.v. en G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 1283 e.v.

⁷² A. DE WOLF, “Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken”, in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (eds.), *(On)geoorlooftheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Intersentia, Antwerpen, 1999, 103; P. SENAËVE, “Juridische aspecten van het draagmoederschap”, *Vl. T. Gez.* 1988, p. 250-251, nr. 11; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 1267 en nr. 1277.

⁷³ In tegenstelling tot in Frankrijk waar ze door 16-7 Cc (ingevoerd door Wet n° 94-653 van 29 juli 1994, *Journal Officiel* 30 juli 1994) nietig worden geacht: *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*.

⁷⁴ I. MARTENS, “Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.”, *T.J.K.* 2006, p. 7, nr. 7.

(art. 6, 1128 B.W.).⁷⁵ Vraag die in dit verband rijst, is of de aan de adoptie voorafgaande draagmoederschapsovereenkomst een onwettige reden zou kunnen uitmaken in de zin van artikel 344-1 B.W. Deze vraag is uiterst relevant. Anders dan een vrouwelijk paar, is een mannelijk paar eerder aangewezen op het draagmoederschap voor de realisatie van de kindwens.⁷⁶

In het verleden werd door de *Jeugdrechtbank te Turnhout* reeds (impliciet) aangenomen dat een voorafgaande draagmoederschapsovereenkomst de geldigheid van de adoptie niet beïnvloedt. De rechtbank oordeelde *in casu* dat het *altruïstische* draagmoederschap dat een uiting is van de vrije wil niet strijdig is met de openbare orde, zodat tot de homologatie van de adoptie kon worden overgegaan.⁷⁷ Het *Franse Hof van Cassatie* daarentegen is van oordeel dat de adoptie na draagmoederschap een afwending van het adoptie-instituut uitmaakt, zodat de adoptie in deze gevallen niet kan worden gehomologeerd.⁷⁸ In zijn adviezen bij de recentelijk ingediende wetsvoorstellen inzake het draagmoederschap gaf de *Raad van State* enerzijds aan dat boven genoemde uitspraak van de Jeugdrechtbank ‘sterk moet worden genuanceerd’ en bemerkte hij anderzijds dat ‘wat ook het belang is van de huidige regels en principes van het Burgerlijk Wetboek, deze in elk geval voortvloeiën uit wetsbepalingen, zodat het tot de verantwoordelijkheid van de wetgever behoort om die te wijzigen, of aan te passen indien hij dit opportuun acht’.⁷⁹

386. Gelet op de boven geciteerde uiteenlopende rechtspraak enerzijds en het (vooralsnog) ontbreken van een regeling inzake draagmoederschap anderzijds, vloeit uit het voorgaande minstens voort dat de uitkomst van

⁷⁵ *Ibid.*, p. 7, nr. 6; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, nrs. 385 e.v.; P. SENAËVE, “Juridische aspecten van het draagmoederschap”, *VL. T. Gez.* 1988, p. 250, nr. 10; F. SWENNEN, “Volle adoptie na draagmoederschap: nihil obstat”, (noot onder Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000), *R.W.* 2001-02, 206, nr. 2; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 1270 e.v.; M.-N. VEYS, “Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap”, *T.B.B.R.* 2006, 411, nr. 44.

⁷⁶ Het aantal kinderen dat ter adoptie wordt “aangeboden” is lager dan de “vraag”, *cf.* *Gazet van Antwerpen* 24 augustus 2005, “Adoptieouders strenger opgevolgd”, interview met prof. F. SWENNEN.

⁷⁷ Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN. Zie ook eerder: Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T.Gez.* 1997-98, 124, noot E. MONTERO.

⁷⁸ Cass. Fr. 29 juni 1994, *J.T.* 1995, 149; Cass. Fr. 31 mei 1991, *J.T.* 1991, 767, noot X. DIJON en J. MASSON, “Mère porteuse et adoption”. Zie ook: Gent 16 januari 1989, *T.G.R.* 1989, 52.

⁷⁹ *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies Raad van State, 28-29, nr. 26. Zie echter *contra*: *Parl. St.* Senaat, nr. 3-417/3, Advies Raad van State, 78, nr. 72.

het adoptieverzoek volgend op een draagmoederschapsovereenkomst voorlopig nog onzeker is. Een regeling met betrekking tot het draagmoederschap wordt evenwel verwacht.⁸⁰

B. Hoger belang van de minderjarige en eerbied voor de rechten die hem toekomen

387. Wanneer de adoptie betrekking heeft op een kind (lees: minderjarige) vereist artikel 344-1 B.W. bijkomend dat de adoptie in het *hoger belang is van de minderjarige en plaatsvindt met eerbied voor de fundamentele rechten die hem op grond van het internationaal recht toekomen*.⁸¹ Deze beide voorwaarden, die zijn overgenomen uit het Haags Adoptieverdrag, moeten in onderlinge samenhang worden gelezen. Opdat het hoger belang van het kind zou worden nageleefd, moet zijn morele (opvoeding en affectie) en materiële belang (huisvesting, onderhoud en erfrecht) de voornaamste overweging vormen.⁸² Bovendien moet worden uitgegaan van een zo groot mogelijke subsidiariteit: de minderjarige mag geen (afdoende) opvangmogelijkheden meer hebben in zijn oorspronkelijk familiaal milieu.⁸³

⁸⁰ Zie in dit verband o.a. volgende wetsvoorstellen: *Parl. St. Senaat*, nr. 3-417/1; Wetsvoorstel (Defraigne) betreffende de draagmoeders; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1230/1, Wetsvoorstel (Vankrunkelsven) tot regeling van het draagmoederschap; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1271/1, Wetsvoorstel (Vanlerberghe en De Roeck) betreffende draagmoeders; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1319/1, Wetsvoorstel (De Schamphelaere) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling betreffende draagmoederschap; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1399/1, Wetsvoorstel (Nyssens) tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder genetisch niet verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1915/1, Wetsvoorstel (Jiroflée en De Meyer) betreffende het draagmoederschap; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1941/1, Wetsvoorstel (Turtelboom, Chevalier en Vautmans) tot regeling van het draagmoederschap.

⁸¹ De wetgever verwijst in dit verband uitdrukkelijk naar de rechten die de minderjarige ontleent aan het IVRK, en meer bepaald aan art. 3 en 21, *Parl. St. Kamer*, nr. 1366/1 en 50-1367/1, Memorie van Toelichting, 19.

⁸² J. GERLO, *Handboek voor familierecht, 1, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 135, nr. 296; F. SWENNEN, "Het nieuwe interne adoptierecht: Horresco referens", *R.W.* 2003-04, p. 442, nr. 6.

⁸³ C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 29; I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW* 2006, p. 341, nr. 10.

C. Wettige belangen

388. Vooraleer de rechter de adoptie uitspreekt, moet hij alle *wettige belangen* verrekenen (art. 1231-13, 1ste lid Ger.W.). Behalve de adoptant en de geadopteerde, zijn er bij de adoptie veelal nog andere personen betrokken. De afweging impliceert dat het voordeel van de adoptant en de geadopteerde, verkregen door de adoptie, uiteindelijk moet opwegen tegen het nadeel dat deze andere betrokkenen, zoals de ouders, grootouders en de kinderen van de adoptant, bij de voorgenomen adoptie ondervinden.⁸⁴

D. Bekwaamheid en geschiktheid

389. Een laatste algemene voorwaarde, die enkel geldt bij de adoptie van een minderjarige, betreft de vereiste van bekwaamheid en geschiktheid in hoofde van de adoptant (art. 346-1, 1ste lid j° art. 343, §1, c) B.W.).

De *bekwaamheid* verwijst naar een juridisch oordeel over de vervulling van de grondvoorwaarden van de adoptie.⁸⁵

Met *geschiktheid* wordt bedoeld op de sociaalpsychologische eigenschappen waarover de kandidaat-adoptant moet beschikken (art. 346-1, 2de lid B.W.). De beoordeling van de geschiktheid gebeurt niet in een voorafgaande fase, maar wel door de rechter in het raam van de adoptieprocedure zelf.⁸⁶ In de praktijk zal hij zich hierbij door twee zaken laten leiden.

Aan de ene kant moeten de adoptanten een *attest van adoptievoorbereiding* kunnen voorleggen dat zij verkregen hebben bij een erkend voorberei-

⁸⁴ S. MOSSELMANS, "Adoptie en het voorbehouden erfdeel van de descendenten" (noot onder Gent 24 februari 1995), *R.W.* 1997-98, 1020-1021; C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nrs. 31-32; I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW* 2006, p. 341, nr. 11.

⁸⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/1 en 50-1367/1, 21; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8ste uitg. 2004, nr. 958; F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 175.

⁸⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/1 en 50-1367/1, 21; I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE en M. VERWILGHEN, "Le nouveau droit fédéral de l'adoption", *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 86-87; E. VIEUJEAN, "Droit des personnes", *Chroniques notariales*, vol. 42, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, p. 69, nr. 75.

dingscentrum van de gemeenschappen⁸⁷ (art. 346-2, 1ste lid B.W.).⁸⁸ Ook in geval van partneradoptie moet dit attest worden bekomen.⁸⁹

Aan de andere kant zal het oordeel naar de geschiktheid mee worden beïnvloed door het *maatschappelijk onderzoek* dat in de regel verplicht is (art. 346-2, 1ste lid B.W.). Slechts indien het gaat om een zgn. endofamiliale adoptie⁹⁰, is de onderwerping van de kandidaat-adoptant(en) aan een maatschappelijk onderzoek facultatief (art. 346-2, 3de lid B.W.).

Bij het oordeel naar de geschiktheid zal de rechter verder in het bijzonder rekening moeten houden met de persoonlijke, familiale en medische toestand van de betrokkene en zijn beweegredenen (art. 346-2, 2de lid B.W.).

390. In dit verband is het van belang om op te merken dat de openstelling van de adoptie niet impliceert dat elke door personen van hetzelfde geslacht verzochte adoptie zal worden uitgesproken. Eerder werd er reeds op gewezen dat de naleving van het *voorzorgscriterium* inherent is aan de rechterlijke beoordeling van de geschiktheid van de kandidaat-adoptanten (cf. *supra* nr. 377). Waar het oordeel naar de geschiktheid van paren van gelijk geslacht vroeger *in abstracto* gebeurde, nl. door hen de toegang tot het adoptie-instituut *a priori* te verbieden, gebeurt dit oordeel nu *in concreto*. De rechter kan bijgevolg, op grond van de concrete feiten die in de zaak voorliggen, steeds tot de ongeschiktheid van de kandidaat-adoptant besluiten.⁹¹ Niet ondenkbeeldig is bijvoorbeeld dat de gemaakte levenskeu-

⁸⁷ Om door de Vlaamse Minister te worden erkend, moet een voorbereidingscentrum voldoen aan bepaalde voorwaarden en minimale kwaliteitsvereisten, zie hierover o.m. het Besluit van 23 september 2005 van de Vlaamse regering betreffende de interlandelijke adoptie, *B.S.* 18 november 2005.

⁸⁸ Over de inhoud van deze opleiding, zie o.m. art. 2 van het Besluit van 23 september 2005 van de Vlaamse regering betreffende de interlandelijke adoptie, *B.S.* 18 november 2005. Zie ook C. FAURE, "Het adoptierecht in de Vlaamse gemeenschap", *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 197 e.v..

⁸⁹ Het amendement dat ertoe strekte deze vereiste te laten vervallen in de gevallen waarin ook het maatschappelijk onderzoek facultatief is (cf. 346-2, 3de lid B.W.), werd verworpen, zie *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/2, Amendement nr. 3 (Lalieux) en amendement nr. 9 (Lalieux). Zie ook *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, 88-89, nr. 95.

⁹⁰ In de praktijk gaat het om verwantschap tot in de derde graad, de partneradoptie, en het bestaan van een voorafgaande feitelijke band, cf. art. 346-2, 3de lid B.W.

⁹¹ In dezelfde zin: *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 11-12.

zes en de (al dan niet homoseksuele⁹²) levensstijl feitelijk dusdanig worden beleefd dat ze onverenigbaar worden geacht met de opvoeding van het kind en bijgevolg met zijn belang.

§ 2. BEKWAAMHEIDSVEREISTEN

A. *Burgerlijke staat*

1. Geadopteerde

391. De burgerlijke staat van de *geadopteerde* is niet bepalend voor zijn adopteerbaarheid⁹³, wel voor de toestemmingen die moeten worden bekomen (art. 348-2 B.W.).

2. Adoptant

392. De voorwaarden inzake de relatierechtelijke staat van de *adoptant* zijn recentelijk twee maal versoepeld. Boven werd hierop reeds uitgebreid ingegaan (cf. *supra* nrs. 376, 369 en 381). Concreet kan de adoptie sinds de Wet van 18 mei 2006 uitgaan van:

- *één persoon alleen* en dit ongeacht zijn burgerlijke staat of seksuele voorkeur⁹⁴;
- *echtgenoten, ongeacht het geslacht*;
- *wettelijke samenwoners, ongeacht het geslacht* op voorwaarde dat zij niet zijn verbonden door een absoluut verboden band van (aan)verwantschap.
- *feitelijke samenwoners ongeacht het geslacht* op voorwaarde dat zij niet zijn verbonden door een absoluut verboden band van (aan)verwantschap. Bijkomend wordt vereist dat zij op het ogenblik van de indiening van het verzoek minstens drie jaar op permanente en affectieve wijze

⁹² Deze opmerking gaat uiteraard in dezelfde zin op voor personen van verschillend geslacht.

⁹³ Twee gehuwden kunnen echter niet door dezelfde adoptant(en) worden geadopteerd. Tussen adoptiefkinderen bestaat immers een huwelijksverbod, F. SWENNEN, *Familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 217.

⁹⁴ De éénouderadoptie door een homoseksueel werd ook vroeger reeds toegelaten.

samenwonen (art. 343, §1, b) B.W.).⁹⁵ Deze relatie moet bovendien van seksueel-affectieve aard zijn.⁹⁶

393. In de rechtsleer is de vraag gerezen of de driejarige samenwoningstermijn eveneens van toepassing is bij de *éénouderadoptie* door de feitelijke partner van de ouder.⁹⁷ In dit raam wordt gewezen op de *ratio* van de vereiste: met de termijn heeft de wetgever de geadopteerde een stabiel milieu willen waarborgen. Aannemelijk is dan ook dat de voorwaarde ook in dit geval van toepassing is.⁹⁸ Het voorgaande impliceert niet dat een feitelijk samenwonende lesbische meemoeder in de regel drie jaar geduld moet uitoefenen alvorens zij een adoptieverzoek kan indienen m.b.t. het binnen de relatie geboren kind. Gelet op het stilzwijgen van de wet enerzijds en de *ratio legis* van de voorwaarde anderzijds, telt de samenwoningstermijn vóór de geboorte eveneens mee.

B. Leeftijd

1. De geadopteerde

394. In hoofde van de geadopteerde werden in het B.W. geen leeftijdsvereisten opgenomen. Uit de voorwaarde dat de ouders ten vroegste twee maand na de geboorte kunnen toestemmen in de adoptie (art. 348-4, 1ste lid B.W.), wordt afgeleid dat het kind minstens twee maanden oud moet zijn alvorens het kan worden geadopteerd.⁹⁹

⁹⁵ Het verschil in behandeling van enerzijds gehuwden en wettelijke samenwoners en anderzijds feitelijke samenwoners op dit vlak, is redelijk verantwoordbaar. Zij hebben hun voornemen tot (stabiel) gezinsleven geformaliseerd door toe te treden tot een bij de wet geregeld statuut, zie F. SWENNEN, "De nieuwe adoptiewetgeving, Horresco referens", *R. W.* 2003-04, p. 443, nr. 10.

⁹⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/1 en 50-1367/1, Memorie van Toelichting, 12. Kritisch: *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/11, 123, Verslag namens de commissie voor de justitie, hoorzitting met prof. P. SENAËVE; K. BOONE, "De hervorming van de adoptiewetgeving. Interne aspecten", *T.v.W.* 2003, 342; I. MARTENS, Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW* 2006, p. 342, nr. 14.

⁹⁷ C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 62.

⁹⁸ I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW* 2006, p. 342, nr. 15.

⁹⁹ Indien er geen ouder is die belast is met het ouderlijk gezag, geldt er geen wachttermijn, zie: I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW* 2006, p. 343, nr. 19.

Belangrijk is dat bij de *volle adoptie* ook een maximumleeftijd geldt. Vereist wordt dat de geadopteerde de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt op het ogenblik van de indiening van het adoptieverzoek (art. 355 B.W.).

395. Een interessante vraag die (gedeeltelijk) betrekking heeft op de leeftijdsvereiste in hoofde van de geadopteerde, betreft het bestaan van de mogelijkheid tot *prenatale adoptie* (vgl. art. 328, 2de lid B.W. inzake de erkenning van een verwekt, maar nog niet geboren kind). Deze vraag is voornamelijk relevant in geval van partneradoptie door de lesbische meemoeder. Beschikt zij naar huidig recht over de mogelijkheid om het kind van haar partner prenataal te adopteren of kan zij reeds vóór de geboorte een adoptieverzoek indienen teneinde de adoptie te bespoedigen om zodoende het rechtsvacuüm te overbruggen, dan wel te beperken in de tijd? Op beide vragen moet ontkennend worden geantwoord. Een minimumvereiste is dat het kind op het ogenblik van de inleiding van de procedure (reeds) in leven is.¹⁰⁰

Om zo veel mogelijk gelijkstelling met de situatie na erkenning of met van rechtswege door geboorte ontstaan ouderschap¹⁰¹ te bereiken, wordt bovenstaand vraagstuk momenteel bediscussieerd in *Nederland*. Zo werd een voorstel van wet ingediend dat de lesbische meemoeder o.m. de mogelijkheid biedt om een prenataal adoptieverzoek in te dienen. De later uitgesproken adoptie zou dan terugwerken tot op het tijdstip van de geboorte het kind (*declaratieve afstamming*).¹⁰² Vraag die in dit verband o.a. rijst, is de verplichting tot het bekomen van de *ouderlijke toestemming*. Los van de vraag of de zwangere vrouw deze toestemming weloverwogen kan geven, kan er ook op worden gewezen dat zij in het genoemde geval (nog) geen *juridische* ouder is.¹⁰³

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 343, nr. 18; F. SWENNEN, *Familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 223. Ook een *postume adoptie* aan de zijde van de geadopteerde is bijgevolg uitgesloten.

¹⁰¹ Cfr. art. 1:253sa N.B.W.

¹⁰² Voorwaarde is evenwel dat er voor de adoptie geen familierechtelijke betrekkingen zijn gevestigd met een andere ouder die door de adoptie worden verbroken. Tweede Kamer 2005-06, nr. 30551/2, Voorstel van wet tot wijziging van Boek I van het B.W. in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wobka in verband met de adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen; Tweede Kamer 2005-2006, n° 30551/4, Advies raad van State en nader rapport.

¹⁰³ In dezelfde zin: C. VAN MALDEREN, *Adoptie en wettiging door adoptie*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1970, nr. 146. *Contra*: art. 328, 2de lid *j°* art. 329bis, § 2, 1ste lid B.W. (oud 319, § 3, 1ste lid B.W.), waar wel een prenatale moederlijke instemming kan worden gegeven.

2. Adoptant

396. In hoofde van de adoptant werd in de wet slechts een minimumleeftijd opgenomen. In de regel moet de adoptant minstens vijftientig jaar zijn en dient het leeftijdsverschil tussen hem en de geadopteerde minstens vijftien jaar te bedragen op het tijdstip van de indiening van het adoptieverzoek (art. 345, 1ste *j*° 3de lid B.W.). Te noteren valt dat van deze voorwaarden wordt afgeweken bij een stiefouder- of partneradoptie: in dit geval worden de leeftijds- en leeftijdsverschilvereisten teruggebracht op respectievelijk achttien en tien jaar (art. 345, 2de *j*° 3de lid B.W.).

§ 3. TOESTEMMINGEN

397. Inzake de toestemmingen vallen geen bijzonderheden te melden. Behalve de adoptant en – vanaf de leeftijd van twaalf jaar – de geadopteerde (art. 348-1, 1ste lid B.W.), moeten ook de *juridische ouders* in de adoptie toestemmen (art. 348-3 en art. 348-8 B.W. *j*° art. 33, 2de lid, Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming¹⁰⁴).¹⁰⁵ Eerder werd al gesignaleerd dat de ouderlijke toestemming ten vroegste 2 maanden na de geboorte van het kind kan worden gegeven (art. 348-4, 1ste lid B.W.).

398. Het ouderlijke toestemmingsrecht is geen vetorecht. Een *gedwongen adoptie*, dit is de adoptie tegen de wil van één van de ouders in, is met andere woorden niet uitgesloten. De rechter zal bij weigering van om het even welke ouder de adoptie slechts kunnen toestaan wanneer uit een grondig maatschappelijk onderzoek is gebleken dat deze persoon zich niet

¹⁰⁴ B.S. 19 mei 1965. C. CASTELEIN, “Grondvoorwaarden voor adoptie”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nrs. 93-94, 159; I. MARTENS, “Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht”, *NjW*2006, p. 344, nr. 25.

¹⁰⁵ Indien één van beide ouders niet in staat is om zijn wil te kennen te geven, geen gekende verblijfplaats heeft of afwezig is verklaard, is de toestemming van de andere ouder voldoende (art. 348-3, 1ste lid B.W.). Staat de afstamming slechts vast ten aanzien van één van beide ouders, dan volstaat de toestemming van de enige ouder (art. 348-3, 2de lid B.W.). Ingeval het kind geen ouders (meer) heeft, de ouders niet in staat hun wil te kennen te geven, de ouders afwezig zijn verklaard of de ouders geen gekende verblijfplaats hebben, dient de voogd in te stemmen in de adoptie (art. 348-5, 1ste lid B.W.). Bij adoptie door de voogd stemt de toeziende voogd toe, tenzij er strijdige belangen zijn. In dit laatste geval wordt de toestemming gegeven door een voogd *ad hoc* (art. 348-5, 2de lid B.W.).

meer om het kind heeft bekommerd¹⁰⁶ of de gezondheid, veiligheid of de zedelijkheid van het kind in gevaar heeft gebracht (art. 348-11 B.W.).¹⁰⁷

Volledigheidshalve moet hieraan worden toegevoegd dat een *intrekking* van de toestemming door de ouder(s) de adoptie wel zal verhinderen. Ter zake geldt echter een ‘dubbel maximum’: de intrekking is slechts mogelijk tot het tijdstip van de uitspraak van het vonnis en, ten laatste, zes maanden na de indiening van het verzoekschrift (art. 348-8, 3de lid B.W.). Uit het voorgaande volgt dat een (reeds verzochte) stiefouderadoptie niet langer mogelijk is in het geval het koppel uiteen is gegaan.

¹⁰⁶ Jeugdrb. Charleroi 11 mei 2005, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 423.

¹⁰⁷ In de parlementaire voorbereiding werd immers uitdrukkelijk gesteld dat men met het versterkte weigeringsrecht onwenselijke stiefouderadopties wilde bemoeilijken en dat men de rechten van elke ouder op deze wijze beter wilde beschermen, zie *Parl. St.* Kamer nr. 50-1366/1 en 50-1367/1, 31; *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1366/11, Verslag namens de Commissie voor de justitie, 118. Zie ook: C. CASTELEIN, “Grondvoorwaarden voor adoptie”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nrs. 209 e.v.; F. SWENNEN, “Het nieuwe interne adoptierecht: horresco referens”, *R.W.* 2003-04, p. 445, nr. 17.



HOOFDSTUK IV.

GEVOLGEN VAN DE (INTERNE) ADOPTIE DOOR PAREN VAN HETZELFDE GESLACHT

399. De adoptieve afstamming roept een nieuwe rechtstoestand in het leven die geldt voor de toekomst en is bijgevolg *constitutief van staat*.¹⁰⁸ De adoptie krijgt dan ook pas uitwerking nadat het definitieve adoptievonnis- of arrest overeenkomstig artikel 1231-19 Ger.W. is overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand.¹⁰⁹ Ter bescherming van erfrechtelijke aanspraken voorziet artikel 349-1 B.W. in een afwijking op het voorgaande door te bepalen dat de adoptie reeds gevolgen heeft vanaf de neerlegging van het verzoekschrift.¹¹⁰

400. De belangrijkste gevolgen van de gewone en de volle adoptie kunnen worden gesitueerd op het vlak van de *voornaam* (art. 349-2 B.W.), de *naam* (art. 353-1 t.e.m. 353-7 resp. art. 356-2 B.W.), de *nationaliteit* (art. 9, 11, 2de lid, 11bis, 1ste en 3de lid, 12, 13, 2° en 4° en 14, 2de lid W.B.N. resp. art. 356-1 B.W.), het *ouderlijk gezag* (art. 353-8 t.e.m. 353-10 resp. art. 356-1, 3de lid B.W.), de *onderhoudsverplichtingen* (art. 353-14 resp. art. 356-1, 1ste lid B.W.), de *huwelijksbeletsels* (art. 353-13 resp. art. 356-1, 1ste en 2de lid B.W.) en tot slot de *erfrechten* (art. 353-15 t.e.m. 353-17 resp. art. 356-1 B.W.). Verder heeft de adoptie nog gevolgen op het vlak van de ouderlijke aansprakelijkheid, de registratie- en successierechten, het jeugdbeschermingsrecht, het strafrecht en het sociaal recht.¹¹¹

401. Op de regeling inzake de *naam* van de geadopteerde na, zijn de gevolgen van de adoptie door paren van gelijk geslacht *identiek* aan die van een adoptie door personen van ongelijk geslacht. In onderstaande bespreking wordt dan ook enkel ingegaan op het naamrecht.

¹⁰⁸ F. SWENNEN, “De juridische gevolgen van de adoptie”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 239.

¹⁰⁹ I. MARTENS, “Adoptie. Hervorming intern en interlandelijk adoptierecht”, *NjW*2006, p. 349, nr. 60.

¹¹⁰ F. SWENNEN, “De juridische gevolgen van de adoptie”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 239, met verwijzing naar de Memorie van Toelichting.

¹¹¹ Uitgebreid: *Ibid.*, nrs. 245-292. Voor een overzicht zie ook: G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005, nrs. 83-85.

§ 1. DE AANGEPASTE REGELING INZAKE DE NAAM

A. Inleiding

402. De familienaam vloeit voort uit een juridisch vastgestelde afstamming. Een goede integratie in de adoptiefamilie veronderstelt in principe een wijziging van de familienaam van de geadopteerde.¹¹² Deze eis moet worden verzoend met het feit dat de naam een middel ter identificatie is, wat inhoudt dat hij op eenvormige en eenvoudige wijze moet worden toegekend en dat hij, in beginsel, onveranderlijk is.¹¹³

403. De Wet van 18 mei 2006 brengt enkele bijzonderheden met zich mee op het vlak van de (*familie*)naam van de geadopteerde. Oorspronkelijk beoogde het wetsvoorstel inzake de openstelling van de adoptie voor personen van hetzelfde geslacht louter de schrapping van de woorden ‘van ongelijk geslacht’.¹¹⁴ Amendementen¹¹⁵ op dit wetsvoorstel strekten er evenwel toe ook de regels inzake de naam te wijzigen. De naamwetgeving van toepassing bij adoptieve afstamming bevat immers uitdrukkelijke verwijzingen naar het geslacht van de (adoptie-)ouders, waardoor deze niet zonder meer konden worden getransponeerd naar de situatie waarbij een afstammingsband wordt gevestigd met twee mannen, dan wel twee vrouwen.¹¹⁶

Tijdens de parlementaire voorbereiding gingen aanvankelijk stemmen op om de geadopteerde na een adoptie door paren van hetzelfde geslacht een dubbele naam toe te kennen.¹¹⁷ Deze idee werd echter om verschillende redenen afgewezen. Zo werd vooreerst gewezen op het feit dat de naamgeving bij de adoptie een overdruk is van de naamgeving bij een oorspronkelijke afstamming. Verder zou er een discriminatie kunnen ontstaan met kinderen die geen adoptieve, maar wel een oorspronkelijke

¹¹² F. SWENNEN, “De juridische gevolgen van de adoptie”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 248.

¹¹³ *Ibid.*, nr. 248, in het bijzonder voetnoot 65.

¹¹⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/1, art. 2; T. WUYTS, “De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht”, *E.J.* 2006, p. 87, nr. 8.

¹¹⁵ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/2, Amendementen nrs. 4-8 (Lalieux); *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/3, Amendementen nrs. 11-14 (Lalieux).

¹¹⁶ Art. 335 B.W. bevat een uitdrukkelijke voorkeur voor de patrilineaire naam, zie C. AERTS, “Naamrecht en arbitragehof”, *NjW* 2004, p. 393, nr. 4. Cf. *supra* nr. 15.

¹¹⁷ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-666/1; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1144/1.

afstammingsband hebben. Deze laatste groep kan volgens de huidige stand van het recht (in de regel) geen dubbele naam verkrijgen.

Omdat een gehele hervorming inzake de naamgeving (nog) niet aan de orde leek, werd het wenselijker geacht om de algemene regels ter zake toe te passen en deze aan te passen aan de adoptie door paren van hetzelfde geslacht.¹¹⁸

404. De nieuwe regeling inzake de naam van het *vol*geadopteerde kind is opgenomen in artikel 356-2, § 2 B.W. De regeling inzake de naam van het *gewoon*geadopteerde kind is terug te vinden in de artikelen 353-1, § 2, 353-2, § 2, 353-3 en 353-4*bis* B.W. Als uitgangspunt geldt een wettelijke regel, waarvan dan in sommige gevallen kan worden afgeweken.¹¹⁹

B. De naamgeving na een adoptie door paren van hetzelfde geslacht

405. Hoewel de basisregels gelijk zijn, wordt in de volgende uiteenzetting een opdeling gemaakt tussen de volle en de gewone adoptie. Voor de gewone adoptie wordt nog een nader onderscheid gemaakt naargelang het gaat om een gelijktijdige, dan wel om een stiefouderadoptie.

Aangezien de regelgeving inzake de naam van een door een gelijkslachtig paar geadopteerd kind een aanpassing betekent van de regels die gelden inzake de adoptie door paren van verschillend geslacht, vormt deze laatste regelgeving in de onderstaande bespreking het referentiekader. Met voorbeelden wordt getracht de uiteengezette regels te illustreren.¹²⁰ In de §§ 2 en 3 wordt nader stilgestaan bij ongerijmdheden en vermeende discriminaties.

1. De volle adoptie

406. Bij een gelijktijdige adoptie door een paar van *verschillend* geslacht en bij een (nieuwe) stiefouderadoptie door een *man* verkrijgt de geadop-

¹¹⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/2, Verantwoording bij amendementen nrs. 4-8 (Lalieux). Zie ook: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 61 en 63.

¹¹⁹ F. SWENNEN, "De juridische gevolgen van de adoptie", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 249.

¹²⁰ Voor een gelijkaardige oefening zie: T. WUYTS, "De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht", *E.J.* 2006, p. 88, nr. 9 e.v.

teerde automatisch de naam van de mannelijke adoptant (art. 356-2, § 1, 1ste lid B.W.). Een stiefouderadoptie door een vrouw heeft daarentegen geen enkel gevolg voor de naam van de geadopteerde (art. 356-2, § 1, 2de lid B.W.).

407. Duidelijk is dat bovenstaande regel niet naar analogie kan worden toegepast in geval van adoptie door paren van *hetzelfde* geslacht. Als basisregel heeft de wetgever in dit laatste geval geopteerd voor een principieel keuzerecht: bij een volle gelijktijdige adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht én bij een volle stiefouderadoptie door een partner van hetzelfde geslacht geldt als uitgangspunt dat de partijen in onderlinge overeenstemming bepalen wie van beiden zijn naam zal geven aan de geadopteerde (resp. art. 356-2, § 2, 1ste lid en 2de lid B.W.).

408. Voorbeeld.¹²¹

Adoptie door paren van verschillend geslacht	Vergelijk: adoptie door paren van hetzelfde geslacht
a) de echtgenoten mevr. Jacobs en dhr. Wouters adopteren Claes; b) dhr. Wouters adopteert Claes, kind van mevr. Jacobs (evt. uit een vorige relatie); c) mevr. Jacobs adopteert Wouters, kind van dhr. Wouters sr. (evt. uit een vorige relatie).	a) de echtgenotes mevr. Jacobs en mevr. Wouters adopteren Claes; b) mevr. Wouters adopteert Claes, kind van mevr. Jacobs (evt. uit een vorige relatie); c) mevr. Jacobs adopteert Claes, kind van mevr. Wouters (evt. uit een vorige relatie).
Na de volle adoptie draagt de geadopteerde de naam: 1. Wouters	Afhankelijk van de keuze van mevr. Jacobs en mevr. Wouters draagt de geadopteerde na de volle adoptie de naam: 1. Jacobs 2. Wouters

¹²¹ De namen werden willekeurig gekozen uit de top 10 van de meest voorkomende familienamen in België, cf. <http://statbel.fgov.be>.

2. De gewone adoptie

a. De gelijktijdige gewone adoptie

1°) Wettelijke regel

409. Bij een gelijktijdige gewone adoptie door twee personen van *verschillend* geslacht, krijgt de geadopteerde in beginsel de naam van de mannelijke adoptant toegekend (art. 353-1, § 1, 1ste lid B.W.).

410. Bij een gelijktijdige gewone adoptie door twee personen van *hetzelfde* geslacht, geldt als uitgangspunt opnieuw het wettelijke keuzerecht van beide kandidaat-adoptanten: zij bepalen bijgevolg in onderlinge overeenstemming wie zijn naam zal geven aan de geadopteerde (art. 353-1, § 2, 1ste lid B.W.).

411. Voorbeeld.

Adoptie door paren van verschillend geslacht	Vergelijk: adoptie door paren van hetzelfde geslacht
De echtgenoten mevr. Jacobs en dhr. Wouters adopteren Claes.	De echtgenotes mevr. Jacobs en mevr. Wouters adopteren Claes.
Na de gelijktijdige gewone adoptie draagt de geadopteerde de naam: 1. Wouters	Afhankelijk van de keuze van mevr. Jacobs en mevr. Wouters draagt de geadopteerde na de gelijktijdige gewone adoptie de naam: 1. Jacobs 2. Wouters

2°) Uitzonderingen

412. Bij een gelijktijdige gewone adoptie kunnen de adoptanten van *verschillend* geslacht er bij wijze van uitzondering voor opteren om de geadopteerde zijn eigen naam te laten behouden, voorafgegaan of gevolgd door de naam van de *mannelijke* adoptant (art. 353-1, § 1, 2de lid B.W.).

413. Een gelijkaardige optie geldt ook bij de adoptie door paren van *hetzelfde* geslacht. In dit geval zal de eigen naam van de geadopteerde kunnen worden gevolgd of voorafgegaan door de in samenspraak *gekozen* naam (art. 353-1, § 2, 2de lid *j*° art. 353-1, § 2, 1ste lid B.W.).

414. Voorbeeld.

Adoptie door paren van verschillend geslacht	Vergelijk: adoptie door paren van hetzelfde geslacht
De echtgenoten mevr. Jacobs en dhr. Wouters adopteren Claes.	De echtgenotes mevr. Jacobs en mevr. Wouters adopteren Claes.
Na de gelijktijdige gewone adoptie draagt de geadopteerde de naam: 1. Claes-Wouters 2. Wouters-Claes	Afhankelijk van de keuze van mevr. Jacobs en mevr. Wouters draagt de geadopteerde na de gelijktijdige gewone adoptie de naam: 1. Claes-Jacobs 3. Claes-Wouters 2. Jacobs-Claes 4. Wouters-Claes

415. Hebben de geadopteerde en de mannelijke adoptant bij een adoptie door paren van *verschillend* geslacht dezelfde naam, dan wordt op bovenstaande regel(s) een uitzondering gemaakt. In dit geval wordt de naam van de geadopteerde niet gewijzigd (art. 353-1, § 1, 3de lid B.W.).

Dit beginsel werd eveneens toegepast op de adoptie door paren van *hetzelfde* geslacht: wanneer de naam die overeenkomstig het 1ste lid werd gekozen, dezelfde is als deze van de geadopteerde, blijft diens naam onveranderd (art. 353-1, § 2, 3de lid *j°* art. 353-1, § 2, 1ste lid B.W.).

b. De stiefouder- of partneradoptie

1°) Wettelijke regel

416. Bij een (nieuwe) adoptie door de mannelijke partner van de moeder, verkrijgt de geadopteerde in de regel de naam van de *mannelijke* adoptant, en dit ongeacht het feit of de naam van de geadopteerde bij een vorige adoptie behouden, dan wel veranderd werd (art. 353-2, § 1, 1ste lid B.W.). De stiefouderadoptie door een vrouw heeft geen enkel gevolg op het vlak van de naam van de geadopteerde (art. 353-4 B.W.).

417. Bij een adoptie door de partner van *hetzelfde* geslacht bepalen de gelijkslachtige kandidaat-adoptant en de ouder van het kind samen wie van beiden zijn naam zal geven aan de geadopteerde (art. 353-2, § 2, 1ste lid B.W.).

418. Voorbeeld.

Adoptie door paren van verschillend geslacht	Vergelijk: adoptie door paren van hetzelfde geslacht
a) Dhr. Wouters adopteert Claes, kind van mevr. Jacobs (evt. uit een vorige relatie). b) Mevr. Jacobs adopteert Wouters, kind van dhr. Wouters sr. (evt. uit een vorige relatie).	a) Mevr. Wouters adopteert Claes, kind van mevr. Jacobs (evt. uit een vorige relatie); b) Mevr. Jacobs adopteert Claes, kind van mevr. Wouters (evt. uit een vorige relatie).
Na de gewone stiefouderadoptie draagt de geadopteerde de naam: 1. Wouters	Afhankelijk van de keuze van mevr. Jacobs en mevr. Wouters draagt de geadopteerde na de gewone stiefouderadoptie de naam: 1. Jacobs 2. Wouters

2°) Uitzonderingen

419. Bij een adoptie door paren van *verschillend* geslacht kan van bovenstaande wettelijke regel worden afgeweken indien aan de naam van de geadopteerde reeds een naam werd *toegevoegd* ten gevolge van een vorige adoptie. In dit geval kunnen de partijen de rechtbank verzoeken om de naam van de geadopteerde voortaan te laten bestaan uit de oorspronkelijke naam van de geadopteerde *of* de naam van de vorige adoptant, voorafgegaan of gevolgd door de naam van de adopterende man (art. 353-2, § 1, 3de lid B.W.).

Werd de naam van de geadopteerde bij een vorige adoptie *vervangen* door die van de adoptant, dan kunnen de partijen de rechtbank vragen dat de nieuwe naam van de geadopteerde voortaan is samengesteld uit de naam die hij bij een vorige adoptie heeft gekregen, voorafgegaan of gevolgd door die van de adopterende man (art. 353-2, § 1, 2de lid B.W.).

420. Opnieuw blijkt dat de naamregeling bij een adoptie door paren van *hetzelfde* geslacht is gebaseerd op de toepasselijke regeling bij de adoptie door personen van verschillend geslacht. Werd aan de geadopteerde ten gevolge van een vorige adoptie reeds een naam *toegevoegd*, dan kunnen de partijen de rechtbank verzoeken om de naam van de geadopteerde voortaan te laten bestaan uit de oorspronkelijke naam van de geadopteerde *of* de naam van de vorige adoptant, voorafgegaan of gevolgd door de naam die de partijen overeenkomstig het 1ste lid hebben gekozen (art. 353-2, § 2, 2de lid *j*° art. 353-1, § 2, 1ste lid B.W.).

Wellicht per abuis, bevat de naamgeving bij de adoptie door paren van hetzelfde geslacht geen regeling voor het geval de naam van de geadopteerde bij een vorige adoptie werd *vervangen*. Nochtans had de Raad van State de wetgever op deze lacune geattendeerd.¹²² Gelet op het stilzwijgen van de wet, kan worden aangenomen dat de wettelijke regel, nl. het keuzerecht van de partijen, in deze hypothese doorgang kan vinden.¹²³ Logischer was geweest dat de naam van de geadopteerde in deze hypothese zou kunnen worden samengesteld uit de naam die hij bij een vorige adoptie heeft gekregen, voorafgegaan of gevolgd door de gekozen naam.

421. Voorbeeld

Adoptie door paren van verschillend geslacht	Vergelijk: adoptie door paren van hetzelfde geslacht
<u>Hypothese 1</u> Claes is in het verleden gewoon geadopteerd door dhr. Mertens, echtgenoot van mevr. Jacobs. Na deze gewone adoptie werd de naam van de adoptant aan de naam Claes toegevoegd (Claes-Mertens of Mertens-Claes). Dhr. Mertens sr. komt te overlijden. Hierop wordt Claes-Mertens of Mertens-Claes geadopteerd door dhr. Wouters, de wettelijk samenwonende partner van mevr. Jacobs. <u>Hypothese 2</u> Claes is in het verleden gewoon geadopteerd door dhr. Mertens, echtgenoot van mevr. Jacobs. Na deze gewone adoptie verkreeg de geadopteerde de naam Mertens. Dhr. Mertens sr. komt te overlijden. Hierop wordt Mertens geadopteerd door dhr. Wouters, de wettelijk samenwonende partner van mevr. Jacobs.	<u>Hypothese 1</u> Claes is in het verleden gewoon geadopteerd door dhr. Mertens, echtgenoot van mevr. Jacobs. Na deze gewone adoptie wordt de naam van de adoptant aan de naam Claes toegevoegd (Claes-Mertens of Mertens-Claes). Dhr. Mertens sr. komt te overlijden. Hierop wordt Claes-Mertens of Mertens-Claes geadopteerd door mevr. Wouters, de wettelijk samenwonende partner van mevr. Jacobs. <u>Hypothese 2</u> /

¹²² *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 89, nr. 99.

¹²³ T. WUYTS, "De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht", *E.J.* 2006, p. 91, nr. 13.

Adoptie door paren van verschillend geslacht	Vergelijk: adoptie door paren van hetzelfde geslacht
De geadopteerde draagt na de <i>nieuwe</i> gewone stiefouderadoptie <i>door een man</i> de naam:	Afhankelijk van de keuze van mevr. Jacobs en mevr. Wouters draagt de geadopteerde na de <i>nieuwe</i> gewone stiefouderadoptie de naam:
<u>Hypothese 1</u> 1. Claes-Wouters 2. Wouters-Claes 3. Mertens-Wouters 4. Wouters-Mertens	<u>Hypothese 1</u> 1. Claes-Jacobs 5. Mertens-Jacobs 2. Jacobs-Claes 6. Jacobs-Mertens 3. Claes-Wouters 7. Mertens-Wouters 4. Wouters-Claes 8. Wouters-Mertens
<u>Hypothese 2</u> 1. Mertens-Wouters 2. Wouters-Mertens	<u>Hypothese 2</u> (indien toepassing algemene regel) 1. Jacobs 2. Wouters

422. Hebben de geadopteerde en de adopterende man bij een adoptie door een paar van *verschillend* geslacht dezelfde naam, dan blijft de naam van de geadopteerde onveranderd (art. 353-1, § 1, 4de lid B.W.).

Dit beginsel geldt ook bij de adoptie door paren van *hetzelfde* geslacht: de naam van de geadopteerde wordt niet gewijzigd wanneer de geadopteerde vóór de vorige adoptie dezelfde naam droeg als degene die in onderlinge overeenstemming is gekozen (art. 353-2, § 2, 3de lid *j*° art. 353-1, § 2, 1ste lid B.W.).

c. De adoptie van een meerderjarig kind

423. Het B.W. bevat een bijzondere regeling met betrekking tot de naam van de gewoon geadopteerde meerderjarige. Vooreerst beschikt deze laatste, zowel in het geval van een adoptie door een paar van *ongelijk*, dan wel van *gelijk* geslacht, over de mogelijkheid om zijn naam te behouden (art. 353-3 B.W.).

424. Indien de naam van de geadopteerde bij een *vorige adoptie* onveranderd is gebleven, kan de naam na de (nieuwe) gewone adoptie worden gewijzigd.

Bij een adoptie door paren van *verschillend* geslacht kan de eigen naam van de geadopteerde worden gevolgd of worden voorafgegaan door de naam van de adopterende man (art. 353-3 B.W.).

Bij de adoptie door paren van *hetzelfde* geslacht kan de naam van de meerderjarige in dit laatste geval worden samengesteld uit de eigen naam van de geadopteerde en de gekozen naam (art. 353-3 j° art. 353-1, § 2, 1ste lid B.W.).

425. Voorbeeld.

Adoptie door paren van verschillend geslacht	Vergelijk: adoptie door paren van hetzelfde geslacht
Mertens, kind van dhr. Mertens sr., is in het verleden gewoon geadopteerd door diens partner, mevr. Jacobs. Dhr. Mertens sr. komt te overlijden. Later wordt de meerderjarige Mertens geadopteerd door de wettelijk samenwonende partner van mevr. Jacobs, dhr. Wouters.	Mertens, kind van dhr. Mertens sr., is in het verleden gewoon geadopteerd door diens partner, mevr. Jacobs. Dhr. Mertens sr. komt te overlijden. Later wordt de meerderjarige Mertens geadopteerd door de wettelijk samenwonende partner van mevr. Jacobs, mevr. Wouters
Na de gewone stiefouderadoptie draagt de geadopteerde de naam: 1. Mertens 2. Wouters-Mertens 3. Mertens-Wouters	Afhankelijk van de keuze van mevr. Jacobs en mevr. Wouters draagt Claes na de <i>nieuwe</i> gewone adoptie de naam: 1. Mertens 2. Mertens-Jacobs 3. Jacobs-Mertens 4. Mertens-Wouters 5. Wouters-Mertens

d. Toestemmingen

426. Voor de verzoeken tot naamswijziging die afwijken van de wettelijke regels inzake de naam bij de gewone adoptie, vereist de wet – naar analogie van de adoptie door personen van verschillend geslacht – de instemming van bepaalde betrokkenen. Vooreerst gaat het om de instemming van de adoptanten. Verder moet ook de geadopteerde toestemmen en dit vanaf de leeftijd van twaalf jaar.¹²⁴ Is de geadopteerde nog minderjarig op het tijdstip van zijn adoptie, dan vereist de wet bijkomend de toestemming van

¹²⁴ De geadopteerde jonger dan 12 jaar, maar wilsgeschikt kan door de rechter worden gehoord, zie art. 1231-10, 1ste lid, 3° Ger.W.

de personen die in de adoptie moeten instemmen (art. 353-5, 1ste lid B.W.).¹²⁵ Ingeval er geen overeenstemming kan worden bereikt, zal de rechtbank in het hoger belang van het kind beslissen, in overeenstemming met de fundamentele rechten die het op grond van het internationale recht toekomen (art. 353-5, 2de lid B.W.).

3. Regels gemeenschappelijk aan de volle en de gewone adoptie door paren van hetzelfde geslacht

a. Verzoekschrift en opneming van de naam in het vonnis

427. Uit het voorgaande volgt dat het keuzerecht van de adoptanten bij de adoptie door paren van hetzelfde geslacht steeds het wettelijke uitgangspunt is. Deze keuze moeten de partijen¹²⁶ reeds in het inleidend verzoekschrift maken (art. 1231-3, 2de lid Ger.W.). De gekozen naam wordt nadien opgenomen in het vonnis (resp. art. 353-1, § 2, 1ste lid, art. 353-2, § 2, 1ste lid en art. 356-2, § 2, 1ste lid B.W.). Doorgaans wordt bij een samengestelde naam een streepje vereist, hoewel dit niet in de wet wordt bepaald.¹²⁷

428. In de rechtsleer, maar ook tijdens de parlementaire voorbereiding werd de aandacht gevestigd op het feit dat geen regeling werd ontworpen voor het geval de adoptanten het *oneens* zouden zijn m.b.t. de naam van de geadopteerde.¹²⁸ Gesteld werd dat dergelijke hypothese geen problemen oplevert, omdat er mag worden verondersteld dat er voor de neerlegging

¹²⁵ Deze bepaling is te ruim geformuleerd voor zover zij ook de partner omvat, zie F. SWENNEN, "De juridische gevolgen van de adoptie", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 254.

¹²⁶ In de eenzijdige verzoekschriftprocedure gaat het bijgevolg om de adoptanten. Aangenomen wordt dat zij dit verzoek ook alleen kunnen doen indien de verzoekschriftprocedure tegensprekelijk verloopt, bv. wegens een toestemmingsweigering, zie F. SWENNEN, "De juridische gevolgen van de adoptie", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 254.

¹²⁷ *Ibid.*, nr. 251. Zie bv. Brussel 5 april 1976, *J.T.* 1976, 482. *Contra*: Brussel 30 mei 1995, *R.W.* 1995-96, 787.

¹²⁸ *Parl. St.* Kamer, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 61; T. WUYTS, "De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht", *E.J.* 2006, p. 88, nr. 10.

van het verzoekschrift steeds een voorafgaand akkoord is uitgewerkt.¹²⁹ Daarnaast meende de wetgever dat een opvangregeling overbodig is, omdat de adoptie een minimale eensgezindheid veronderstelt.¹³⁰

Omdat een potentieel conflict m.b.t. de naamskeuze niet kan worden uitgesloten, rijst de vraag wat er dient te gebeuren indien het inleidend verzoekschrift geen naamskeuze bevat. Deze vraag rijst trouwens eveneens bij de adoptie door personen van verschillend geslacht. Ook hier moeten de kandidaat-adoptanten in bepaalde gevallen een keuze maken in het inleidende verzoekschrift (art. 1231-3, 2de lid Ger. W.).¹³¹

De oplossing is onduidelijk. Enerzijds is de vermelding van de naamskeuze niet op straffe van nietigheid voorgeschreven (art. 1026 B.W. j° art. 860, 1ste lid Ger.W. *a contrario*), anderzijds gaat het wel om een verplichte vermelding.¹³² De vraag rijst of de afwezigheid van de keuze aanleiding kan geven tot het onontvankelijk verklaren van het verzoek. Eventueel zou de lacune kunnen worden geregulariseerd in de loop van het geding.¹³³

b. Draagwijdte van de naamswijziging

429. De draagwijdte van de naamswijziging in het raam van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht is identiek aan die van de adoptie door paren van verschillend geslacht. Dit impliceert bijgevolg dat de naamsverandering van de geadopteerde ook geldt voor diens afstammelingen, zelfs ingeval zij geboren zijn vóór de adoptie (art. 353-6, 1ste lid B.W.).¹³⁴

¹²⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/2, Verantwoording bij amendement nr. 4 (Lalieux), 4; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 63; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 3; T. WUYTS, "De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht", *E.J.* 2006, p. 88, nr. 10.

¹³⁰ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 62.

¹³¹ P. SENAËVE, "De procedure tot verwezenlijking van een binnenlandse adoptie", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 424. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn indien de kandidaat-adoptanten een uitzonderingsregeling wensen toe te passen.

¹³² P. SENAËVE, "De procedure tot verwezenlijking van een binnenlandse adoptie", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 424.

¹³³ Over de gevolgen van de ontstentenis van bepaalde vermeldingen in het verzoekschrift is in het algemeen veel onduidelijkheid, zie J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS (eds.), *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, nrs. 117-118.

¹³⁴ Enkele auteurs merken op dat deze regel te algemeen is geformuleerd. Zo kan de naamswijziging enkel betrekking hebben op de afstammelingen wanneer die de naam van de geadopteerde dragen: zo heeft de adoptie van een vrouw met kinderen niet de naamsverandering van de kinderen tot gevolg ingeval die de naam van hun vader dragen,

Hoewel deze bepaling in de wet is opgenomen onder ‘de bepalingen eigen aan iedere vorm van adoptie’, geldt de regel vanzelfsprekend ook voor de volle adoptie.¹³⁵

c. Latere adoptie(s)

430. Ondanks de diverse afwijkmogelijkheden, heeft de wetgever m.b.t. de toekenning van de naam na de adoptie door paren van hetzelfde geslacht toch een zekere uniformiteit beoogd. Belangrijk is dat de naam die de partijen op grond van hun wettelijke keuzevrijheid zijn overeengekomen ook geldt voor de kinderen die later door hen (gewoon of vol) worden geadopteerd (art. 354-1, § 2 en 353-2, § 2 B.W. resp. art. 356-2, § 1, 1ste lid en 2de lid B.W.). De wetgever heeft de mogelijkheid niet te baat genomen om de naamgeving bij de adoptie door paren van verschillend geslacht in die zin aan te passen.¹³⁶

§ 2. ONGERIJDHEDEN

431. Boven werd aangegeven dat de wetgever de toepasselijke regels louter heeft willen aanpassen aan het bijzondere karakter van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht. De wetgever is in deze betrachting niet ten volle geslaagd. Zo kan worden gewezen op enkele *vergetelheden en ongerijmdheden*.

432. Vooreerst wordt in de regeling inzake de gewone (nieuwe) stiefouder- of partneradoptie gesproken over een ‘kind’ (in de zin van art. 343, § 1, c) B.W.), terwijl de regeling eveneens van toepassing is op meerderjarigen (art. 353-2, § 1 en § 2).¹³⁷ Nog in verband met deze bepaling kan erop worden gewezen dat in art. 353-2, § 2 B.W. wordt

zie H. CASMAN, *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 746; F. SWENNEN “De juridische gevolgen van de adoptie”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 255.

¹³⁵ De mogelijkheid voor meerderjarige afstammelingen in de eerste graad van de geadopteerde om de naam voor zichzelf en zijn afstammelingen te behouden, bestaat echter enkel bij de gewone adoptie (art. 353-6, 2de lid B.W.).

¹³⁶ Ondanks het advies van de Raad van State: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 90, nr. 101.

¹³⁷ Zie eerder: F. SWENNEN, “De juridische gevolgen van de adoptie”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 252.

gesproken over ‘het kind of adoptief kind’, terwijl de ‘heteroseksuele’ pendant van deze bepaling enkel gewag maakt van het ‘adoptief kind’ (art. 353-2, § 1 B.W.).¹³⁸

Verder bleven ook bepaalde hypothesen ongeregeld. Zo werd er reeds op gewezen dat in de tweede paragraaf van artikel 353-2 B.W. een regeling ontbreekt voor het geval de naam van de geadopteerde ten gevolge van een vorige adoptie werd vervangen (*cf. supra* nrs. 420-421).¹³⁹ Andere lacune waarop in de rechtsleer al werd gewezen, is dat artikel 353-2, § 2, 1ste lid B.W. geen regeling bevat voor de hypothese waarin een paar van gelijk geslacht gelijktijdig overgaat tot een nieuwe adoptie in de zin van artikel 347-1 B.W., terwijl de ‘heteroseksuele’ pendant van de bepaling (*cf.* art. 353-2, § 1, 1ste lid B.W.) dit geval wel regelt.¹⁴⁰

§ 3. POTENTIËLE DISCRIMINATIES

433. In de nieuwe regeling kunnen enkele potentiële discriminaties worden gedetecteerd.

Gelet op het boven geschetste onderscheid inzake de toekenning van de naam bij een adoptie door een paar van verschillend, dan wel hetzelfde geslacht, kan vooreerst de vraag worden gesteld of de principiële keuzevrijheid in hoofde van de adoptanten van hetzelfde geslacht een ongelijke behandeling van kinderen inhoudt die door een paar van verschillend geslacht worden geadopteerd en die automatisch de naam van de mannelijke adoptant toegekend krijgen.¹⁴¹

¹³⁸ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 62; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 89, nr. 97; T. WUYTS, “De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht”, *E.J.* 2006, p. 89, nr. 11.

¹³⁹ T. WUYTS, “De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht”, *E.J.* 2006, p. 89, nr. 11.

¹⁴⁰ Hierover uitgebreid: *Ibid.*, p. 89-90, nr. 11.

¹⁴¹ In dezelfde zin: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 25, 62 en 64; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 63, 89; F. SWENNEN, “De juridische gevolgen van de adoptie”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 250; T. WUYTS, “De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht”, *E.J.* 2006, p. 88, 10. Vgl. ook Arbitragehof nr. 171/2005, 23 november 2005, www.arbitrage.be.

Verder zou mogelijk een bijkomende ongelijke behandeling van kinderen voorhanden kunnen zijn, doordat bij de naamgeving van kinderen met ouders van verschillend geslacht niet dezelfde uniformiteit is nagestreefd als bij broers en zussen uit een gezin met ouders van hetzelfde geslacht.¹⁴² De eersten krijgen immers niet noodzakelijk dezelfde naam toegekend. De vraag rijst of dit verschil in behandeling redelijk verantwoord is.

Tot op heden werd het Arbitragehof hierover nog niet bevraagd.

¹⁴² In dezelfde zin: T. WUYTS, “De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht”, *E.J.* 2006, p. 92, nr. 17.



HOOFDSTUK V. DE INTERNATIONALE ADOPTIE

434. De internationale adoptie, waartoe ook de interlandelijke adoptie kan worden gerekend, brengt bijzondere internationale en internationaal-privaatrechtelijke vragen met zich mee. Deze hebben o.a. betrekking op de voorbereiding van de adoptie door de autoriteiten van het land van herkomst en het land van aankomst, de samenwerking inzake de overbrenging van het kind, de afbakening van de internationale bevoegdheid en het toepasselijke recht en tot slot de erkenning van een adoptiebeslissing in het buitenland.¹⁴³ Het is aan deze laatste twee punten dat hierna bijzondere aandacht zal worden besteed (*cf.* §§ 1 en 2).

§ 1. DE INTERLANDELIJKE ADOPTIE

435. Eerder werd al aangegeven dat de goedkeuring van het Haags Adoptieverdrag door de federale wetgever de rechtstreekse aanleiding was voor de hervorming van het adoptierecht in 2003 (*cf. supra* nr. 361). Sinds de Wet van 24 april 2003 bevat het Burgerlijk Wetboek naast de regeling inzake de interne of de inlandse adoptie ook een regeling inzake de interlandelijke adoptie.

Van interlandelijke adoptie is volgens het B.W. sprake ingeval de adoptie de interlandelijke overbrenging van een kind veronderstelt.¹⁴⁴ Meer precies heeft artikel 360-1 B.W. het over een interlandelijke adoptie indien het kind:

- 1° vanuit de Staat van herkomst naar België werd, wordt of moet worden overgebracht, hetzij na zijn adoptie in deze Staat door een persoon of door personen met gewone verblijfplaats in België, hetzij met het oog op dergelijke adoptie in België of in deze Staat, of

¹⁴³ M. PERTEGAS, "Internationale adoptie: algemene problematiek", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 574.

¹⁴⁴ Voor een onderzoek naar de notie 'interlandelijke adoptie' in achtereenvolgens het juridische taalgebruik, het Haags Adoptieverdrag en het B.W., zie: I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE en M. VERWILGHEN, "Le nouveau droit fédéral de l'adoption", *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 77-81.

- 2° in België zijn gewone verblijfplaats heeft en het naar een andere Staat werd, wordt of moet worden overgebracht, hetzij na zijn adoptie in België door een persoon of personen met gewone verblijfplaats in die andere Staat, hetzij met het oog op dergelijke adoptie in België of in die andere Staat, of
- 3° in België verblijft zonder gemachtigd te zijn er zich te vestigen of er langer dan drie maanden te verblijven, teneinde er te worden geadopteerd door een persoon of personen die er hun gewone verblijfplaats hebben.¹⁴⁵

436. Verscheidene amendementen bij het wetsvoorstel inzake de openstelling van de adoptie strekten ertoe de adoptie door paren van hetzelfde geslacht te beperken tot de inlandse adoptie.¹⁴⁶ De vrees dat de landen van herkomst¹⁴⁷ geen kinderen meer ter beschikking zouden stellen, bleek hiervoor de determinerende beweegreden.¹⁴⁸ Voor- en tegenstanders trachtten tijdens de parlementaire voorbereiding hun mening kracht bij te zetten met (rechts)vergelijkende gegevens. In tegenstelling tot bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, heeft Zweden de adoptie door paren van hetzelfde geslacht niet beperkt tot de interne adoptie.¹⁴⁹ In Nederland, waar de adoptie door paren van hetzelfde

¹⁴⁵ *A contrario* is een inlandse adoptie de adoptie die geen interlandelijke overbrenging van het kind met zich meebrengt (art. 360-1 B.W. j° art. 1231-2 Ger.W.). Tijdens de parlementaire voorbereiding werd geconcretiseerd dat het meer specifiek gaat om de gevallen waarin alle betrokken partijen – ongeacht hun respectieve nationaliteit – een gewone verblijfplaats hebben in België, *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/11, Verslag namens de commissie voor de justitie, 101. Zie ook K. BOONE, “De hervorming van de adoptiewetgeving. Interne aspecten”, *T.v.W.* 2003, 342; I. MARTENS, “Adoptie. Hervorming intern en interlandelijk adoptierecht”, *NjW* 2006, p. 354, nr. 93.

¹⁴⁶ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/7, Amendement nr. 24 (Maingain en Bacquellaine); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/2, Amendement nr. 1 (Delacroix); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/4, Amendement nr. 19 (Defraigne); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/5, Amendement nr. 21 (De Schamphelaere); *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/5, Subamendement nr. 37 (Defraigne en Cheffert), op amendement nr. 19 (Defraigne), *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/7; Subamendement nr. 39 (Nyssens) op amendement nr. 21 (De Schamphelaere), *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/7. Zie ook in deze zin: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-666/1.

¹⁴⁷ *Cfr.* art. 360-1, 5° B.W.

¹⁴⁸ Ook werd er op gewezen dat men het deze kinderen, die reeds werden geconfronteerd met een culturele ontworteling, niet nog moeilijker mag maken, *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, hoorzitting met F. PASTOR, 40.

¹⁴⁹ In Zweden bleek de adoptie van Chinezen na de inwerkingtreding van de wet gestegen, terwijl de adoptie van kinderen uit de Filippijnen, Vietnam, Belarus en Rusland dan weer was gedaald, *cf. Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 52, 56, 58; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 54-55, 64-65.

geslacht (voorlopig) enkel betrekking heeft op de interne adoptie, was de discussie dan weer volop aan de gang.¹⁵⁰ Uiteindelijk werden de boven vermelde amendementen met een nipte meerderheid verworpen.¹⁵¹

Een koppel van gelijk geslacht kan bijgevolg *principiële* interlandelijk adopteren onder dezelfde voorwaarden als een koppel van ongelijk geslacht.¹⁵² De interlandelijke adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht is *in de praktijk* evenwel problematisch. Hoewel volgens artikel 2.1 van het Haags Adoptieverdrag “één persoon alleen en *echtgenoten*” interlandelijk kunnen adopteren, werd in de Memorie van Toelichting bij de federale goedkeuringswet¹⁵³ nogmaals verduidelijkt dat men onder dit laatste begrip enkel gehuwden van *ongelijk geslacht* mag verstaan.

De interlandelijke adoptie door paren van hetzelfde geslacht valt bijgevolg niet onder het Haags Adoptieverdrag.¹⁵⁴ Gelet op artikel 2.1 van het genoemde verdrag is dit trouwens eveneens het geval voor de interlandelijke adoptie door wettelijke of feitelijke samenwoners. Het voorgaande impliceert niet dat paren van gelijk geslacht (of ongehuwde paren van

¹⁵⁰ Uit een rondvraag die de Nederlandse overheid verrichtte onder enkele landen van herkomst, lieten 16 respondenten (op 25 bevroegden) uitschijnen dat zij hun samenwerking met Nederland niet zouden stopzetten wanneer de interlandelijke adoptie zou worden opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Op grond daarvan diende de Minister van Justitie een voorstel in om de Wobka in die zin aan te passen: zie o.m. Tweede Kamer 2005-06, nr. 30551/2 en 3, Voorstel van wet tot wijziging van Boek I van het B.W. in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wobka in verband met de adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen; Tweede Kamer 2005-06, n° 30551/5, Verslag namens de vaste commissie voor de justitie.

¹⁵¹ *Parl. St.* Kamer, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 86; *Parl. St.* Senaat, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, 79-81.

¹⁵² T. WUYTS, “De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht”, *E.J.* 2006, p. 87, nr. 7.

¹⁵³ *Parl. St.* senaat, 2-259/1, Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp houdende instemming met 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, nr. 80: *Aangezien het om een kiese aangelegenheid gaat, werd in artikel 2 geopteerd voor de mogelijkheid die de minste problemen oplevert, namelijk adopties door “echtgenoten” (man en vrouw) of door een gehuwde of niet gehuwde “persoon”...*

¹⁵⁴ *Parl. St.* Kamer, nr. 51-664/8, Verslag subcommissie familierecht, hoorzitting met prof. F. SWENNEN, 137 en 236-237; F. COLLIENNE, “L’adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste?”, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 967-968; M. TRAEST, “De incorporatie in het Belgische recht van het Haagse Verdrag van 29 mei 1993”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 520; T. WUYTS, “De wet van 18 mei 2006: adoptie toegankelijk voor personen van hetzelfde geslacht”, *E.J.* 2006, p. 87, nr. 7.

ongelijk geslacht) niet interlandelijk zouden kunnen adopteren of dat deze adoptie *a priori* ongeldig is. Integendeel, niets belet hen om een verzoek tot interlandelijke adoptie in te dienen.

A. Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht

437. Voorafgaandelijk aan de interlandelijke adoptie moet steeds worden uitgeklaard of de Belgische rechter internationaal bevoegd is om het adoptieverzoek te behandelen en welk recht hij desgevallend moet toepassen.¹⁵⁵ De beantwoording van deze vragen gebeurt – gelet op de afwezigheid van hogere rechtsregels¹⁵⁶ – aan de hand van het (Belgisch) Wetboek van Internationaal Privaatrecht (hierna: WIPR).

Het meest voorkomende geval van interlandelijke adoptie is dat waarbij een kind vanuit zijn staat van herkomst naar België wordt overgebracht met het oog op de adoptie in België (art. 360-2, 1° B.W.).¹⁵⁷ Enkel die hypothese wordt hierna onderzocht.

1. Internationale bevoegdheid

438. Overeenkomstig artikel 66, 1ste lid WIPR is de Belgische rechter internationaal bevoegd wanneer de adoptant, één van de adoptanten of de geadopteerde bij de instelling van de vordering Belg (*cf.* art. 3 WIPR) is óf zijn gewone verblijfplaats (*cf.* art. 4 WIPR)¹⁵⁸ heeft in België.¹⁵⁹

¹⁵⁵ I. MARTENS, “Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht”, *NjW*2006, p. 354, nr. 94.

¹⁵⁶ Art. 2 Wetboek van Internationaal Privaatrecht. Het Haags Adoptieverdrag bevat immers geen regels in verband met de internationale bevoegdheid en het toepasselijke recht.

¹⁵⁷ M. TRAEST, “De incorporatie van het Haags Adoptieverdrag in de federale adoptiewet”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 536; I. MARTENS, “Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht”, *NjW*2006, p. 354, nr. 93.

¹⁵⁸ Dit is “de verblijfplaats waar de betrokkene zich hoofdzakelijk gevestigd heeft met de intentie om duurzame banden te scheppen” (art. 4, § 2 WIPR).

¹⁵⁹ A. NUYTS, “Art. 66 WIPR. Compétence internationale en matière d’adoption”, in J. ERAUW, M. FALLON, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 347-349. Voor een kritische analyse van de wisselwerking van voormelde artikelen met het B.W. zie F. COLLIERNE, “L’adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste ?”, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 969.

2. Toepasselijk recht

439. Inzake het toepasselijke recht of het conflictenrecht wordt door het WIPR in een verschillende regeling voorzien naargelang de rechtsvraag die rijst. Zo wordt o.m. een onderscheid gemaakt tussen het recht dat van toepassing is op de *voorwaarden voor de totstandkoming van de adoptie*, op de *toestemming*, en op de *wijze van totstandkoming van de adoptie*.

a. Totstandkoming van de adoptie

440. Wat de *voorwaarden voor de totstandkoming van de adoptie* betreft, geldt een bijzondere verwijzingsladder. De eerste aanknopingsfactor is de nationaliteit. Zo zal het Belgische recht van toepassing zijn wanneer het adoptieverzoek uitgaat van een Belgische adoptant of Belgische adoptanten (art. 67, 1ste lid WIPR).

Ondergeschikt is het Belgische recht van toepassing, wanneer beide kandidaat-adoptanten – bij verschillende nationaliteit – hun gewone verblijfplaats in België hebben.

Hebben de kandidaat-adoptanten evenmin een gemeenschappelijke gewone verblijfplaats te België, dan wordt het Belgische recht van toepassing verklaard (art. 67, 2de lid B.W.¹⁶⁰).¹⁶¹

Uitzonderlijk kan het Belgische recht ook worden toegepast indien de rechter van oordeel is dat de toepassing van het buitenlandse recht kennelijk het hogere belang van de geadopteerde zou schaden en de

¹⁶⁰ F. DE BOCK, “Art. 67 WIPR. Recht toepasselijk op de voorwaarden voor de totstandkoming van de adoptie”, in J. ERAUW, M. FALLON, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 356. Terecht werd opgemerkt dat de hypothese waarin de kandidaat-adoptanten, van verschillende nationaliteit, een gewone verblijfplaats hebben in verschillende Staten zich niet dikwijls zal voordoen, minstens zal de adoptie in deze gevallen niet wenselijk lijken; zie F. COLLIENNE, “L’adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste?”, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 972.

¹⁶¹ “Hieruit vloeit voort dat (afgezien van de gevallen waarvan sprake is in het 2de lid, in fine, en in het derde lid van de bepaling) wanneer het nationale recht van de kandidaat-adoptanten of het recht van de staat waarin beide personen gewoonlijk verblijven, geen adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk maakt, de adoptie evenmin in België kan worden toegekend”, cf. *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 70, nr. 59.

adoptant of de adoptanten kennelijk nauwe banden met België hebben.¹⁶² In dit raam rijst bijvoorbeeld de vraag of het adoptieverzoek van een Frans gelijkslachtig paar dat al lange tijd gewoonlijk in België verblijft, op grond van deze bepaling door het Belgisch recht kan worden beheerst (i.p.v. door Frans recht, *cf.* art. 67, 1ste lid WIPR). In de rechtsleer wordt beklemtoond dat het belang van het kind bij deze afweging het voornaamste criterium vormt. Indien er tussen het kind en de kandidaat-adoptanten reeds affectieve banden bestaan, zou men sneller kunnen aannemen dat de toepassing van het Franse recht (dat de adoptie door paren van hetzelfde geslacht niet kent) *in casu* onverenigbaar is met het belang van het kind.¹⁶³

441. Artikel 67 WIPR moet in samenhang worden gelezen met artikel 357 B.W., bijzondere bepaling van internationaal privaatrecht die op haar beurt verwijst naar artikel 344-1 B.W. Uit de combinatie van deze bepalingen blijkt dat ook ingeval het Belgische recht de adoptie *niet* beheerst, alle algemene grondvoorwaarden die gelden inzake de interne adoptie, naar analogie van toepassing zijn op de interlandelijke adoptie.

b. Toestemmingen

442. Artikel 68 WIPR verwijst inzake de *toestemmingen* naar het recht van de staat waar de geadopteerde voorafgaandelijk aan de adoptie zijn gewone verblijfplaats heeft. Deze bepaling moet in samenhang worden gelezen met artikel 358 B.W., eveneens een bepaling van bijzonder internationaal privaatrecht. De combinatie van beide bepalingen heeft tot gevolg dat, ongeacht het toepasselijke recht, het geadopteerde kind van 12 jaar of meer steeds in zijn adoptie moet toestemmen (art. 358, 1ste lid *j*° 348-1 B.W.). Betreft het een adoptie waardoor de banden met de oorspronkelijke

¹⁶² Deze laatste bepaling lijkt aldus een concrete toepassing van de exceptie van internationale openbare orde in te houden. De vraag kan worden gesteld of men uit art. 46, 2de lid WIPR *a contrario* kan afleiden dat de wet die de adoptie door paren van hetzelfde geslacht verbiedt nooit strijdig mag worden geacht met de internationale openbare orde, nu art. 67 WIPR geen soortgelijke bepaling bevat. F. COLLIENNE meent dat deze stelling niet opgaat, omdat een eventuele strijdigheid met de internationale openbare orde *in concreto* moet worden beoordeeld, zie F. COLLIENNE, “L’adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste?”, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 974.

¹⁶³ F. COLLIENNE, “L’adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste?”, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 972-975. Onder het oude recht werd de internationale exceptie van openbare orde reeds ingeroepen om het Nederlandse recht, dat de adoptie van meerderjarigen niet kent, buiten toepassing te laten en de Belgische regels ter zake toe te passen, zie Rb. Antwerpen 25 maart 1997, *T. Not.* 1997, 538.

familie worden doorgesneden, dan vereist de wet bijkomend de toestemming van de ouders of desgevallend de wettelijke vertegenwoordiger (art. 358, 2de lid B.W.).¹⁶⁴

c. Wijze van totstandkoming van de adoptie

443. Artikel 69 WIPR doelt op de vormvereisten van de adoptie. In dit verband wordt een klassieke verwijzingsregel gehanteerd: de wijze van totstandkoming van de adoptie wordt bepaald aan de hand van de regel “*locus regit actum*”. Een adoptie in België van een buitenlands kind wordt bijgevolg beheerst door het Belgische (proces)recht (art. 1231-27 t.e.m. 1231-45 Ger.W.).¹⁶⁵

d. Gevolgen van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht

444. De verwijzingsregel in het WIPR inzake de gevolgen van de adoptie, knoopt het toepasselijke recht vast aan het recht dat van toepassing is op de totstandkoming van de adoptie (art. 70 WIPR). De gevolgcategorie wordt in het WIPR veeleer op beperkende wijze omschreven: enerzijds betreft het de aard van de door de adoptie geschapen band (volle, dan wel gewone adoptie), anderzijds gaat het om de vraag of de geadopteerde al dan niet ophoudt lid te zijn van zijn oorspronkelijke familie.¹⁶⁶

¹⁶⁴ F. DE BOCK, “Art. 68 WIPR. Recht toepasselijk op de toestemming”, in J. ERAUW, M. FALLON, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET (eds.), *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 3; M. PERTEGAS, “Internationale adoptie: algemene problematiek”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nrs. 614. e.v.

¹⁶⁵ F. DE BOCK, “Art. 69 WIPR. Recht toepasselijk op de wijze van de totstandkoming van de adoptie”, in J. ERAUW, M. FALLON, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET (eds.), *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 358; M. PERTEGAS, “Internationale adoptie: algemene problematiek”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 617.

¹⁶⁶ K. SWERTS, “Art. 70 WIPR. Aard van de door de adoptie geschapen band”, in J. ERAUW, M. FALLON, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET (eds.), *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 365; M. PERTEGAS, “Internationale adoptie: algemene problematiek”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 618.

De andere gevolgen van de adoptie (zoals de naam, het ouderlijk gezag, de onderhoudsplicht,...) zijn niet aan een verwijzing onderworpen en worden bijgevolg beheerst door de bijzondere verwijzingsregels eigen aan de materie.¹⁶⁷

B. De matching als potentieel struikelblok

1. Procedure (kort)

445. Alvorens enige stappen met het oog op de interlandelijke adoptie worden ondernomen, moeten de kandidaat-adoptanten een vonnis verkrijgen waaruit hun *bekwaamheid en geschiktheid* blijkt (art. 361-1, 1ste lid B.W.).¹⁶⁸ Dit houdt eveneens in dat voorafgaandelijk een voorbereiding moet worden gevolgd bij de bevoegde dienst van de gemeenschappen (art. 1231-28).¹⁶⁹ Anders dan bij de interne adoptie veronderstelt het verkrijgen van dit vonnis een procedure die *voorafgaat* aan iedere andere fase in de procedure van interlandelijke adoptie.¹⁷⁰

Heeft de rechter zich positief uitgesproken over de geschiktheid van de kandidaat-adoptanten, dan wordt hiervan een *verslag* opgemaakt waarbij alle gegevens over de kandidaat-adoptanten worden verzameld. Deze gegevens hebben onder meer betrekking op de identiteit, de wettelijke bekwaamheid, de persoonlijke achtergrond, de gezinssituatie en de gezondheidstoestand, het sociaal milieu, de levensbeschouwelijke overtuiging, de beweegredenen en de geschiktheid om een interlandelijke

¹⁶⁷ Zie de uiteenzetting en de voorbeelden in: I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE en M. VERWILGHEN, "Le nouveau droit fédéral de l'adoption", *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 107 e.v.. Verder ook: K. SWERTS, "Art. 70 WIPR. Aard van de door de adoptie geschapen band", in J. ERAUW, M. FALLON, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 366; M. PERTEGAS, "Internationale adoptie: algemene problematiek", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 619.

¹⁶⁸ Jeugdrb. Charleroi 4 januari 2006, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 445; Jeugdrb. Charleroi 23 december 2005, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 439.

¹⁶⁹ Hierover kritisch: F. DE BOCK, "Art. 67 WIPR. Recht toepasselijk op de voorwaarden voor de totstandkoming van de adoptie", in J. ERAUW, M. FALLON, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 358.

¹⁷⁰ I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW*2006, p. 356, nr. 104; M. TRAEST, "De incorporatie van het Haags Adoptieverdrag in de federale adoptiewet", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 538.

adoptie aan te gaan, alsook op de kinderen waarvoor de kandidaat-adoptanten de zorg op zich zouden kunnen nemen (art. 1231-32 Ger.W.).

Nadat de adoptanten in het land van opvang¹⁷¹ werden gescreeend en het verslag is doorgespeeld aan de bevoegde autoriteiten van het land van herkomst, zullen deze laatste tot *matching* kunnen overgaan. Dit houdt in dat de betrokken adoptiediensten autonoom nagaan of een kind, waarvan de adopteerbaarheid al officieel is vastgesteld, in aanmerking komt voor de adoptie door de *betreffende* kandidaat-adoptanten.¹⁷² De nationale autoriteiten zullen die personen aanwijzen die het kind de meest geschikte omgeving en de beste waarborgen bieden voor een goede integratie.¹⁷³ Belangrijk is dat de adoptiediensten over de volledige vrijheid beschikken om het kind al dan niet aan de kandidaat-adoptanten toe te wijzen.¹⁷⁴ Het is duidelijk dat de houding van (de autoriteiten van) het land van herkomst ten overstaan van de adoptie door paren van gelijk geslacht allesbepalend is voor het welslagen van de interlandelijke adoptie. Landen zoals China en Rusland staan niet toe dat een kind zou worden geadopteerd door een gelijkslachtig paar.¹⁷⁵

446. Indien aan alle grond-, vorm- en procedurevoorwaarden¹⁷⁶ is voldaan en beide centrale autoriteiten het licht op groen hebben gezet door middel van hun schriftelijke instemming (zgn. *point of no return*¹⁷⁷), kan het kind naar België worden overgebracht met het oog op zijn adoptie in België (art. 1231-40 e.v. Ger.W.). Deze laatste beslissing is in de regel dan een loutere formalisering van wat reeds door de centrale autoriteiten van beide landen werd beslist.¹⁷⁸

¹⁷¹ Cf. art. 360-1, 5° B.W.

¹⁷² I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW* 2006, p. 358, nr. 111.

¹⁷³ M. TRAEEST, "De incorporatie van het Haags Adoptieverdrag in de federale adoptiewet", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 542.

¹⁷⁴ *Ibid.*, nr. 545.

¹⁷⁵ Informatie verstrekt door Horizon, "Buitenlandse adoptiedienst" in Oost-Vlaanderen.

¹⁷⁶ Art. 361-3 B.W. Zie uitgebreid: M. TRAEEST, "De incorporatie van het Haags Adoptieverdrag in de federale adoptiewet", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 545-548.

¹⁷⁷ I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NjW* 2006, p. 358, nr. 111.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 358, nr. 113.

2. Opportuniteit van de interlandelijke adoptie door paren van hetzelfde geslacht

447. De wetgever heeft de principiële keuze gemaakt om de adoptie voor paren van gelijk geslacht niet te beperken tot de inlandse adoptie. In de parlementaire voorbereiding was niet iedereen het in dezelfde mate met deze keuze eens (*cf. supra* nr. 436). Los van de opmerking dat België zijn positie ten opzichte van de landen van herkomst in gevaar bracht, werd ook meermaals gewezen op de geringe slaagkansen van de adoptie.¹⁷⁹ In Zweden, waar de interlandelijke adoptie door paren van hetzelfde geslacht sinds 2003 in de wet is ingeschreven, bleek deze vorm van adoptie bijvoorbeeld nog niet te hebben plaatsgevonden.¹⁸⁰ Onder meer gelet op de zware procedure, achtte men het dan ook niet verkieslijk om verwachtingen te scheppen die in de praktijk niet zouden kunnen worden waargemaakt.¹⁸¹ Hoewel er voor dit laatste argument heel wat te zeggen valt, werd gedurende de parlementaire voorbereiding de stelling verdedigd dat het niet wenselijk was om de inhoud van het Belgische recht te laten afhangen van “*een discriminerend beleid dat eventueel in het buitenland zou worden gevoerd ten aanzien van holebi's*”.¹⁸² Gesteld werd dat de maatschappij aan evolutie onderhevig is en dat elk land *zelf* bepaalt in welke mate zijn wetgeving tegemoet komt aan deze evoluties.¹⁸³ Nochtans kan m.i. niet worden tegengesproken dat de geboden mogelijkheid voorlopig veeleer symbolisch is.¹⁸⁴

¹⁷⁹ *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de subcommissie familierecht, hoorzitting met dhr. D. DEHOU, 205.

¹⁸⁰ *Ibid.*, 202. Ook werd gesteld dat de adoptie door koppels van gelijk geslacht niet wordt aanvaard door de landen waarmee de Belgische adoptiediensten samenwerken, *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/6, Verslag namens de commissie voor de justitie, hoorzitting met mevrouw F. PASTOR, 39 e.v.

¹⁸¹ Zie in dezelfde zin: Tweede Kamer 2005-06, nr. 30551/4, Advies Raad van State en nader rapport.

¹⁸² *Cfr. Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de subcommissie familierecht, hoorzitting met dhr. J. LABENS, 195; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 59.

¹⁸³ *Ibid.*, 57. Bovendien werd de uitsluiting hypocriet genoemd, gelet op het feit dat één partner van een gelijkslachtig koppel reeds tot de adoptie kan overgaan, waarna de andere dan eventueel tot een binnenlandse stiefouderadoptie kan overgaan, *cf. Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de subcommissie familierecht, hoorzitting met prof F. SWENNEN, 138.

¹⁸⁴ *Cf. Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de subcommissie familierecht, hoorzittingen met dhr. D. DEHOU, 205 en 230.

§ 2. BIJZONDER PROBLEEM VAN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT: DE ERKENNING VAN BELGISCHE ADOPTIEBESLISSINGEN IN HET BUITENLAND

448. In het bijzonder voor de (interlandelijke én de interne) adoptie door paren van hetzelfde geslacht rijst een bijkomend probleem van internationaal privaatrecht. Meer bepaald gaat het om de vraag of een Belgisch adoptievonniss dat betrekking heeft op een adoptie door paren van hetzelfde geslacht in het buitenland mag en/of zal worden erkend.¹⁸⁵

449. Aangezien deze adoptievorm niet onder het Haags Adoptieverdrag valt, is een automatische erkenning van het vonnis in het buitenland uitgesloten (art. 23).¹⁸⁶ De erkenning van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht zal bijgevolg afhangen van de nationale internationaal privaatrechtelijke regels die in het betrokken land gelden inzake de erkenning.¹⁸⁷ Hierbij kan nog worden opgemerkt dat men zich in het internationale recht ook kan beroepen op de exceptie van internationale openbare orde om de erkenning van de adoptie te weigeren.¹⁸⁸ In een functionele opvatting¹⁸⁹, houdt de exceptie van internationale openbare orde geen veroordeling in van het buitenlandse recht wegens de inhoud ervan, maar wel de vaststelling dat dit buitenlandse recht onmogelijk kan worden toegepast wegens de gevolgen ervan voor het specifieke geval. In landen waar de adoptie eveneens is opengesteld voor paren van hetzelfde geslacht, zal zich hieromtrent uiteraard geen probleem voordoen. De houding van de andere landen, blijft daarentegen voorlopig nog een vraagteken. Het risico op hinkende rechtsverhoudingen (zgn. ‘situations

¹⁸⁵ Idem: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de commissie voor de justitie, 28. Met betrekking tot deze materie kan een parallel worden getrokken naar de erkenning in het buitenland van een huwelijk gesloten door personen van gelijk geslacht.

¹⁸⁶ Het adoptieverdrag voorziet in een erkenning van rechtswege in alle verdragsstaten van een in een andere verdragsstaat uitgesproken procedure, op voorwaarde dat de door het verdrag opgelegde procedure is gevolgd, zie M. PERTEGAS, “Internationale adoptie: algemene problematiek”, in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 583.

¹⁸⁷ Vgl. subsidiaire toepassing art. 2 WIPR.

¹⁸⁸ In dezelfde zin: *Parl. St. Kamer*, nr. 51-664/8, Verslag namens de subcommissie familierecht, hoorzitting met prof. F. SWENNEN, 137; *Parl. St. Kamer*, nr. 51-393/2, Advies Raad van State, p. 69, nr. 56.

¹⁸⁹ Zoals die ook wordt gehuldigd in het WIPR, zie *Parl. St. Senaat*, nr. 3-27/1, Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, 49.

boiteuses'¹⁹⁰) is dan ook reëel.¹⁹¹ Het afsluiten van bilaterale verdragen zou deze onzekerheid eventueel kunnen wegnemen.¹⁹²

¹⁹⁰ Vgl. J.-Y. CARLIER, "Art. 46 WIPR. Formation du mariage", in J. ERAUW, M. FALLON, J. MEEUSEN, M. PERTEGASSENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 252.

¹⁹¹ F. COLLIENNE, "L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste?", *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 984.

¹⁹² Zie in die zin *Parl. St. Kamer*, nr. 51-1144/1, Memorie van toelichting, 5; *Parl. St. Senaat*, nr. 3-1460/5, Amendement nr. 36 (De Schamphelaere).

HOOFDSTUK VI. BESLUIT

450. Met de openstelling van de adoptie is de wetgever enerzijds tegemoet gekomen aan de ongelijke behandeling van kinderen die slechts één ouder hebben en mee worden opgevoed door een derde en anderzijds aan de kinderwens van paren van hetzelfde geslacht. De wetgever oordeelde dat er geen objectieve redenen voorhanden zijn die een ongelijke behandeling van personen van gelijk geslacht rechtvaardigen op het vlak van de toegang tot de adoptie. Sinds de Wet van 18 mei 2006 kunnen paren van gelijk geslacht aan de ene kant elkaars kinderen adopteren, of aan de andere kant, een gezamenlijk adoptieproject op poten zetten.

451. Behalve de voorwaarden inzake de burgerlijke staat van de adoptant, werden de *grondvoorwaarden* voor de adoptie niet gewijzigd. De adoptie door paren van hetzelfde geslacht moet bijgevolg op wettige redenen berusten en in het hoger belang van het kind zijn, de nodige toestemmingen moeten worden bekomen, en tot slot zal de bekwaamheid en geschiktheid van de adoptanten *in concreto* moeten worden onderzocht. De vervulling van de grondvoorwaarden biedt in beginsel voldoende waarborgen opdat het kind terecht zou komen in een veilig en stabiel milieu. Een probleem dat in dit raam kan rijzen is de adoptie na een voorafgaande draagmoederschapsovereenkomst. De rechtspraak is het er niet over eens of dit al dan niet een onwettige reden kan uitmaken in de zin van artikel 344-1 B.W.

452. De *gevolgen* van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht zijn identiek aan die van de adoptie door paren van verschillend geslacht, met uitzondering van de naamgeving. Deze werd aangepast aan het bijzondere karakter van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht. In de regel wordt de kandidaat-adoptanten een principieel keuzerecht toegekend, waarop (bij de gewone) adoptie naargelang de situatie bij wijze van uitzondering variaties mogelijk zijn. Op twee punten heeft deze naamregeling een mogelijke ongelijke behandeling ingevoerd van kinderen die door een paar van ongelijk geslacht werden geadopteerd.

453. De *interlandelijke adoptie door paren van hetzelfde geslacht* valt niet onder het Haags Adoptieverdrag. Omdat de landen van herkomst vrij zijn om

hun medewerking te weigeren, is de uitkomst van een interlandelijk adoptieverzoek van twee personen van gelijk geslacht onzeker. Nog op internationaal privaatrechtelijk vlak rijst ook omtrent de *erkenning* van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht in het buitenland een probleem. Een beroep op de exceptie van internationale openbare orde is in deze niet ondenkbaar, waardoor hinkende rechtsverhoudingen dreigen te ontstaan.

454. De Wet van 18 mei 2006 is ongetwijfeld een mijlpaal in de Belgische rechtsgeschiedenis. Voor het eerst kunnen twee vrouwen of twee mannen tegelijkertijd (juridische) ouder zijn ten aanzien van hetzelfde kind. Vooralsnog lijken het voornamelijk de stief- of meouders die hun toegekende rechten daadwerkelijk in de praktijk kunnen realiseren.¹⁹³

¹⁹³ In dezelfde zin: F. COLLIENNE, “L’adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste ?”, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 985.

BIJLAGEN



BURGERLIJK WETBOEK*

(*Code Napoléon*, 3 september 1807)

[TITEL VIII. ADOPTIE]

Titel VIII, boek I B.W. (art. 343-370) volledig vervangen bij art. 2 W. 24 april 2003 (*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)).

Hoofdstuk I. Intern recht

AFDELING I. ALGEMENE BEPALING

343. § 1. Er wordt verstaan onder:

- a) adoptant: een persoon, echtgenoten [...], of samenwonenden [...];
- b) [samenwonenden: twee personen [...] die een verklaring van wettelijke samenwoning hebben afgelegd of twee personen [...] die op een permanente en affectieve wijze samenwonen sedert ten minste drie jaar op het tijdstip van de indiening van het verzoek om adoptie, voor zover zij niet door een band van bloedverwantschap of aanverwantschap zijn verbonden die leidt tot een huwelijksverbod waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen];
- c) kind: een persoon van minder dan achttien jaar.

§ 2. Er bestaan twee vormen van adoptie: de gewone adoptie en de volle adoptie.

Gewijzigd bij art. 241 W. 27 december 2004 (*B.S.* 31 december 2004, ed. 2).

Gewijzigd bij art. 2 W. 18 mei 2006 (*B.S.* 20 juni 2006, ed. 2).

[...]

* Deze gecoördineerde versie van de wetgeving inzake adoptie en inzake verblijf en omgang na de wetten van 18 mei 2006 en 18 juli 2006 werd verzorgd door Tim Wuyts, aspirant FWO-Vlaanderen (K.U.Leuven).

AFDELING III. BEPALINGEN EIGEN AAN IEDERE VORM VAN ADOPTIE

§ 1. Gewone adoptie

A. Gevolgen

353-1. [§ 1.] De adoptie verleent aan de geadopteerde in plaats van zijn naam, die van zijn adoptant of bij gelijktijdige adoptie door twee echtgenoten of samenwonenden, die van de man.

De partijen kunnen evenwel de rechtbank vragen dat de geadopteerde zijn naam behoudt, voorafgegaan of gevolgd door die van de adoptant of van de adopterende man.

Ingeval de geadopteerde en de adoptant of de adopterende man dezelfde naam hebben, wordt de naam van de geadopteerde niet gewijzigd.

[§ 2. In geval van gelijktijdige adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht, verklaren die personen, in onderlinge overeenstemming, voor de rechtbank wie van beiden zijn naam zal geven aan de geadopteerde. Van die verklaring wordt melding gemaakt in het vonnis.

De partijen kunnen de rechtbank evenwel vragen dat de geadopteerde zijn naam behoudt, voorafgegaan of gevolgd door de overeenkomstig het eerste lid, gekozen naam.

Ingeval de geadopteerde en de adoptant wiens naam overeenkomstig het eerste lid, werd gekozen dezelfde naam hebben, wordt de naam van de geadopteerde niet gewijzigd.]

Hernummerd en aangevuld bij art. 3 W. 18 mei 2006 (*B.S.* 20 juni 2006, 2^e ed.).

353-2. [§ 1.] Indien een man het adoptief kind van zijn echtgenote of van de persoon met wie hij samenwoont adopteert of in het geval van een nieuwe adoptie zoals bepaald in artikel 347-1, komt de naam van de nieuwe adoptant of van de nieuwe adopterende man in de plaats van die van de geadopteerde, ongeacht of de naam van deze laatste bij de vorige adoptie behouden of veranderd werd.

Indien de naam van de geadopteerde bij de vorige adoptie vervangen werd door die van de adoptant, kunnen de partijen de rechtbank vragen dat de nieuwe naam van de geadopteerde samengesteld zal zijn uit de naam die hij bij die vorige adoptie heeft gekregen, voorafgegaan of gevolgd door die van de nieuwe adoptant of van de nieuwe adopterende man.

Indien, bij de vorige adoptie, de naam van de adoptant aan die van de geadopteerde toegevoegd werd, kunnen de partijen de rechtbank vragen dat de naam van de geadopteerde voortaan samengesteld zal zijn uit de oorspronkelijke naam van deze laatste of de naam van de vorige adoptant, voorafgegaan of gevolgd door die van de nieuwe adoptant of van de nieuwe adopterende man.

De geadopteerde die vóór een vorige adoptie, dezelfde naam droeg als de nieuwe adoptant of als de nieuwe adopterende man, verkrijgt die naam ongewijzigd opnieuw.

[§ 2. Als iemand het kind of het adoptief kind van zijn echtgenoot van hetzelfde geslacht of van de persoon van hetzelfde geslacht met wie hij samenleeft adopteert, verklaren deze laatste en de adoptant voor de rechtbank in onderlinge overeenstemming wie van beiden zijn naam aan de geadopteerde zal geven. Van die verklaring wordt melding gemaakt in het vonnis.

Als naar aanleiding van een vorige adoptie de naam van de adoptant is toegevoegd aan die van de geadopteerde, kunnen de partijen de rechtbank verzoeken dat de naam van deze laatste voortaan is samengesteld uit de oorspronkelijke naam van de geadopteerde of de naam van de vorige adoptant, voorafgegaan of gevolgd door de naam die overeenkomstig artikel 353-1, § 2, eerste lid, is gekozen.

De geadopteerde die vóór een vorige adoptie dezelfde naam droeg als die welke overeenkomstig artikel 353-1, § 2, eerste lid, is gekozen, neemt die naam zonder wijziging over.]

Her Nummerd en aangevuld bij art. 4 W. 18 mei 2006 (*B.S.* 20 juni 2006, ed. 2).

353-3. [Is de geadopteerde ouder dan achttien jaar, dan kunnen de partijen de rechtbank vragen dat de naam van de geadopteerde onveranderd blijft of, ingeval de geadopteerde zijn naam bij een vorige adoptie heeft behouden, dat hij hem kan doen voorafgaan of volgen door die van de nieuwe adoptant of van de nieuwe adopterende man of van de door de adoptanten overeenkomstig artikel 353-1, § 2, eerste lid, gekozen naam.]

Vervangen bij art. 5 W. 18 mei 2006 (*B.S.* 20 juni 2006, ed. 2).

353-4. De adoptie door een vrouw van het kind of adoptief kind van haar echtgenoot of van de persoon met wie zij samenwoont brengt geen wijziging in de naam van de geadopteerde.

[**353-4bis.** De door de adoptanten overeenkomstig de artikelen 353-1, § 2, en 353-2, § 2, gekozen naam geldt ook voor de later door hen geadopteerde kinderen.]

Ingevoegd bij art. 6 W. 18 mei 2006 (*B.S.* 20 juni 2006, ed. 2).

353-5. Voor de verzoeken bedoeld in de artikelen [353-1, § 1, tweede lid, 353-1, § 2, tweede lid, 353-2, § 1, tweede en derde lid, 353-2, § 2, tweede lid, en 353-3] is de instemming vereist van de adoptant of van de adoptanten, van de geadopteerde ouder dan twaalf jaar en indien hij minder dan achttien jaar oud is, van de personen die krachtens de artikelen 348-3, 348-5, 348-6 of 348-7, moeten toestemmen in de adoptie.

Bij gebreke van overeenstemming beslist de rechtbank in het hoger belang van het kind en met eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen.

Gewijzigd bij art. 7 W. 18 mei 2006 (*B.S.* 20 juni 2006, ed. 2).

353-6. De naamsverandering van de geadopteerde als gevolg van de adoptie, geldt mede voor diens afstammelingen, zelfs geboren vóór de adoptie.

De afstammelingen in de eerste graad ouder dan achttien jaar kunnen evenwel verklaren hun naam voor zichzelf en voor hun afstammelingen te behouden. Dit recht wordt uitgeoefend door hiertoe, binnen de vijftien dagen na de kennisgeving bedoeld in artikel 1231-4, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, een verzoekschrift te richten aan de rechtbank die over de adoptie uitspraak moet doen. Akte van de wil de naam te behouden wordt verleend in het beschikkend gedeelte van het vonnis.

[...]

§ 2. Volle adoptie

[...]

B. Gevolgen

[...]

356-2. [§ 1.] Door de volle adoptie verkrijgt het kind in plaats van zijn naam die van de adoptant of van de adopterende man.

Volle adoptie door een vrouw van het kind of van het adoptief kind van haar echtgenoot of van de persoon met wie zij samenwoont brengt evenwel geen wijziging mee in de naam van het kind.

[§ 2. In geval van gelijktijdige volle adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht, verklaren die personen, in onderlinge overeenstemming, voor de rechtbank wie van beiden zijn naam zal geven aan de geadopteerde. Van die verklaring wordt melding gemaakt in het vonnis.

In geval van volle adoptie door een persoon van het kind of het adoptiekind van zijn echtgenoot van hetzelfde geslacht of van de persoon van hetzelfde geslacht met wie hij samenleeft, verklaren de adoptant en laatstgenoemde, in onderlinge overeenstemming, voor de rechtbank wie van beiden zijn naam aan de geadopteerde zal geven. Van die verklaring wordt melding gemaakt in het vonnis.

De door de adoptanten overeenkomstig het eerste en tweede lid gekozen naam geldt ook voor de later door hen geadopteerde kinderen.]

Hernummerd en aangevuld bij art. 8 W. 18 mei 2006 (*B.S.* 20 juni 2006, ed. 2).

[...]

TITEL IX. [OUDERLIJK GEZAG]

Opschrift vervangen bij art. 39 W. 31 maart 1987 (*B.S.* 27 mei 1987).

AFDELING I. DE PERSOON VAN HET KIND

371. [Een kind en zijn ouders zijn op elke leeftijd aan elkaar respect verschuldigd.]

Vervangen bij art. 5 W. 13 april 1995 (*B.S.* 24 mei 1995).

372. [Een kind blijft onder het gezag van zijn ouders tot aan zijn meerderjarigheid of zijn ontvoogding.]

Vervangen bij art. 6 W. 13 april 1995 (*B.S.* 24 mei 1995).

373. [Wanneer de ouders samenleven, oefenen zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uit.

Ten opzichte van derden die te goeder trouw zijn, wordt elke ouder geacht te handelen met instemming van de andere ouder wanneer hij, alleen, een handeling stelt die met dat gezag verband houdt behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen.

Bij gebreke van instemming kan één van beide ouders de zaak bij de jeugdrechtbank aanhangig maken.

De rechtbank kan één van de ouders toestemming verlenen alleen op te treden voor één of meer bepaalde handelingen.]

Vervangen bij art. 7 W. 13 april 1995 (*B.S.* 24 mei 1995).

[374. [[§ 1.] Wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen en geldt het in artikel 373, tweede lid, bepaalde vermoeden.

Bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes of wanneer deze overeenstemming strijdig lijkt met het belang van het kind, kan de bevoegde rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdragen aan één van beide ouders.

Hij kan eveneens bepalen welke beslissingen met betrekking tot de opvoeding alleen met instemming van beide ouders kunnen worden genomen.

Hij bepaalt de wijze waarop de ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, persoonlijk contact met het kind onderhoudt. Dat persoonlijk contact kan enkel om bijzonder ernstige redenen worden geweigerd. De ouder die niet het ouderlijk gezag

uitoefent, behoudt het recht om toezicht te houden op de opvoeding van het kind. Hij kan bij de andere ouder of bij derden alle nuttige informatie hieromtrent inwinnen en zich in het belang van het kind tot de jeugdrechtbank wenden.

In elk geval bepaalt de rechter de wijze waarop het kind wordt gehuisvest en de plaats waar het in het bevolkingsregister wordt ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf.]]

[§ 2. Ingeval de ouders niet samenleven en hun geschil bij de rechtbank aanhangig wordt gemaakt, wordt het akkoord over de huisvesting van de kinderen door de rechtbank gehomologeerd, tenzij het akkoord kennelijk strijdig is met het belang van het kind.

Bij gebrek aan akkoord, in geval van gezamenlijk ouderlijk gezag, onderzoekt de rechtbank op vraag van minstens één van de ouders bij voorrang de mogelijkheid om de huisvesting van het kind op een gelijkmatige manier tussen de ouders vast te leggen.

Ingeval de rechtbank echter van oordeel is dat de gelijkmatig verdeelde huisvesting, niet de meest passende oplossing is, kan zij evenwel beslissen om een ongelijk verdeeld verblijf vast te leggen.

De rechtbank oordeelt in ieder geval bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, en rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak en het belang van de kinderen en de ouders.]

Opnieuw opgenomen bij art. 41 W. 31 maart 1987 (*B.S.* 27 mei 1987).

Vervangen bij art. 8 W. 13 april 1995 (*B.S.* 24 mei 1995).

§ 1 hernummerd en § 2 toegevoegd bij art. 2 W. 18 juli 2006 (*B.S.* 4 september 2006).

[**375.** Indien de afstamming niet is vastgesteld ten aanzien van een van de ouders of indien een van beiden overleden of afwezig is dan wel in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven, oefent de andere dat gezag alleen uit.

[Als van beide ouders er geen overblijft die in staat is het ouderlijk gezag uit te oefenen, moet een voogdijregeling worden uitgewerkt.]]

Opnieuw opgenomen bij art. 42 W. 31 maart 1987 (*B.S.* 27 mei 1987).

Gewijzigd bij art. 9 W. 13 april 1995 (*B.S.* 24 mei 1995).

[...]

AFDELING II. DE GOEDEREN VAN HET KIND

[...]

[**387bis.** In alle gevallen, en onverminderd de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtsprekend in kort geding overeenkomstig artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek, kan de jeugdrechtbank in het belang van het kind, op verzoek van beide ouders of van één van hen, dan wel van de procureur des Konings alle beschikkingen met betrekking tot het ouderlijk gezag opleggen of wijzigen.]

[Onverminderd artikel 1734 van het Gerechtelijk Wetboek, poogt de rechtbank de partijen te verzoenen. Zij verstrekt hen alle nuttige inlichtingen over de rechtspleging en in het bijzonder over het nut een beroep te doen op de in het zevende deel van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde bemiddeling. Indien zij vaststelt dat een toenadering mogelijk is, kan zij de schorsing van de procedure bevelen, teneinde de partijen de mogelijkheid te bieden alle nuttige inlichtingen hierover in te winnen en het bemiddelingsproces op te starten. De duur van de schorsing mag niet meer dan één maand bedragen.

De rechtbank kan, zelfs ambtshalve, een voorafgaande maatregel bevelen teneinde de vordering te onderzoeken of de toestand van de partijen voor een termijn die zij vaststelt, voorlopig te regelen.

Ingeval een dergelijke vordering voor het eerst bij de jeugdrechtbank aanhangig wordt gemaakt, en behoudens overeenstemming van alle partijen en van de procureur des Konings, beslist de jeugdrechtbank over een voorlopige regeling. De zaak kan tijdens een latere zitting opnieuw worden onderzocht, op een datum die ambtshalve vastgelegd wordt in het vonnis, binnen een termijn die één jaar niet te boven mag gaan, en onverminderd een nieuwe oproeping op een vroegere datum, zoals is aangegeven in het volgende lid:

De zaak blijft ingeschreven op de rol van de jeugdrechtbank tot de kinderen op wie het geschil betrekking heeft, ontvoegd zijn of de leeftijd van wettelijke meerderjarigheid hebben bereikt. In geval van nieuwe elementen, kan de zaak opnieuw voor de rechtbank worden gebracht bij conclusie of bij een schriftelijk verzoek dat wordt neergelegd bij of gericht is aan de griffie.

Artikel 730, § 2, a), van het Gerechtelijk Wetboek is niet van toepassing op deze zaken.]

Artikel ingevoegd bij art. 15 W. 13 april 1995 (B.S. 24 mei 1995).

Tweede tot zesde lid toegevoegd bij art. 3 W. 18 juli 2006 (B.S. 4 september 2006).

[**387ter.** § 1. Ingeval één van de ouders weigert de rechterlijke beslissingen met betrekking tot de huisvesting van de kinderen of het recht op persoonlijk contact uit te voeren, kan de zaak opnieuw voor de bevoegde rechter worden gebracht. In afwijking van artikel 569, 5°, van het Gerechtelijk Wetboek, is de bevoegde rechter degene die de niet-nageleefde beslissing heeft gewezen, tenzij de zaak inmiddels bij een andere rechter aanhangig is gemaakt, in welk geval de vordering voor deze laatste wordt gebracht.

De rechter doet uitspraak met voorrang boven alle andere zaken.

Behalve in geval van dringende noodzakelijkheid, kan hij onder meer:

- nieuwe onderzoeksmaatregelen verrichten, zoals een maatschappelijke enquête of een deskundigenonderzoek;
- een poging tot verzoening ondernemen;
- de partijen voorstellen gebruik te maken van de in artikel 387bis bepaalde bemiddeling.

Hij kan nieuwe beslissingen nemen met betrekking tot het ouderlijk gezag of de huisvesting van het kind.

Onverminderd strafvervolging kan hij de partij die het slachtoffer is van de miskenning van de in het eerste lid bedoelde beslissing toestaan een beroep te doen op dwangmaatregelen. Hij bepaalt de aard van deze maatregelen en de nadere regels betreffende de uitoefening ervan, rekening houdend met het belang van het kind en wijst, indien hij zulks nodig acht, de personen aan die gemachtigd zijn de gerechtsdeurwaarder te vergezellen voor de tenuitvoerlegging van zijn beslissing.

De rechter kan een dwangsom uitspreken om te waarborgen dat de te nemen beslissing zal worden nageleefd en, in die hypothese, stellen dat voor de tenuitvoerlegging van die dwangsom, artikel 1412 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is.

De beslissing is van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad.

§ 2. Dit artikel is eveneens van toepassing wanneer de rechten van de partijen geregeld zijn door een overeenkomst zoals voorzien in artikel 1288 van het Gerechtelijk Wetboek. In dit geval, en onverminderd § 3, wordt de zaak bij de rechtbank aanhangig gemaakt door middel van een verzoekschrift op tegenspraak.

§ 3. In geval van absolute noodzaak, en onverminderd de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, kan bij eenzijdig verzoekschrift de toestemming worden gevraagd om een beroep te doen op de dwangmaatregelen als bedoeld in § 1. De artikelen 1026 tot 1034 van het Gerechtelijk Wetboek zijn van toepassing. De verzoekende partij moet het verzoekschrift staven met alle dienstige stukken die aantonen dat de weigerende partij daadwerkelijk werd aangemaand haar verplichtingen na te komen en dat zij zich heeft verzet tegen de tenuitvoerlegging van de beslissing.

De inschrijving van het verzoekschrift is kosteloos. Het verzoekschrift wordt gevoegd bij het dossier van de rechtspleging die aanleiding heeft gegeven tot de beslissing die niet werd nageleefd, tenzij de zaak inmiddels bij een andere rechter aanhangig is gemaakt.

§ 4. Dit artikel doet geen afbreuk aan de internationale bepalingen die België verbinden op het vlak van de internationale ontvoering van kinderen.]

Ingevoegd bij art. 4 W. 18 juli 2006 (*B.S.* 4 september 2006).

GERECHTELIJK WETBOEK

(B.S. 31 oktober 1967)

1412. [[De beperkingen en uitsluitingen waarin de artikelen 1409, 1409*bis* en 1410, § 1, § 2, 1° tot 7°, § 3 en § 4 voorzien, zijn niet van toepassing:]

1° wanneer de overdracht of het beslag wordt verricht wegens de onderhoudsverplichtingen bedoeld in de artikelen 203, 203*bis*, 205, 206, 207, 213, 223, 301, 303, 306, 307, 336 of 364 van het Burgerlijk Wetboek, in artikel 1280, eerste lid, van dit Wetboek of in een overeenkomst, gesloten krachtens artikel 1288 of 1306 van dit Wetboek;

2° wanneer het loon, het pensioen of de toelage moet worden uitgekeerd aan de echtgenoot of aan een andere uitkeringsgerechtigde bij toepassing van de artikelen 203*ter*, 221, 301*bis* van het Burgerlijk Wetboek of van artikel 1280, vijfde lid, van dit Wetboek.

Wanneer de bedragen die aan de [onderhoudsplichtige] verschuldigd zijn hem geheel of gedeeltelijk niet mogen worden uitgekeerd om een van de redenen in het eerste lid bedoeld, zijn die bedragen slechts vatbaar voor overdracht of beslag om een andere reden, tot beloop van het bedrag dat is vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van dit hoofdstuk, verminderd met de bedragen die zijn overgedragen, in beslag genomen of aan de echtgenoot of de uitkeringsgerechtigde betaald, krachtens de wetbepalingen die in het eerste lid worden genoemd.]

[3° wanneer de rechter artikel 387*ter*, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek heeft toegepast.]

Vervangen bij art. 87 W. 31 maart 1987 (B.S. 27 mei 1987).

Gewijzigd bij art. 11 W. 14 januari 1993 (B.S. 20 februari 1993).

3° toegevoegd bij art. 5 W. 18 juli 2006 (B.S. 4 september 2006).

