

Vergaderjaar 2019–2020

34 605

Voorstel van wet van de leden Bergkamp en Van Wijngaarden tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet basisregistratie personen in verband met het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag door erkenning

Nr. 6

MEMORIE VAN TOELICHTING ZOALS GEWIJZIGD NAAR AANLEIDING VAN HET ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE

I ALGEMEEN

1. Inleiding

De ongehuwde partner van de moeder die zijn of haar kind erkent, verkrijgt niet automatisch het gezag. Gehuwde ouders krijgen wel van rechtswege het gezamenlijk gezag.¹ De initiatiefnemers vinden dat dit onderscheid niet past in de veranderde maatschappij waarin steeds meer mensen bewust samenwonen en kinderen krijgen zonder gehuwd te zijn. Zo wordt meer dan de helft van de eerstgeborenen buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren.² Dat de samenleving is veranderd, volgt ook uit statistieken: ouders van 4 op de 10 baby's zijn niet gehuwd en twintigers en dertigers trouwen steeds minder.³

Omdat de samenlevingsvorm van ouders tegenwoordig te weinig zegt over de intentie tot een duurzame opvoedingsrelatie stellen initiatiefnemers voor om ook ongehuwde partners bij erkenning van een kind van rechtswege het gezamenlijk gezag te laten verkrijgen. Hiermee wordt het belang van het kind gediend. Dit wordt beaamd door zowel de vereniging van Familie- en erfrecht Advocaten Scheidingsmediators als de Nederlandse Orde van Advocaten.

Het niet automatisch verkrijgen van gezamenlijk gezag na de geboorte van het kind kan in verschillende gevallen tot schrijnende situaties leiden. In paragraaf 3.4 en hoofdstuk 9 wordt hier nader op ingegaan.

¹ Waar in deze memorie van toelichting «huwelijk», «(on)gehuwde ouders», «gehuwd» of «getrouwd» staat, wordt steeds – tenzij anders is aangegeven of vanwege de duidelijkheid wel wordt vermeld – ook bedoeld: «geregistreerd partnerschap» of «(niet-)geregistreerde partners».

² Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap, *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*, o.a. p. 408.

³ Zie voor meer statistieken: <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/81485ned/table?dl=AE33>.

Dit wetsvoorstel bewerkstelligt gezamenlijk gezag van rechtswege voor ongehuwde partners bij erkenning van een kind. Daarmee worden vier belangrijke verbeteringen doorgevoerd ten opzichte van de huidige wettelijke regeling:

1. Het beter waarborgen van het belang van het kind (*paragraaf 3.1*);
2. Het wegnemen van het niet te rechtvaardigen onderscheid tussen kinderen geboren uit gehuwde ouders enerzijds en uit ongehuwde ouders anderzijds met betrekking tot de uitoefening van het gezag (*paragraaf 3.2*);
3. Het in dit verband zodanig aanpassen van de wet dat de bepalingen beter aansluiten op de behoeften van de veranderde samenleving (*paragraaf 3.3*);
4. Het wegnemen van de problemen die door de huidige regelgeving worden veroorzaakt (*paragraaf 3.4*).

Op het voorgestelde gezamenlijk gezag van rechtswege bestaan een paar uitzonderingen. Deze uitzonderingen komen hierna in paragraaf 5.2 aan de orde. Zo ontstaat er bijvoorbeeld geen gezamenlijk gezag van rechtswege, indien de ouders allebei willen dat de moeder het eenhoofdig gezag uitoefent en dit in de akte van erkenning bij de ambtenaar van de burgerlijke stand of een notariële erkenningsakte is opgenomen.

Het algemeen deel van deze memorie van toelichting is als volgt opgezet. Na deze inleiding (*hoofdstuk 1*) wordt eerst de ontwikkeling van het recht tot en met de huidige regelgeving uiteengezet (*hoofdstuk 2*). Vervolgens worden de daaruit voortvloeiende onrechtvaardigheden en problemen besproken (*hoofdstuk 3*). Daarna volgt een constitutionele analyse van dit wetsvoorstel (*hoofdstuk 4*). De nieuw voorgestelde regelgeving komt hierna aan bod (*hoofdstuk 5*). Het algemeen deel gaat dan verder met een bespreking van enkele uitvoeringsaspecten en de kenbaarheid van de gezagssituatie via de basisregistratie personen en het gezagsregister (*hoofdstuk 6*). Hierna is aandacht voor de internationaal privaatrechtelijke aspecten (*hoofdstuk 7*). Tot slot worden het overgangsrecht (*hoofdstuk 8*), de adviezen die tijdens de consultatieronde zijn ontvangen (*hoofdstuk 9*) en de financiële gevolgen en administratieve lasten (*hoofdstukken 10 en 11*) besproken.

2. Van oudsher naar nu: de situatie met betrekking tot het ouderlijk gezag

2.1 Historische ontwikkeling

In Nederland oefenen gehuwde ouders het ouderlijk gezag over hun kinderen van rechtswege gezamenlijk uit. Na ontbinding van het huwelijk of geregistreerd partnerschap is het uitgangspunt dat ouders het gezag gezamenlijk blijven uitoefenen.⁴ Dit is niet altijd zo geweest. Tot 1984 kreeg na een echtscheiding één van de ouders het gezag. In de praktijk bleek dit vaak de moeder te zijn. De Hoge Raad bepaalde in dat jaar dat deze regel in strijd was met artikel 8 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), waarin het recht op familie- en gezinsleven is neergelegd.⁵ Volgens de Hoge Raad greep de regel dat slechts één ouder na echtscheiding het gezag bleef uitoefenen dieper in op dit recht dan noodzakelijk was. In 1995 werd daarom de regel ingevoerd dat ouders na echtscheiding gezamenlijk konden verzoeken om het gezag beiden te behouden. Op 1 januari 1998 is vervolgens ingevoerd dat het gezamenlijk gezag na de echtscheiding doorloopt, tenzij de rechter in het belang van het kind slechts een van de

⁴ Artikelen 251 lid 2 en 253aa lid 2 van Boek 1 BW.

⁵ HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510.

ouders met het gezag belast.⁶ De huwelijkse insteek voor wat betreft de koppeling van rechtswege van juridisch ouderschap met gezamenlijk gezag werd echter nog niet losgelaten.

2.2 Onderscheid juridisch ouderschap en ouderlijk gezag

Het afstammingsrecht regelt wie juridisch ouder is van een kind. Daaraan wordt een aantal rechtsgevolgen gekoppeld. Zo heeft het juridisch ouderschap gevolgen voor onder meer het erfrecht, het naamrecht, het nationaliteitsrecht en het recht op omgang.

Het ouderlijk gezag houdt in:

- het recht en de plicht om het kind te verzorgen en op te voeden (artikel 247).⁷ Dit omvat de zorg voor het lichamenlijk en geestelijk welzijn en de veiligheid van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid (lid 2),
- het wettelijke bewind en vruchtgenot over het vermogen van het kind (artikelen 253i–253m), en
- de wettelijke bevoegdheid om het kind in en buiten rechte te vertegenwoordigen (artikel 245 lid 4).

De ouder met gezag heeft dus zeggenschap over het kind. Een juridische ouder zonder gezag is bijvoorbeeld niet bevoegd om medische beslissingen over het kind te nemen. Het verschil tussen juridisch ouderschap en ouderlijk gezag doet er dus toe: ouderlijk gezag houdt wat betreft de zeggenschap over het kind meer in. Hierna volgt voor gehuwde ouders van verschillend geslacht (*paragraaf 2.3*), de ongehuwde vader (*paragraaf 2.4*) en de duomoeder⁸ (*paragraaf 2.5*) een uiteenzetting van de verschillende manieren waarop hun juridisch ouderschap en ouderlijk gezag tot stand komen.

2.3 Juridisch ouderschap en ouderlijk gezag van getrouwde ouders

Of een kind wel of niet wordt geboren tijdens een huwelijk is van belang voor het afstammingsrecht en het gezagsrecht. Vooropgesteld geldt dat, ongeacht of het kind wel of niet tijdens een huwelijk wordt geboren, de moeder uit wie het kind wordt geboren van rechtswege juridisch ouder is.⁹ Indien de moeder is gehuwd, wordt haar mannelijke partner van rechtswege juridisch ouder van het kind. Hetzelfde geldt voor de gehuwde vrouwelijke partner van de moeder, indien het kind door het genetisch materiaal van een voor de moeders onbekende donor is verwekt en aan de overige voorwaarden van artikel 198 lid 1 onder b is voldaan. Wanneer aan deze voorwaarden niet is voldaan, kan de echtgenote of geregistreerde partner van de moeder van het kind, het kind met de toestemming van de moeder of de vervangende toestemming van de rechter erkennen, en aldus het juridisch ouderschap verkrijgen.

Over de staande huwelijk geboren kinderen oefenen de ouders het gezag van rechtswege gezamenlijk uit.¹⁰ Grondslag hiervoor is het feit dat het kind staande het huwelijk is geboren. Hetzelfde geldt voor een staande

⁶ M.J.C. Koens & A.P. Van der Linden, *Monografieën (echt)scheidingsrecht. Deel 8. Kind en scheiding*. Den Haag: SDU uitgevers 2015, p. 69.

⁷ De in deze memorie van toelichting vermelde wetsartikelen betreffen steeds artikelen uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, tenzij anders is aangegeven of vanwege de duidelijkheid dit wel wordt vermeld.

⁸ Wettelijk gezien gaat het dan om de vrouwelijke partner van de moeder van het kind, maar voor de leesbaarheid van deze toelichting wordt aangesloten bij de meer ingeburgerde term «duomoeder».

⁹ Artikel 198 lid 1 sub a.

¹⁰ Artikel 251 lid 1 en 1:253aa lid 1.

huwelijk van een ouder en niet-ouder geboren kind, tenzij het kind tevens in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder.¹¹ De gezamenlijke gezagsuitoefening wordt in beginsel voortgezet nadat het huwelijk of geregistreerd partnerschap door scheiding wordt beëindigd, tenzij de rechter oordeelt dat het kind hierdoor klem of verloren raakt tussen de ouders, of dat het belang van het kind anderszins vordert dat slechts één van de ouders met het gezag wordt belast.¹²

2.4 Juridisch ouderschap en ouderlijk gezag van de ongehuwde vader

Als stellen die niet gehuwd zijn en die ook geen geregistreerd partnerschap zijn aangegaan een kind krijgen, gelden de in paragraaf 2.3 genoemde regels niet. De moeder uit wie het kind is geboren is wel van rechtswege juridisch ouder en oefent vanaf de geboorte als enige het gezag over het kind uit, tenzij zij bij haar bevalling onbevoegd tot het gezag was.¹³ De partner van de moeder moet, anders dan een echtgenoot of een geregistreerde partner, het kind erkennen om juridisch ouder te worden.¹⁴

De erkenning kan geschieden bij een akte van erkenning, opgemaakt door een ambtenaar van burgerlijke stand, of bij notariële akte. De erkenning heeft gevolg vanaf het tijdstip waarop deze is gedaan.¹⁵ De moeder moet schriftelijk toestemming geven voor de erkenning. Dit kan in persoon bij de ambtenaar van de burgerlijke stand of via een notariële akte. Aan dit toestemmingsvereiste ligt een beschermingsgedachte ten grondslag: de moeder moet op grond van artikel 8 EVRM beschermd worden tegen ongewenste inmenging in haar gezinsleven met het kind.¹⁶ Wanneer de moeder weigert in te stemmen met de erkenning, kan de andere ouder om vervangende toestemming tot erkenning bij de rechter verzoeken. De rechter kan vervangende toestemming verlenen, tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt. Ook moet de verzoeker de verwekker of de biologische vader van het kind zijn. De biologische vader die niet de verwekker is, moet bovendien in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan.¹⁷

Voor het verkrijgen van ouderlijk gezag moet de ongehuwde ouder die het kind heeft erkend nog een extra stap zetten. Het ouderlijk gezag is in dat geval immers niet van rechtswege aan het juridisch ouderschap gekoppeld. Voor de moeder en degene die het kind heeft erkend geldt dat zij alleen het gezamenlijk gezag uitoefenen, indien dit op hun beider verzoek is aangetekend in het centraal gezagsregister.¹⁸ Ouders dienen het verzoek digitaal of schriftelijk in bij de rechtbank. Vervolgens toetst de griffier het verzoek aan de volgende in de wet opgenomen weigeringsgronden:

- één of beide ouders is onbevoegd tot het gezag;
- het gezag van één van beide ouders is beëindigd en de andere ouder oefent het gezag uit;

¹¹ Artikel 253sa lid 1.

¹² Artikel 251 lid 2 en 253aa lid 2 jo. artikel 251a lid 1.

¹³ Zie respectievelijk artikel 198 lid 1 sub a en artikel 253b lid 1.

¹⁴ Artikel 198 lid 1 sub c en 199 lid 1 sub c.

¹⁵ Artikel 203. Een erkenning is in enkele gevallen nietig, zie artikel 204.

¹⁶ W.M. Schrama, «Vervangende toestemming voor erkenning: een analyse van recente rechtspraak», *FJR* 2015/43, p. 176.

¹⁷ Artikel 204 lid 3 en 4. Met de biologische vader die niet verwekker is, wordt de man bedoeld die genetisch vader van het kind is, maar het kind niet op natuurlijke wijze – dat wil zeggen: via geslachtsgemeenschap – met de moeder heeft doen ontstaan.

¹⁸ Artikel 252 lid 1.

- er is een voogd met het gezag over het kind belast;
- de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken; of
- de ouder die het gezag heeft, oefent dit gezamenlijk met een ander dan een ouder uit.¹⁹

Als een van deze weigeringsgronden van toepassing is op het tijdstip van het verzoek, weigert de griffier de aantekening tot gezamenlijk gezag. Tegen de weigering van de aantekening is alleen beroep mogelijk indien zij heeft plaatsgevonden op grond van onbevoegdheid van één of beide ouders tot het gezag anders dan vanwege minderjarigheid of ondercuratelestelling. Uit artikel 246 volgt dat het dan gaat om mensen wier geestvermogens zodanig zijn gestoord, dat zij in de onmogelijkheid verkeren het gezag uit te oefenen, tenzij deze stoornis van tijdelijke aard is. De rechtbank kan dan worden verzocht om alsnog opdracht te geven tot aantekening in het gezagsregister. De rechtbank wijst een dergelijk verzoek af indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd.

Indien de moeder niet samen met de vader een verzoek om gezamenlijk gezag wil doen, kan de vader de rechter verzoeken hem (mede) met het gezag te bekleden. De rechter wijst een dergelijk verzoek af indien het kind klem of verloren dreigt te raken tussen de ouders of als het belang van het kind afwijzing anderszins vordert.²⁰ Dit betreft een inhoudelijke toetsing door de rechter.

Zoals reeds beschreven, wordt de toewijzing van het gezamenlijk gezag aan ongehuwde ouders geformaliseerd door een aantekening in het gezagsregister. Dit in tegenstelling tot het gezamenlijk gezag van gehuwde ouders. Andere aantekeningen in het gezagsregister betreffen onder meer rechterlijke beslissingen waarbij in gezag wordt voorzien of wijziging wordt gebracht en de voorziening in het gezag na overlijden van degene(n) die met gezag zijn belast. Het gezagsregister bevindt zich bij de rechtbanken.

2.5 Juridisch ouderschap en ouderlijk gezag van de gehuwde en ongehuwde duomoeder

Voor de vrouwelijke partner van de moeder van het kind gelden grotendeels dezelfde regels zoals hiervoor beschreven. De met de moeder gehuwde duomoeder wordt van rechtswege juridisch ouder van het kind, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en een door de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is.²¹

Indien de duomoeder met de moeder is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft, en er is gebruikgemaakt van een bekende donor, dan moet de duomoeder het kind wel met toestemming van de moeder erkennen alvorens juridisch ouder te kunnen worden.²²

De duomoeder die niet met de moeder van het kind gehuwd is en geen geregistreerd partnerschap met haar is aangegaan, moet het kind eveneens met toestemming van de moeder erkennen om juridisch ouder

¹⁹ Artikel 252 lid 2.

²⁰ Artikel 253c.

²¹ Artikel 198 lid 1 sub a en b en 199 lid 1 sub a.

²² Artikel 198 lid 1 sub c.

te kunnen worden.²³ Wanneer de moeder toestemming weigert, dan kan deze op verzoek van de duomoeder door de toestemming van de rechtbank worden vervangen als dit in het belang is van het kind.

Voor het verkrijgen van het ouderlijk gezag gelden voor de gehuwde respectievelijk ongehuwde duomoeder dezelfde regels als die hiervoor in paragraaf 2.3 respectievelijk paragraaf 2.4 reeds zijn omschreven.

3. Probleemschets

Met dit wetsvoorstel worden, zoals in de inleiding al aangegeven, vier belangrijke verbeteringen doorgevoerd ten opzichte van de huidige wettelijke regeling:

1. Het beter waarborgen van het belang van het kind (*paragraaf 3.1*);
2. Het wegnemen van het niet te rechtvaardigen onderscheid tussen kinderen geboren uit gehuwde ouders enerzijds en uit ongehuwde ouders anderzijds met betrekking tot de uitoefening van het gezag (*paragraaf 3.2*);
3. Het in dit verband zodanig aanpassen van de wet dat de bepalingen beter aansluiten op de behoeften van de veranderde samenleving (*paragraaf 3.3*);
4. Het wegnemen van de problemen die door de huidige regelgeving worden veroorzaakt (*paragraaf 3.4*).

3.1 Het beter waarborgen van het belang van het kind

In de kwesties rondom het ouderlijk gezag bij ongehuwde en niet-geregistreerde paren speelt het belang van het kind een grote rol. Het is in het belang van het kind dat het, waar mogelijk, beide ouders kent en door hen wordt verzorgd en opgevoed. De overheid heeft de plicht om ervoor te zorgen dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de opvoeding en verzorging van hun kind dragen.²⁴ In het verlengde daarvan impliceert artikel 253c dat een kind er belang bij heeft dat beide ouders het gezag hebben. Op grond van dit artikel kan de niet met het gezag belaste ouder een verzoek aan de rechter doen om hem of haar, al dan niet samen met de moeder, met het gezag te belasten. De rechter wijst dit verzoek slechts af indien een onaanvaardbaar risico bestaat dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders of als het anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is het verzoek af te wijzen. Na een echtscheiding loopt het gezamenlijk gezag van de ouders in beginsel ook door.²⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever het in beginsel in het belang van het kind acht dat beide juridische ouders het gezamenlijk ouderlijk gezag uitoefenen. Kinderen hebben belang bij een goede verstandhouding met beide ouders, ongeacht of deze wel of niet zijn getrouwd of een geregistreerd partnerschap hebben. Als daarvoor procedures gevoerd moeten worden, kunnen die op hun beurt weer veel impact hebben op kinderen, onder meer door de onzekerheid die zij gedurende het proces ervaren.

Een ander punt is dat de juridische vader of duomoeder die geen gezag over het kind heeft in de regel wel recht heeft op omgang met het kind wanneer de relatie met de moeder wordt beëindigd. Het kan in dat geval lastig zijn om tijdens omgangsmomenten volledig als ouder te kunnen handelen. De met het gezag belaste ouder is voor derden, zoals de school,

²³ Artikel 204 lid 4.

²⁴ Artikel 18 lid 1 IVRK.

²⁵ Zie de artikelen 251 lid 2 en 253aa lid 2 jo. artikel 251a lid 1 op grond waarvan het gezamenlijk gezag van ouders na het beëindigen van hun huwelijk c.q. geregistreerd partnerschap in beginsel doorloopt.

het eerste aanspreekpunt en de niet met het gezag belaste ouder zal niet altijd van belangrijke informatie over het kind op de hoogte zijn en mag ook geen beslissingen nemen over belangrijke, bijvoorbeeld medische, zaken. Ook dit kan niet in het belang van het kind zijn.

Tot slot is de samenleving op het gebied van kinderrechten, zoals gecodificeerd in het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK), de protocollen bij het IVRK en de commentaren en rapporten van het Kinderrechtencomité in de afgelopen jaren ook sterk ontwikkeld.²⁶ Ook Nederland is aan het IVRK gebonden. Volgens initiatiefnemers zorgt dit wetsvoorstel ervoor dat de Nederlandse wetgeving beter aansluit op de geldende kinderrechten. Het IVRK bepaalt dat het belang van het kind altijd een eerste overweging dient te zijn bij elke aangelegenheid die hem of haar betreft.²⁷ Van belang in dit verband is artikel 2 lid 2 IVRK waarin staat dat Staten alle passende maatregelen nemen om te waarborgen dat het kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie op grond van de omstandigheden van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind. De overheid heeft dus de plicht om kinderen te beschermen tegen elke vorm van discriminatie die het gevolg is van omstandigheden die de ouders betreffen.²⁸ De ongelijkheid tussen kinderen van gehuwde en als partner geregistreerde ouders en kinderen van ongehuwde en niet als partner geregistreerde ouders is volgens initiatiefnemers vanuit het belang van het kind niet uit te leggen. Artikel 4 IVRK bepaalt vervolgens dat de Staten die partij zijn, alle passende wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen moeten nemen om de in het IVRK erkende rechten te verwezenlijken. De situatie dat getrouwde ouders wel automatisch het gezag over hun kind krijgen en ongehuwde ouders niet, sluit volgens initiatiefnemers onvoldoende aan bij het doel van artikel 2 lid 2 IVRK. Dit wetsvoorstel neemt dit onderscheid weg en draagt zo bij aan het streven naar zoveel mogelijk gelijkwaardig ouderschap.

3.2 Een niet te rechtvaardigen onderscheid wegnemen

De keuze van de ouders voor een relatievorm heeft grote invloed op de status van de kinderen. Getrouwde ouders krijgen automatisch het gezag over hun kind. Dit geldt niet voor ongehuwde ouders. Dit levert een principieel onjuiste rechtsongelijkheid op tussen ouders. Dit verschil werkt door naar de kinderen van deze ouders: in het ene geval zijn beide ouders van rechtswege belast met gezamenlijk gezag, in het andere geval is alleen de moeder van rechtswege met het eenhoofdige gezag belast. Dat is een ongelijke behandeling, die slechts gerechtvaardigd kan worden voor zover het daadwerkelijk om reële, feitelijke verschillen in situatie gaat.

De regering heeft tot op heden geen bereidheid getoond dit onderscheid tussen ongehuwden en gehuwden, maar ook indirect tussen de beide groepen kinderen, ongedaan te maken. Zij heeft aangegeven dat de situaties waarin een man of vrouw een kind erkent, heel divers kunnen zijn. De moeder en de erkenner kunnen een duurzame relatie met elkaar hebben, maar dit hoeft geenszins het geval te zijn. Zou een erkenning van rechtswege, automatisch, het gezag met zich brengen, dan kan dat volgens de regering een drempel gaan vormen voor de moeder om toestemming te geven voor de erkenning. Het risico bestaat dat een verzoek om erkenning wordt afgewezen met het oog op de hieraan verbonden gezamenlijke uitoefening van het gezag. Een kind heeft in dat geval maar één juridische ouder. Zonder het gevolg van gezamenlijk gezag van rechtswege zou er wellicht wel zijn erkend. Voor de regering

²⁶ Het IVRK is op 8 maart 1995 in Nederland in werking getreden.

²⁷ Zie o.a. artikelen 3 en 7 IVRK.

²⁸ Artikel 2 IVRK.

was het vorenstaande tot nu toe reden niet automatisch gezamenlijk gezag te koppelen aan de erkenning.²⁹

Initiatiefnemers merken over het standpunt van de regering allereerst op dat op dit moment er een klein percentage moeders is die toestemming tot erkenning weigert. Vaak is er in die gevallen geen sprake geweest van een relatie of zijn de ouders met elkaar in conflict, bijvoorbeeld vanwege de ondertussen beëindigde relatie. Buiten die groep zal het in bijna alle gevallen mogelijk zijn het gesprek met elkaar aan te gaan over erkenning en gezag.

Desalniettemin menen initiatiefnemers dat ervoor gezorgd moet worden dat de kans dat een moeder geen toestemming tot erkenning geeft zo klein mogelijk is. Daarom regelt het gewijzigde wetsvoorstel dat als de ouders gezamenlijk bij de ambtenaar van de burgerlijke stand dan wel in een notariële akte van erkenning verklaren dat alleen de moeder het gezag uitoefent, er geen gezamenlijk gezag van rechtswege ontstaat. Dit betekent dat als ouders het er samen over eens zijn dat gezamenlijk gezag niet wenselijk is (bijvoorbeeld omdat de vader in het buitenland woont), in dat geval geen verzoek bij de rechtbank om eenhoofdig gezag hoeft te worden gedaan. Naast de vergemakkelijking van de procedure voor ongehuwde en niet als partner geregistreerde ouders, beperkt deze mogelijkheid ook de kans dat de moeder toestemming voor erkenning weigert puur en alleen om gezag van de partner over het kind te voorkomen. Zie verder ook paragraaf 5.2.2 van deze gewijzigde memorie van toelichting.

Initiatiefnemers beogen met dit wetsvoorstel het gelijkwaardig ouderschap te verbeteren en stellen daarbij het belang van het kind voorop. Vandaar dat dit wetsvoorstel regelt dat gezamenlijk gezag over het kind van rechtswege verkregen kan worden, ook als geen sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap, tenzij moeder en erkener dit beiden niet wenselijk vinden. In geval van een conflict hierover kan via een rechterlijk oordeel de erkener alsnog het gezag over het kind krijgen. Dit gewijzigde wetsvoorstel draagt volgens initiatiefnemers dus bij aan een meer gelijkwaardige positie tussen moeder en partner dan onder het huidige recht het geval is. De mogelijkheid die dit gewijzigde wetsvoorstel biedt om bij de erkenning samen aan te geven dat gezamenlijk gezag niet gewenst is, beperkt volgens initiatiefnemers daarbij de kans dat geen toestemming wordt verleend vanwege gezagsverkrijging van rechtswege.

Overigens zal de moeder die puur vanwege de gezagsverkrijging die op erkenning volgt de vader of duomoeder de erkenning onthoudt, gelet op artikel 251a, eerste lid, BW, door de rechter niet in het gelijk worden gesteld. Er moeten immers inhoudelijke gronden tegen de erkenning worden aangevoerd. De rechter stelt het belang van het kind voorop en zal daarbij waar mogelijk ook meewegen het belang van het kind om twee juridische ouders te hebben.

3.3 De wet laten aansluiten op de behoeften van een veranderde samenleving

In de jaren vijftig was het in Nederland gebruikelijk dat men trouwde en – volgens de toen heersende opvattingen – pas na het aangaan van een huwelijk kinderen kreeg. Andere keuzes kenden een grote mate van

²⁹ Zie Handelingen II 2011/12, Aanhangsel 125 (Vragen van het lid Kooiman (SP) aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie over de procedures rondom erkenning en gezag over kinderen geboren buiten het huwelijke (ingezonden 31 augustus 2011) met de daarop door de regering gegeven antwoorden).

sociaal taboe. In de jaren zeventig werd slechts twee procent van de kinderen buitenhuwelijks geboren.³⁰ Dit is tegenwoordig anders. Steeds meer kinderen worden buiten het huwelijk of – het ondertussen ook geïntroduceerde – geregistreerd partnerschap geboren. Dit hangt onder meer samen met de trend dat jaarlijks steeds minder huwelijken en geregistreerde partnerschappen worden gesloten. Waar in 2011 nog ruim 71.000 huwelijken en geregistreerde partnerschappen werden gesloten, was dit aantal in 2017 gedaald tot ruim 64.000.³¹ Het aantal huwelijksluitingen is daarmee gedaald van 8 tot 9 per 1000 inwoners tot de jaren zeventig, naar onder de 4 per 1000 inwoners in 2017. Iets wat maar deels gecorrigeerd wordt door de toenemende populariteit van het geregistreerd partnerschap: jaarlijks sluiten 0,75 per 1000 inwoners zo'n overeenkomst. Dat komt terug in de geboortecijfers. In 2012 werd voor het eerst meer dan de helft van de eerstgeborenen buiten het huwelijk geboren.³² In datzelfde jaar werd iets meer dan de helft van alle kinderen binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren. In 2012 kwam ongeveer een derde van de geboren kinderen ter wereld bij een niet gehuwd, samenwonend paar.³³ In 2015 werd ongeveer 40% procent van de baby's buiten het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren, dat gaat om 75.000 kinderen bij ongehuwde en niet-geregistreerde ouders.³⁴ Bij elke volgende geboorte neemt dit percentage met ongeveer 10 procentpunt af.³⁵

Op grond van bovenstaande cijfers kan worden gesteld dat de huidige wetgeving inzake verkrijging van het gezag door de ouder die niet met de moeder is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan, niet aansluit op de situatie van een groot en steeds groeiend aantal kinderen. Door de wetgeving aan te passen ontstaat een heldere rechtspositie van de betrokkenen en is de kans klein(er) dat er bij scheiding conflict tussen de ouders ontstaat inzake het gezag.

3.4 Het wegnemen van problemen als gevolg van de huidige regelgeving (ontbreken van gezamenlijk gezag)

De huidige regelgeving omtrent de verkrijging van het gezag voor ongehuwde paren leidt regelmatig tot problemen. Uit een enquête die is afgenomen onder leden van de vereniging van Familie- en erfrecht Advocaten Scheidingsmediators blijkt dat volgens bijna 70 procent van de respondenten de huidige regelgeving regelmatig tot juridische procedures leidt. Twintig procent van de respondenten geeft aan dat dit vaak het geval is. De problemen ontstaan volgens ruim 67 procent van de respondenten doordat ongehuwde en niet-geregistreerde paren niet wisten dat het gezag apart van de erkenning geregeld moest worden. Door die onwetendheid laten veel ouders na om na de erkenning ook het gezamenlijk gezag aan te vragen. Het niet verkrijgen van gezamenlijk gezag na de geboorte van het kind kan in verschillende situaties tot grote problemen leiden.

³⁰ W.M. Schrama, *Aanpassing afstammings- en gezagsrecht gewenst voor ongehuwd samenwonende ouders*, Justitiële Verkenningen 2016/4, p. 30–44.

³¹ CBS Statline, Serie Huwen en partnerschapsregistraties.

³² S. Loozen, M. Pool en C. Harmsen, «In wat voor gezinnen worden kinderen geboren?», *CBS Bevolkingstrends*, juni 2014, p. 1–3.

³³ *Ibid.*

³⁴ «Ouders van ruim 4 op de 10 baby's niet getrouwd», *CBS*, 23 mei 2016, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/21/ouders-van-ruim-vier-op-de-tien-baby-s-niet-getrouwd>.

³⁵ S. Loozen, M. Pool en C. Harmsen, «In wat voor gezinnen worden kinderen geboren?», *CBS Bevolkingstrends*, juni 2014, p. 5.

De eerste lastige situatie die kan ontstaan is op het moment dat de ouders uit elkaar gaan en de erkenner dan pas ontdekt dat hij geen gezag heeft. Als dan de niet met het gezag belaste ouder alsnog het gezag wil verkrijgen en de moeder wil niet meewerken, dan moet er in zo'n geval een gerechtelijke procedure worden gestart. De niet met het gezag belaste ouder verzoekt daarin de rechter om hem of haar met het gezag te belasten. Als het gezag direct bij de erkenning was aangevraagd, toen de ouders vermoedelijk nog een goede verstandhouding met elkaar hadden, was dit geen probleem geweest. Een rechtsgang duurt bovendien vaak lang en kan het conflict tussen de ouders vergroten. Tegenstellingen komen immers op scherp te staan. Ook de kosten die gemaakt dienen te worden voor een rechtsgang kunnen snel hoog oplopen. Dat kan een drempel opwerpen voor de verzoekende ouder om zijn of haar recht te halen via de rechter waarbij het belang van het kind ondergeschikt kan raken aan financiële overwegingen. Uit onderzoek blijkt immers dat conflicten tussen ouders kinderen schaden. Dat blijkt duidelijk in het geval van scheidingen met een hoog complexiteitsgehalte. Kinderen die daarbij betrokken zijn, hebben meer last van problemen, riskante gewoonten, slechtere schoolprestaties, en meer kans op toekomstige relationele problemen.³⁶ Ook lopen zij een grote kans op ernstige loyaliteitsconflicten, vervreemding en ouderafwijzing.³⁷ Doordat het gezag met dit wetsvoorstel al gelijk bij de erkenning wordt geregeld in plaats van – zoals nu vaak gebeurt – op het moment dat de ouders uit elkaar gaan, wordt een mogelijke aanleiding voor escalatie van het conflict tussen beide ouders weggenomen.

Ten tweede kan het niet tijdig verkrijgen van het gezamenlijk gezag ernstige gevolgen hebben indien de moeder komt te overlijden. Als de moeder het gezag alleen heeft uitgeoefend ontstaat na haar overlijden een gezagsvacuüm. Het is in dit geval aan de rechter om te bepalen of de andere ouder of een derde met het gezag wordt belast.³⁸ De andere juridische ouder heeft daarbij een zekere voorkeur, ook als de overleden ouder een voogd heeft aangewezen bij testament of door aantekening in het gezagsregister op grond van artikel 292.³⁹ Als deze persoon zich bereid heeft verklaard het voogdijschap te aanvaarden, vangt daarmee diens voogdijschap aan. In dat geval bestaat voor de overlevende ouder zonder gezag de mogelijkheid om een verzoek te doen aan de rechter om hem of haar met het gezag te belasten.⁴⁰ Indien dit gebeurt binnen een jaar na het begin van de voogdij, bestaat alsnog de zekere voorkeur voor de overlevende ouder.⁴¹ Alleen al om onzekerheid over het gezag na overlijden van de moeder te voorkomen is het dus uitermate belangrijk dat wettelijk goed wordt geregeld dat de erkenner van rechtswege, en dus van meet af aan, het gezag heeft.

Ten derde kan het niet tijdig verkrijgen van het gezamenlijk gezag tot grote problemen leiden, indien de met het gezag belaste ouder het kind overbrengt naar het buitenland. Er is in zo'n geval juridisch gezien geen sprake van internationale kindervervoering, terwijl de achterblijvende ouder regelmatig in de veronderstelling verkeert dat dit wel het geval is. Indien ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, is het voor hen niet toegestaan om zonder toestemming van de andere met het gezag belaste ouder dan wel vervangende toestemming van de rechter het kind over te

³⁶ E. Spruijt & H. Kosmos, *Handboek scheiden en de kinderen*, Bohn Stafleu van Loghum 2014.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Artikel 253g lid 1.

³⁹ Artikel 253g leden 3 en 4.

⁴⁰ Artikel 253h lid 1.

⁴¹ HR 19 november 2004, ECLI:NL:2004:AQ8088.

brengen naar een andere verblijfplaats.⁴² Gebeurt dit toch, en wordt het kind meegenomen naar het buitenland, dan is dit ongeoorloofde overbrenging en wordt gesproken van internationale kindervervoering.⁴³ In dat soort gevallen is het Haags Kinderontvoeringsverdrag van toepassing en kan de achterblijvende ouder op grond van dit verdrag een verzoek tot teruggeleiden indienen. Indien het gezamenlijk gezag niet is geregeld, heeft de niet met het gezag belaste ouder geen zeggenschap over de verblijfplaats van het kind. Als in dit geval de met het gezag belaste ouder het kind meeneemt naar het buitenland, is er geen sprake van ongeoorloofde overbrenging en is het Haags Kinderontvoeringsverdrag niet van toepassing. De achterblijvende ouder kan dan niet zonder inventieve juridische wegen om teruggeleiden verzoeken.⁴⁴

4. Constitutionele analyse

In de laatste alinea van paragraaf 3.1 zijn initiatiefnemers ingegaan op het feit dat de huidige wetgeving beter dient aan te sluiten bij het bepaalde in artikel 2 lid 2 van het IVRK. Ook de NOvA en vFAS hebben er in hun advies over het wetsvoorstel op gewezen dat de huidige wetgeving niet beantwoordt aan het IVRK, waarbij Nederland is aangesloten (zie ook paragraaf 11.1). Met dit wetsvoorstel wordt de ongelijke situatie dat getrouwde ouders wel automatisch het gezag over hun kind krijgen en ongehuwde ouders niet, weggenomen. Daarmee draagt dit wetsvoorstel bij aan het streven naar zoveel mogelijk gelijkwaardig ouderschap en wordt beter gewaarborgd dat het kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie op grond van de omstandigheden van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind.

In het kader van de positionering van relatievormen zijn ook het gelijkheidsbeginsel (artikel 1 van de Grondwet, artikel 14 van het EVRM⁴⁵ en artikel 26 van het IVBPR), het recht op bescherming van het familie- en gezinsleven (dat impliciet volgt uit artikel 10, eerste lid, van de Grondwet en eveneens beschermd wordt door artikel 8 van het EVRM en artikel 23 van het IVBPR), en het in artikel 12 van het EVRM neergelegde recht een gezin te stichten relevant. Nu de keuze van de ouders voor een relatievorm onder de huidige wettelijke regeling van invloed is op de rechtsverhouding tussen ouder en kind, omdat een gehuwde ouder automatisch het gezag over het tijdens die relatie geboren kind krijgt en de ongehuwde ouder niet, is naar het oordeel van initiatiefnemers sprake van een principieel onjuiste rechtsongelijkheid die reeds is toegelicht in paragraaf 3.2. Het wetsvoorstel beoogt deze door initiatiefnemers

⁴² Artikel 253a.

⁴³ Centrum Internationale Kinderontvoering (2014), Jaarverslag 2014, p. 26.

⁴⁴ Zolang Nederland nog de gewone verblijfplaats van het kind is en niet is voldaan aan de voorwaarden van art. 10 Verordening Brussel II Bis dan wel (als de Verordening niet van toepassing is) art. 7 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, behoudt de Nederlandse rechter wel de mogelijkheid om o.a. gezagsbeslissingen en beslissingen t.a.v. de hoofdverblijfplaats van het kind te nemen. Dit betekent dat de rechter nadat het kind door de ouder met eenhoofdig gezag is meegenomen naar het buitenland, op verzoek van de achtergebleven ouder zonder gezag, alsnog kan beslissen dat de ouders gezamenlijk het gezag over het kind uitoefenen (of de rechter kan aan de achtergebleven ouder het eenhoofdig gezag toekennen). Vervolgens kan om erkenning en ten uitvoerlegging van dergelijke beslissingen worden gevraagd. Daardoor kan het zijn dat het kind toch moet terugkeren. Tevens is er jurisprudentie waaruit blijkt dat een ouder zonder gezag een verhuisverbod kan vragen. Dan is het de ouder met gezag niet toegestaan om met het kind naar het buitenland te verhuizen. Zie uitgebreider G.C.A.M. Ruitenberg, *De toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland en het belang van het kind*, Den Haag: Boom 2015, p. 189–198.

⁴⁵ Het in artikel 14 van het EVRM neergelegde discriminatieverbod heeft overigens geen zelfstandige betekenis, maar werkt als connex recht bij de uitoefening van een ander onder het EVRM beschermd recht. In de context van dit wetsvoorstel zijn met name de artikelen 14 en 8 van het EVRM in samenhang relevant.

geconstateerde rechtsongelijkheid met betrekking tot de uitoefening van gezag weg te nemen en daarmee tegemoet te komen aan het gelijkheidsbeginsel.

Ten aanzien van het recht op bescherming van het familie- en gezinsleven vloeit uit de jurisprudentie van het EHRM voort dat het huwelijk tussen ouders niet als voorwaarde geldt voor het bestaan van een «gezinsleven» tussen ouder en kind als bedoeld in artikel 8 van het EVRM.⁴⁶ Relevant is voorts ook de zaak *Keegan v. Ireland*,⁴⁷ waarin de biologische vader het gezag over het kind wenste te verkrijgen om te voorkomen dat de moeder, met wie hij niet gehuwd was, het kind ter adoptie zou afstaan. Het oordeel van het Ierse Hooggerechtshof dat uitsluitend gehuwde vaders om gezag kunnen verzoeken, miskende volgens het EHRM dat er (ook zonder huwelijk tussen de ouders) sprake was van een gezinsleven tussen vader en kind, en het niet betrekken van de vader bij het ter adoptie afstaan van het kind leverde een schending op van artikel 8 van het EVRM.

Met betrekking tot het door artikel 12 van het EVRM beschermde recht een gezin te stichten merken initiatiefnemers op dat dit artikel pleegt te worden uitgelegd als het recht van *gehuwde* partners om een gezin te stichten.⁴⁸ Echter, door het EHRM is erkend dat het begrip «gezin» in artikel 8 van het EVRM ruimer uitgelegd moet worden met tot gevolg dat artikel 12 van het EVRM zich uitstrekt tot iedere nauwe relatie, ongeacht of sprake is van bloedverwantschap of niet, en of sprake is van een wettige relatie (zoals een huwelijk) of niet.⁴⁹ Initiatiefnemers zijn zich ervan bewust dat nationaalrechtelijke restricties op het recht een gezin te stichten mogelijk zijn. Dergelijke restricties moeten dan wel een redelijk doel dienen en mogen niet verder gaan dan nodig in het licht van dat doel. Gelezen in samenhang met het in artikel 14 van het EVRM neergelegde discriminatieverbod geldt bovendien dat geen ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt mag worden bij de uitoefening van dat recht.

In het licht van het hiervoor geschetste juridische kader menen initiatiefnemers dat de grote invloed die het huwelijk tussen de ouders op de rechtsverhouding tussen ouder en kind heeft in het kader van de uitoefening van gezag niet meer van deze tijd is (voor een nadere onderbouwing zij verder verwezen naar hoofdstuk 3). Met de in dit wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen wordt dan ook beoogd beter aan te sluiten op de behoeften van de veranderde samenleving en bij te dragen aan de verdere effectuering van het onder het EVRM beschermde gelijkheidsbeginsel en het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven.

5. Hoofdlijnen van het wetsvoorstel

5.1 Hoofdregeel: gezamenlijk gezag van rechtswege

Initiatiefnemers hebben naar aanleiding van de consultatieronde het oorspronkelijke wetsvoorstel opnieuw bezien en zijn tot een gewijzigd wetsvoorstel gekomen. Dit gewijzigde wetsvoorstel heeft als uitgangspunt gezamenlijk gezag van rechtswege voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners bij erkenning van een kind. Daarbij wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de situatie zoals die geldt voor gehuwden

⁴⁶ EHRM 21 juni 1988, appl. no. 10730/84, par. 21 (*Berrehab v. Nederland*).

⁴⁷ EHRM 26 mei 1994, appl. no. 16969/90 (*Keegan v. Ireland*).

⁴⁸ R.C.A. White & C. Ovey (red.), *The European Convention on Human Rights*, New York: Oxford University Press 2010, p. 354.

⁴⁹ *Ibidem*.

die gedurende hun huwelijk het gezag gezamenlijk uitoefenen (artikel 251, eerste lid).

Initiatiefnemers hechten aan deze doortrekking van de situatie zoals die geldt voor gehuwden veel waarde. Aan de erkenning wordt – zo regelt het gewijzigde wetsvoorstel in het voorgestelde artikel 251b – nu automatisch gezamenlijk gezag gekoppeld (behoudens de in paragraaf 5.2 vermelde uitzonderingen). Dit heeft tot gevolg dat de ambtenaar van de burgerlijke stand (hierna: ABS) niet meer bij iedere erkenning eerst zou moeten toetsen of aan de criteria voor gezamenlijk gezag is voldaan, zoals dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel het geval was. Daarmee brengt dit gewijzigd wetsvoorstel geen substantiële wijzigingen voor de ABS en het gezagsregister met zich mee ten opzichte van de bestaande situatie. In hoofdstuk 6 wordt hier nader op ingegaan.

Dit wetsvoorstel bewerkstelligt na inwerkingtreding dat als een persoon die niet met de moeder is gehuwd en ook niet haar geregistreerd partner is, het *ongeboren* kind van de moeder erkent, de moeder en deze erkennen vanaf de geboorte gezamenlijk het gezag over dat kind uitoefenen. Indien de erkenning pas na de geboorte plaatsvindt, oefent de moeder in de regel vanaf de geboorte tot het moment van de erkenning het eenhoofdig gezag over het kind uit. Vanaf het moment van de erkenning oefenen de ouders vervolgens het gezamenlijk gezag uit. Op die manier sluit de wettelijke standaard aan bij de wensen en verwachtingen van het merendeel van de ongehuwde juridische ouders. Het is dan immers niet meer nodig dat ongehuwde ouders meerdere stappen moeten ondernemen om tot gezamenlijk gezag over het kind te komen met alle – reeds in hoofdstuk 3 geschetste – nadelige gevolgen van dien.

Op de geschetste hoofdregel van gezamenlijk gezag van rechtswege bij erkenning worden in het gewijzigd wetsvoorstel enkele uitzonderingen gemaakt die hierna in paragraaf 5.2 worden toegelicht.

5.2 Uitzonderingen op gezamenlijk gezag van rechtswege

Initiatiefnemers hechten eraan het gelijkwaardig ouderschap te verbeteren en stellen daarbij het belang van het kind voorop. Het opnemen van gezamenlijk gezag van rechtswege als hoofdregel draagt bij aan gelijkwaardig ouderschap en is in veel gevallen in het belang van het kind. In uitzonderingsgevallen kan dit anders zijn. Daarom zijn in het gewijzigd wetsvoorstel op de hoofdregel van automatisch gezamenlijk gezag bij erkenning enkele uitzonderingen geformuleerd. Dit houdt verband met het feit dat een huwelijkse situatie deels ook anders is dan de situatie waarin een kind wordt erkend. Bij binnen huwelijk geboren kinderen bestaan er bij de geboorte twee juridische ouders, terwijl erkenning ook (ver) na de geboorte kan plaatsvinden. Dan bestaat dus in tegenstelling tot binnen huwelijk geboren kinderen de mogelijkheid dat reeds op een andere manier in het gezag is voorzien, bijvoorbeeld omdat de moeder het gezag al met een ander dan een ouder uitoefent. Daarnaast bestaan er gevallen waarin de moeder en/of degene die het kind wil erkennen, gezamenlijk gezag niet wenselijk vinden. Voorkomen moet worden dat om die reden niet tot erkenning wordt overgegaan. Daarom maakt het wetsvoorstel het mogelijk dat in zo'n geval geen gezamenlijk gezag van rechtswege ontstaat, maar dat de moeder het eenhoofdig gezag behoudt. Ook ontstaat er geen gezamenlijk gezag van rechtswege, indien de erkenning met vervangende toestemming van de rechtbank tot stand is gekomen.

Voor dergelijke situaties zijn in het voorgestelde artikel 251b in het eerste lid, onderdelen a tot en met c, en het tweede lid een vijftal uitzonderingen op de hoofdregel opgenomen.

5.2.1 Uitzonderingen 1 t/m 3: gezag bij voogd, gezag komt te ontbreken, gezag uitgeoefend met een ander dan een ouder

Er ontstaat geen gezamenlijk gezag op grond van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, onderdeel a, indien een voogd met de voogdij over het kind is belast. Er ontstaat tevens geen gezamenlijk gezag op grond van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, onderdeel b, indien de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken. Er ontstaat evenmin gezamenlijk gezag op grond van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, onderdeel c, indien de ouder die het gezag heeft, dit gezamenlijk met een ander dan een ouder uitoefent. Voor deze drie uitzonderingen op gezamenlijk gezag van rechtswege is aangesloten bij de weigeringsgronden die de griffier blijkens het huidige artikel 252, tweede lid, onderdelen c tot en met e, hanteert voor het aantekenen van gezamenlijk gezag in het gezagsregister. Met de hoofdregel van gezamenlijk gezag bij erkenning wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de hoofdregel dat ouders gedurende hun huwelijk het gezag gezamenlijk uitoefenen (artikel 251, eerste lid). Bij binnen huwelijk geboren kinderen bestaan er bij de geboorte echter veelal twee juridische ouders. Erkenning kan ook (ver) na de geboorte plaatsvinden. Dan bestaat dus in tegenstelling tot bij binnen huwelijk geboren kinderen de mogelijkheid dat reeds op een andere manier in het gezag is voorzien.

Voor een uitgebreide toelichting op deze drie uitzonderingen verwijzen de initiatiefnemers naar het artikelsgewijs deel van deze memorie van toelichting (zie aldaar de toelichting op artikel 1, onderdeel C).

5.2.2 Uitzondering 4: Eenhoofdig gezag moeder als gezamenlijke wens van moeder en erkenner

De situatie kan zich voordoen dat beide ouders het erover eens zijn dat gezamenlijk gezag geen goede optie is in hun geval. Deze uitzonderingssituatie betreft de situatie waarin de moeder van het kind en haar partner beiden willen dat deze laatste het kind erkent, maar niet met het ouderlijk gezag wordt belast. In deze situatie moet volgens initiatiefnemers op eenvoudige wijze kunnen worden afgeweken van het van rechtswege verkrijgen van gezamenlijk gezag door erkenning. Het is onwenselijk als daarvoor een gerechtelijke procedure gestart moet worden. Dan bestaat het risico dat kinderen, teneinde gezagsverzekering door de partner te voorkomen niet worden erkend. Daarom regelt dit wetsvoorstel dat als in de akte van erkenning of in de notariële akte ingeval de erkenning bij de notaris wordt geregeld, is opgenomen dat de moeder en de erkenner hebben verklaard dat de moeder het eenhoofdig gezag uitoefent, er geen gezamenlijk gezag van rechtswege ontstaat. De ABS die deze akte (opmaakt en) inschrijft in de registers van de burgerlijke stand stelt de griffier in kennis van dit eenhoofdig gezag, ter aantekening in het gezagsregister. Hiertoe moet aan artikel 2 van het Besluit gezagsregister een grond worden toegevoegd, namelijk de aantekening van eenhoofdig gezag, bedoeld in artikel 251b, tweede lid. De griffier stelt het college van B&W van de bijhoudingsgemeente van deze gezagsaantekening op de hoogte (zie de voorgestelde wijziging van artikel 2.28 Wet basisregistratie personen), zodat dit binnen enkele werkdagen door de Afdeling Burgerzaken in de basisregistratie personen kan worden opgenomen. Naast het vergemakkelijken van de procedure voor ouders die het erover eens zijn dat gezamenlijk gezag niet wenselijk is, beperkt deze mogelijkheid ook de kans dat de moeder toestemming voor erkenning weigert puur en alleen om gezag van de partner over het kind te voorkomen. Op dit aspect wordt hierna in paragraaf 5.2.3 nader ingegaan.

5.2.3 Uitzondering 5: Eenhoofdig gezag moeder bij vervangende toestemming rechtbank voor erkenning

Indien de moeder geen toestemming voor de erkenning geeft, zal degene die het kind wil erkennen een verzoek om vervangende toestemming tot erkenning moeten indienen bij de rechtbank. Als de erkenning met vervangende toestemming van de rechtbank tot stand komt, ontstaat geen gezamenlijk gezag van rechtswege bij de ouders, maar oefent de moeder het eenhoofdig gezag uit. Indien ook gezamenlijk gezag van rechtswege zou ontstaan bij erkenning met vervangende toestemming door de rechtbank, dan zou de rechterlijke toets die de rechter thans uitvoert bij een verzoek om vervangende toestemming niet volstaan. De vraag of vervangende toestemming voor erkenning kan worden verleend, vergt immers een andere beoordeling dan de vraag of ouders met het gezamenlijk gezag kunnen worden belast. De vervangende toestemming tot erkenning zal (in het geval de erkenner de verwekker is van het kind of de biologische vader, niet zijnde de verwekker, die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind) worden verleend, tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt (artikel 203, derde lid). Een verzoek om gezamenlijk gezag zou worden afgewezen in geval dat het kind klem en verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is (artikel 253c, tweede lid). Door de koppeling tussen vervangende toestemming en gezamenlijk gezag zou de toets door de rechter voor het verlenen van vervangende toestemming dus te beperkt zijn. Gelet op de onwenselijkheid daarvan is deze koppeling niet gemaakt. Kortom, indien de rechter vervangende toestemming voor erkenning heeft verleend, oefent de moeder het eenhoofdig gezag uit (het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, onderdeel b).

Als de rechtbank vervangende toestemming heeft verleend voor de erkenning en de moeder derhalve het eenhoofdig gezag uitoefent, blijkt dit uit de akte van erkenning die de ABS heeft opgemaakt of, als de erkenning bij de notaris is geregeld, uit de notariële akte waarbij de erkenning is geregeld. De ABS die deze akte inschrijft in de registers van de burgerlijke stand stelt de griffier in kennis van dit eenhoofdig gezag, ter aantekening in het gezagsregister. Hiertoe zal aan artikel 2 van het Besluit gezagsregister een grond moeten worden toegevoegd, namelijk de aantekening van de erkenning met vervangende toestemming, bedoeld in artikel 251b, tweede lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. De griffier stelt het college van B&W van de bijhoudingsgemeente van deze gezagsaantekening op de hoogte (zie de voorgestelde wijziging van artikel 2.28 Wet basisregistratie personen), zodat dit binnen enkele werkdagen door de Afdeling Burgerzaken in de basisregistratie personen kan worden opgenomen. Indien degene die het kind erkend heeft gezamenlijk gezag wil, kan hij/zij daartoe een verzoek bij de rechtbank indienen. De erkenning en het gezamenlijk gezag worden in dat geval door de rechtbank apart getoetst.

Hieronder is een schematisch overzicht opgenomen van de in deze paragraaf beschreven vijf uitzonderingen op de hoofdregel dat een erkenner het gezag van rechtswege verkrijgt. Indien een van deze uitzonderingen van toepassing is, verkrijgen de ouders dus niet van rechtswege het gezamenlijk gezag over het kind.

	Uitzondering op gezamenlijk gezag van rechtswege:	Nieuw wetsartikel	Huidig wetsartikel	Artikelsgewijze toelichting
1	Een voogd is met de voogdij over het kind belast	1:251b-1-a BW	1:252-2-c BW	Artikel I, onderdeel C
2	De voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken	1:251b-1-b BW	1:252-2-d BW	Artikel I, onderdeel C
3	Het gezag wordt door de moeder gezamenlijk met een ander dan een ouder uitgeoefend	1:251b-1-c BW	1:252-2-e BW	Artikel I, onderdeel C
4	De akte van erkenning bevat een verklaring van de moeder en de erkenner dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend	1:251b-2-a BW		Artikel I, onderdeel C
5	De erkenning vindt plaats met vervangende toestemming als bedoeld in artikel 204, derde of vierde lid	1:251b-2-b BW		Artikel I, onderdeel C

6. Uitvoeringsaspecten en kenbaarheid gezagssituatie

6.1 De (toegang tot de) basisregistratie personen

Ingevolge artikel 1.3 van de Wet basisregistratie persoonsgegevens (hierna: Wet BRP) heeft de basisregistratie personen (hierna: BRP) primair tot doel organen van de Nederlandse overheid te voorzien van de in de BRP opgenomen gegevens, voor zover deze gegevens noodzakelijk zijn voor de vervulling van hun taak. Verder heeft de BRP mede tot doel derden – anderen dan een overheidsorgaan en de ingeschrevene – te voorzien van de in de BRP opgenomen gegevens. De verstrekking van gegevens uit de BRP is geregeld in hoofdstuk 3 van de Wet BRP. Zowel de Minister als het college van B&W van de bijhoudingsgemeente, voor zover het om zijn ingezetenen gaat, kunnen gegevens uit de BRP verstrekken aan overheidsorganen en derden.

Overheidsorganen ontvangen op hun verzoek gegevens uit de BRP die noodzakelijk zijn voor de goede vervulling van hun taak (artikel 3.2 van de Wet BRP). Derden kunnen op verzoek gegevens ontvangen die noodzakelijk zijn voor het verrichten van bij algemene maatregel van bestuur (i.c. bijlage 4 bij het Besluit BRP) aangewezen werkzaamheden met een gewichtig maatschappelijk belang. Het gaat dan om werkzaamheden die samenhangen met een overheidstaak, strekken tot het in stand houden van een voorziening voor burgers die onderwerp is van overheidszorg of waarbij anderszins gelet op de overheidsbemoeyenis met die werkzaamheden, ondersteuning daarvan door gegevensverstrekking uit de BRP gerechtvaardigd is (artikel 3.3 van de Wet BRP). Het gewichtig maatschappelijk belang moet een Nederlands gewichtig maatschappelijk belang zijn. De inperking inzake de verknochtheid aan overheidstaken of -bemoeyenis heeft betrekking op de Nederlandse overheid.⁵⁰ Dit staat er overigens niet aan in de weg dat gegevensverstrekking plaatsvindt aan een persoon of instantie buiten Nederland.

6.2 Kenbaarheid gezagssituatie via de basisregistratie personen

Het college van B&W is verantwoordelijk voor het bijhouden van de in de BRP geregistreerde gegevens over ingezetenen. Artikel 2.7, eerste lid, onderdeel a, van de Wet BRP regelt dat in de BRP gegevens worden

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 219, nr. 6, p. 47.

opgenomen over de burgerlijke staat waar het onder meer betreft ouders, huwelijk, geregistreerd partnerschap en kinderen (onder 1°) en over het gezag dat over een minderjarige wordt uitgeoefend (onder 4°). De ABS, die onder andere belast is met het opmaken van akten, zoals geboorteakten en akten van erkenning, meldt voor de bijhouding van de BRP relevante feiten die hij in de registers van de burgerlijke stand heeft opgenomen terstond aan het college van B&W (artikel 2.27, eerste lid, Wet BRP).

De griffier van de rechtbank die een wijziging van gezag heeft aangekend in het gezagsregister, meldt deze wijziging op grond van het huidige artikel 2.28, derde lid, Wet BRP aan het college van B&W, ter registratie in de BRP. Op grond van de voorgestelde wijziging van dit artikel zal de griffier *alle rechtsfeiten* die betrekking hebben op de gezagsuitoefening over een minderjarige moeten melden aan het college van B&W. Dat geldt dus niet alleen voor rechtsfeiten die leiden tot een wijziging in het gezag, maar ook voor rechtsfeiten die geen wijziging in het (van rechtswege bestaande eenhoofdig) gezag van de moeder met zich meebrengen. Dit betreft de uitzondering dat moeder en erkenner gezamenlijk verklaren dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend en de uitzondering dat de erkenning heeft plaatsgevonden met vervangende toestemming als bedoeld in artikel 204, derde of vierde lid (zie de paragrafen 5.2.2 en 5.2.3).

Door de voorgestelde aanpassing van de Wet BRP kan, indien in de praktijk onduidelijkheid bestaat over de gezagssituatie, uit de BRP worden afgeleid of zich een uitzonderingsgrond voordoet of dat de hoofdregel van gezamenlijk gezag van rechtswege geldt. Deze kenbaarheid uit de BRP is overigens geen voorwaarde voor het ontstaan van het gezamenlijk gezag. Het gezamenlijk gezag ontstaat in geval van erkenning na de geboorte op het moment van de erkenning en is niet afhankelijk van een registratie in de BRP. De ABS die deze akte van erkenning opmaakt, stelt de griffier hiervan in kennis. De griffier stelt vervolgens het college van B&W van de bijhoudingsgemeente van deze gezagsaantekening op de hoogte (zie de voorgestelde wijziging van artikel 2.28 Wet BRP), zodat deze binnen enkele werkdagen door de Afdeling Burgerzaken in de BRP kan worden opgenomen. Zo kan ook uit de BRP worden afgeleid dat het juridisch ouderschap is ontstaan door erkenning. Aan deze situatie c.q. werkwijze verandert niks. Als er daarnaast niets op de persoonslijst van het kind staat vermeld over het gezag dat over hem of haar wordt uitgeoefend, kan daaruit in principe worden afgeleid dat de moeder en de erkenner gezamenlijk gezag van rechtswege hebben. Dit is anders indien de moeder onbevoegd is tot het gezag in verband met haar minderjarigheid. Uit de op haar persoonslijst in de BRP opgenomen leeftijd volgt dat zij minderjarig is en er ook geen meerderjarigheidsverklaring is of sprake is van een voogdijbeslissing. Voorts kan in dat geval evenmin uit de persoonslijst van het kind worden afgeleid dat in het gezag over het kind is voorzien. Deze combinatie maakt dat er ook geen gezamenlijk gezag van rechtswege kan ontstaan, op grond van de uitzondering in het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, onderdeel b. Op die wijze is via raadpleging van de BRP kenbaar dat geen sprake is van gezamenlijk gezag. Daarnaast kan het zo zijn dat een kind binnen huwelijk geboren wordt terwijl de echtgenoot van de moeder niet de vader is van het kind. Dan hebben de echtgenoten in beginsel wel het gezamenlijk gezag over het kind en ontstaat evenmin gezamenlijk gezag van de moeder en de erkenner, zie de uitzondering van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, onderdeel c. Dat al gezamenlijk gezag met de echtgenoot van de moeder bestaat, zal dan op grond van de Wet BRP blijken uit de vermelding van het huwelijk en de echtgenoot op de persoonslijst van de moeder.

6.3 Kenbaarheid van de gezagssituatie via het gezagsregister

Initiatiefnemers merken wat betreft het gezagsregister op dat het wetsvoorstel ten aanzien van (de rol van de ABS met betrekking tot) het gezagsregister is gewijzigd. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was die rol aanzienlijk: de ABS zou bij iedere erkenningsaanvraag eerst moeten toetsen of aan een aantal criteria voor gezamenlijk gezag is voldaan. Daarbij zou de ABS toegang tot het gezagsregister verkrijgen om daarin aantekening te (laten) maken van de eventueel aanwezige beletselen voor het verkrijgen van gezamenlijk gezag. Deze situatie c.q. werkwijze kreeg in de consultatieronde veel kritiek.

Daarom is het wetsvoorstel zodanig gewijzigd dat door de erkenning automatisch gezamenlijk gezag ontstaat, zonder dat de ABS bij iedere erkenning eerst zou moeten toetsen of aan de criteria voor gezamenlijk gezag is voldaan, zoals dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel het geval was. Ook is het daarmee niet meer nodig dat de ABS toegang behoeft tot het gezagsregister in verband met het aantekenen van de beletselen voor het verkrijgen van gezamenlijk gezag.

Daarmee brengt dit gewijzigd wetsvoorstel geen substantiële wijzigingen voor de ABS en het gezagsregister met zich mee ten opzichte van de bestaande situatie.

In het gewijzigde wetsvoorstel blijft daarom het doel van het gezagsregister grotendeels gelijk: hierin worden vrijwel alleen rechtsfeiten opgenomen, die niet reeds automatisch volgen uit de wet. Wel zal in het gezagsregister het eenhoofdig gezag van de moeder worden geregistreerd, indien de moeder en de erkenner bewust hiervoor kiezen alsook indien de erkenning met vervangende toestemming van de rechtbank heeft plaatsgevonden. Voor het overige zal er in het gezagsregister slechts een registratie plaatsvinden als er iets in de reeds geregistreerde gezagssituatie wijzigt (bijvoorbeeld als na vervangende toestemming voor erkenning de rechter later alsnog een verzoek tot gezamenlijk gezag inwilligt). Onder het huidige recht worden in het gezagsregister wijzigingen in het gezag reeds geregistreerd.

6.4 Notariële akte van erkenning

Het blijft mogelijk om bij notariële akte een kind te erkennen (artikel 203 van Boek 1 BW). Dit kan handig zijn als de erkenner bijvoorbeeld in het buitenland verblijft. Evenals bij een door de ABS opgemaakte erkenningsakte ontstaat op grond van dit wetsvoorstel het gezamenlijk gezag van rechtswege op het moment van erkenning bij de notaris, tenzij sprake is van de uitzonderingsgrond in het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, onderdeel a, BW. Indien de erkenning bij de notaris plaatsvindt, kunnen de moeder van het kind en haar partner ten overstaan van de notaris verklaren dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend (artikel 251b, lid 2, onderdeel a, BW). Deze verklaring wordt in de notariële akte opgenomen. De betreffende notaris stuurt op grond van artikel 20e, derde lid, van Boek 1 BW onverwijld een afschrift of uittreksel van de notariële akte naar de ABS. De ABS die deze akte inschrijft in de registers van de burgerlijke stand stelt de griffier in kennis van het eenhoofdig gezag, ter aantekening in het gezagsregister.⁵¹

⁵¹ Hiertoe dient aan artikel 2 van het Besluit gezagsregister een grond te worden toegevoegd, namelijk de aantekening van eenhoofdig gezag, bedoeld in artikel 251b, tweede lid. Zie ook paragraaf 5.2.2.

7. Internationaal privaatrechtelijke aspecten

Dit wetsvoorstel beoogt gezamenlijk gezag van rechtswege voor ongehuwde partners bij erkenning van een kind in een puur Nederlandse situatie te bewerkstelligen. Dit wetsvoorstel wijzigt dan ook niets op het terrein van het internationaal privaatrecht. Zodra een internationaal element een rol speelt bij erkenning of gezagsverkrijging wordt op basis van internationaal privaatrechtelijke regels bepaald of Nederlands recht dan wel buitenlands recht op de erkenning of de gezagsverkrijging van toepassing is. Volledigheidshalve besteden initiatiefnemers in dit hoofdstuk aandacht aan deze internationaal privaatrechtelijke regels. In het internationaal privaatrecht zijn erkenning en gezag afzonderlijke onderwerpen die elk eigen internationaal privaatrechtelijke rechtsregels kennen. Hierna worden eerst de internationaal privaatrechtelijke regels die gelden voor erkenning, zoals opgenomen in Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek, besproken (paragraaf 7.1). Daarna komen de internationaal privaatrechtelijke regels die gelden voor gezagsverkrijging, vermeld in het Haags Verdrag 1996, aan de orde (paragraaf 7.2).

Gelet op de complexiteit van het internationaal privaatrecht willen initiatiefnemers nog benadrukken dat eenieder die internationaal woont, werkt en leeft er verstandig aan doet zich goed te informeren over de rechtsgevolgen daarvan, zeker als het de positie van en verantwoordelijkheid voor kinderen betreft.

7.1 Erkenning

Ingevolge artikel 95 lid 1 van Boek 10 BW worden de bevoegdheid tot erkenning van een kind en de voorwaarden waaronder erkenning mogelijk is, beheerst door het nationale recht van de persoon die tot erkenning wil overgaan. Als deze persoon meer dan één nationaliteit heeft, dan is het nationale recht bepalend waaronder de erkenning mogelijk is. Is volgens het nationale recht van de persoon die tot erkenning wil overgaan erkenning niet of niet meer mogelijk, dan biedt het eerste lid van artikel 95 van Boek 10 BW op basis van het zogenoemde begunstigingsbeginsel drie mogelijkheden («conflictenrechtelijke herkansingen») om erkenning alsnog mogelijk te maken.

1. De erkenning vindt plaats onder het recht van de gewone verblijfplaats van het kind.
2. Indien de erkenning onder dat recht niet of niet meer mogelijk is, dan wordt nagegaan of erkenning kan plaatsvinden onder het nationale recht van het kind.
3. Is erkenning ook onder het nationale recht van het kind niet of niet meer mogelijk, dan wordt tenslotte nagegaan of de erkenning kan plaatsvinden onder het recht van de gewone verblijfplaats van de persoon die tot erkenning wil overgaan.

Op de erkenning van een kind met gewone verblijfplaats in Nederland door een vader met een buitenlandse nationaliteit is dus in beginsel buitenlands recht van toepassing. Pas als volgens dat recht erkenning niet of niet meer mogelijk is, zou de erkenning op grond van het begunstigingsbeginsel kunnen geschieden via het Nederlandse recht (als het recht van de gewone verblijfplaats van het kind).

Voor de vraag of de moeder en/of het kind toestemming moet verlenen voor erkenning, geldt een aparte conflictregel. In dat geval is het nationale recht van degene die de toestemming moet verlenen van toepassing. Als het om een Nederlandse moeder gaat, dan is altijd Nederlands recht van toepassing. Ook als de moeder een dubbele nationaliteit heeft, waarvan één de Nederlandse is, zie artikel 95, derde lid, van Boek 10 BW. Deze

regel heeft tot doel de moeder te beschermen. Zo wordt namelijk bereikt dat een Nederlandse moeder altijd toestemming mag weigeren.

Een erkenning die in het buitenland is verricht en neergelegd is in een buitenlandse door een daartoe bevoegde autoriteit opgestelde akte kan in Nederland op grond van de voorwaarden genoemd in artikel 101 van Boek 10 BW worden erkend. Aan het opmaken van de akte dient een behoorlijk onderzoek en een behoorlijke rechtspleging te zijn voorafgegaan. Daarnaast mag de in de akte neergelegde erkenning van het kind niet kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare orde en ook niet onverenigbaar zijn met een onherroepelijke beslissing van de Nederlandse rechter.

7.2 Gezag

Het gewijzigd wetsvoorstel regelt dat gezag van rechtswege ontstaat in geval van erkenning. De vraag welk recht van toepassing is op het van rechtswege verkrijgen van gezag over een kind is geregeld in het Haags Verdrag van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (hierna: HKV 1996). Dit verdrag is voor Nederland in werking getreden op 1 mei 2011. Ingevolge artikel 16 HKV 1996 wordt het van rechtswege ontstaan van ouderlijk gezag, zonder tussenkomst van een rechterlijke of administratieve autoriteit, beheerst door het recht van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Hieruit volgt dat de vraag of de erkenning van een kind leidt tot het verkrijgen van rechtstreeks gezag afhangt van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, ongeacht onder welk recht de erkenning van het kind heeft plaatsgevonden. Erkenning en gezag zijn aldus afzonderlijke onderwerpen.

Dit betekent dat als het kind in Nederland woont het Nederlandse recht bepaalt aan wie ouderlijk gezag toekomt. Dit is dus anders als het gaat om erkenning (zie paragraaf 7.1): als het kind in Nederland woont en de vader een buitenlandse nationaliteit heeft, verloopt de erkenning via buitenlands recht, maar wordt de vraag betreffende het gezag van rechtswege beoordeeld naar Nederlands recht. Een kind kan uiteraard ook de gewone verblijfplaats in het buitenland hebben. Als de erkenner ook de buitenlandse nationaliteit heeft, gaat zowel de erkenning als de gezagsverrijking via het buitenlandse recht. Dat hoeft niet hetzelfde buitenlandse recht te zijn. Een Franse vader erkent in Nederland een kind dat in Portugal woont. Frans recht beheerst de voorwaarden voor de erkenning, Portugees recht bepaalt wie van rechtswege het ouderlijk gezag over het kind heeft. Gezag is dus alleen van rechtswege als dit in het nationale recht van de gewone verblijfplaats van het kind is geregeld.

8. Overgangsrecht

Het automatisme van gezamenlijk gezag na erkenning zal alleen gelden voor nieuwe situaties. Alle ouders die een kind hebben gekregen en erkend voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet, blijven vallen onder de huidige regelgeving. Dit heeft mogelijk tot gevolg dat bij een tweede kind de vader of duomoeder wel automatisch gezag verkrijgt, maar deze dat over het eerste kind (nog) niet heeft. Zodra dit wetsvoorstel in werking treedt is het daarom wenselijk dat de ambtenaar van de burgerlijke stand bij verwerking van de erkenningsaanvraag ouders op de nieuwe situatie van gezag van rechtswege attendeert. Op die manier kan het wetsvoorstel tevens het positieve effect hebben dat als onbedoeld het gezag over eerdere kinderen ontbreekt, dit wordt opgemerkt en kan worden hersteld.

9. Adviezen

Initiatiefnemers hebben het wetsvoorstel ter consultatie voorgelegd aan de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken (NVVB), de Raad voor de Rechtspraak (RvdR), de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht (Staatscommissie IPR) en de vereniging van Familie- en erfrecht Advocaten Scheidingsmediators (vFAS). De van hen ontvangen reacties zijn als bijlage bij deze gewijzigde memorie van toelichting gevoegd.⁵² Initiatiefnemers danken de geraadpleegde organisaties voor hun verwelkomende reacties en gaan in deze paragraaf (voor zover dit niet reeds eerder in deze gewijzigde memorie van toelichting is gedaan) op hoofdlijnen in op de gedane suggesties ter verbetering of verduidelijking van het voorstel.

Omwille van de leesbaarheid en om herhalingen zoveel mogelijk te voorkomen, hebben initiatiefnemers ervoor gekozen om de kernpunten van de adviezen op hoofdlijnen samen te vatten en daarop in meer algemene zin te reageren. De NVVB heeft nog enkele specifieke aandachtspunten benoemd die niet in deze gewijzigde memorie van toelichting zijn verwerkt. Op deze aandachtspunten wordt in paragraaf 9.2 afzonderlijk ingegaan. In paragraaf 9.3 wordt het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State benoemd. Het rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap komt in paragraaf 9.4 aan de orde. Tot slot behandelt paragraaf 9.5 de inbreng van geconsulteerde partijen op het gebied van het internationaal privaatrecht.

9.1 Algemene reactie op hoofdlijnen

Initiatiefnemers zijn verheugd met de in algemene zin overwegend positieve reacties op het wetsvoorstel. Alle geconsulteerde partijen achten het met initiatiefnemers wenselijk en sommige zelfs noodzakelijk om een eenvoudige en goede koppeling tussen erkenning en gezag, ook voor «nieuwe samenlevingsvormen en gezinssamenstellingen» mogelijk te maken. Voorts danken initiatiefnemers de geconsulteerde partijen voor de opmerkzaamheid op (wetstechnische) onvolkomenheden. Voor zover nog relevant zijn deze in het nu voorliggende gewijzigde wetsvoorstel hersteld.

Voor de NOvA en vFAS zijn zeer positief over het wetsvoorstel. Zij benoemen in hun reactie dat de huidige wetgeving niet beantwoordt aan het VN-verdrag en kinderrechtenverdragen, waarbij Nederland is aangesloten. Initiatiefnemers achten dit punt ook van groot belang en danken voornoemde partijen voor het expliciet benadrukken daarvan. Deze gewijzigde memorie van toelichting is hierop aangescherpt, onder andere in paragraaf 3.1 over het beter waarborgen van het belang van het kind en in hoofdstuk 4 (Constitutionele analyse).

Een ander belangrijk punt dat door vFAS en de NOvA wordt benadrukt, is dat de (rechts)praktijk – nu de samenleving is veranderd – vraagt om een koppeling van rechtswege tussen erkenning en gezag. Beide brancheverenigingen merken vanuit hun werkteerren onzekerheid en onwetendheid bij ouders als het gaat om gezagsvraagstukken. Dit kan tot schrijnende situaties leiden, bijvoorbeeld als bij (onbewust) eenhoofdig gezag de gezagdragende ouder het kind meeneemt naar een andere woonplaats (in binnen- of buitenland). Zowel vFAS als de NOvA vinden dat dit wetsvoorstel bijdraagt aan de duidelijkheid en transparantie van de geregistreerde gegevens. Gelet op de ervaringen van deze organisaties in de praktijk zijn initiatiefnemers vernoegd met deze conclusies.

⁵² Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

De RvdR en NVVB hebben daarentegen ook enkele kritische punten aangekaart in hun reacties. In algemene zin constateren initiatiefnemers dat de bezwaren van de RvdR en NVVB met name zagen op het gekozen «registratiesysteem». Deze organisaties waarschuwden dat de gekozen regeling – dat de ambtenaar van de burgerlijke stand belast zou worden met een nieuwe toetsingstaak en dat het gezagsregister in de kenbaarheid over de «gezagsstatus over een kind» een belangrijke rol zou gaan spelen – zeer complex en moeilijk uitvoerbaar zou zijn. Zoals eerder toegelicht hebben initiatiefnemers de opmerkingen van de RvdR en NVVB ter harte genomen en het wetsvoorstel op dit punt (grondig) aangepast. Initiatiefnemers menen met deze aanpassingen de kritische aandachtspunten te hebben ondervangen. Zo vervallen met dit gewijzigd wetsvoorstel de punten aangedragen door de RvdR met betrekking tot het centraal gezagsregister, de IT-gevolgen en de werkdruk voor de ABS.

Ook menen initiatiefnemers dat het gewijzigde wetsvoorstel tegemoetkomt aan het verzoek van de NVVB om een procedure te vinden waarin het gezag wel uit de wet voortvloeit, en niet uit het feit dat de ABS moet hebben vastgesteld dat aan de wettelijke eisen is voldaan. Initiatiefnemers verwachten derhalve dat de gewijzigde regeling tot minder uitvoeringslasten leidt, waar de NVVB en RvdR bij het oorspronkelijke wetsvoorstel voor waarschuwden.

Naar aanleiding van het gewijzigde wetsvoorstel is deze memorie van toelichting hierop aangepast. Om niet in herhaling te vallen, verwijzen initiatiefnemers wat betreft de punten die zien op de regeling omtrent gezagsregistratie specifiek naar hoofdstuk 6 van deze gewijzigde memorie van toelichting. Vanwege het punt van de RvdR of niet volstaan kan worden met goede voorlichting over (de aanvraag van) gezag aan ouders die niet gehuwd zijn of een geregistreerd partnerschap hebben, is in deze memorie van toelichting nog scherper het doel, nut en noodzaak van dit wetsvoorstel aangezet (zie hoofdstuk 3). Ook de Afdeling advisering van de Raad van State heeft overigens in haar advies gewezen op de optie van betere voorlichting. Initiatiefnemers verwijzen voor een reactie ten aanzien van dit punt naar paragraaf 9.3, waarin initiatiefnemers hun reactie op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State geven.

9.2 Reactie op specifieke punten NVVB

De NVVB vroeg aandacht voor het overgangsrecht. Zij stellen dat er geen overgangsrecht is en geen terugwerkende kracht. De initiatiefnemers verduidelijken graag dat artikel III van het gewijzigde wetsvoorstel overgangsrecht bevat: op alle erkenningen die voorafgaand aan inwerkingtreding van het voorstel tot wet zijn gedaan, blijft het huidige gezagsrecht gelden.⁵³ De artikelsgewijze toelichting bij dat artikel gaat in op de door de NVVB geschetste situatie van de ongeborne vrucht die vlak voor de wetswijziging erkend wordt en een half jaar nadien wordt geboren.

De NVVB merkt voorts terecht op dat het belangrijk is dat een erkenner rechtsmiddelen heeft om op te komen tegen een onterechte toekenning van het gezamenlijk gezag aan ouder en erkenner, omdat de ABS niet op de hoogte is van de meest recente rechtsfeiten. In het gewijzigde wetsvoorstel vindt echter geen toets door de ABS meer plaats, waardoor dit punt niet meer relevant is.

⁵³ In het oorspronkelijke wetsvoorstel was het overgangsrecht opgenomen in artikel II.

9.3 Reactie op advies Afdeling advisering Raad van State

De initiatiefnemers danken de Afdeling advisering van de Raad van State voor het waardevolle advies. Ook naar aanleiding van dit advies hebben de initiatiefnemers het voorstel van wet en de memorie van toelichting gewijzigd. Voor zover nog relevant gaan initiatiefnemers in deze paragraaf op de hoofdpunten uit het advies in. Verder verwijzen initiatiefnemers naar het afzonderlijke Kamerstuk met de reactie van initiatiefnemers op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (Kamerstuk 34 605, nr. 4).

De Afdeling adviseert om in de memorie van toelichting een toereikende motivering te geven voor het van rechtswege koppelen van gezag en erkenning in het licht van het risico dat de vereiste toestemming voor erkenning door de moeder niet zal worden verleend met het oog op de aan de erkenning verbonden gezamenlijke uitoefening van het gezag en het kind derhalve slechts één juridisch ouder heeft. Tevens adviseert de Afdeling in te gaan op de vraag of met (nog) betere voorlichting een deel van de bestaande problematiek kan worden opgelost. Daarnaast adviseert de Afdeling in te gaan op het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap.

Wat betreft het door de Afdeling geconstateerde risico dat dit wetsvoorstel de kans vergroot dat de moeder die geen gezamenlijk gezag wenst, geen toestemming tot erkenning zal geven, overwegen initiatiefnemers als volgt. Op dit moment is er een klein percentage moeders dat toestemming tot erkenning weigert. Vaak is er in die gevallen geen sprake geweest van een relatie of zijn de ouders met elkaar in conflict, bijvoorbeeld vanwege de ondertussen beëindigde relatie. Initiatiefnemers verwachten niet dat het percentage moeders dat toestemming voor erkenning weigert veel groter zal worden, indien aan deze erkenning van rechtswege gezamenlijk gezag gekoppeld wordt.

Desalniettemin menen initiatiefnemers met de Afdeling dat ervoor gezorgd moet worden dat de kans dat geen toestemming tot erkenning wordt verleend zo klein mogelijk is. Daarom regelt dit gewijzigde wetsvoorstel dat als de ouders gezamenlijk bij de ABS dan wel bij de notaris die de akte van erkenning opmaakt, verklaren dat alleen de moeder het gezag uitoefent, er geen gezamenlijk gezag van rechtswege ontstaat. Dit is vervolgens ook kenbaar in zowel het gezagsregister als de BRP. Hiermee wordt voorkomen dat ouders, indien zij het er samen over eens zijn dat gezamenlijk gezag niet wenselijk is (bijvoorbeeld omdat de vader in het buitenland woont), een verzoek tot eenhoofdig gezag bij de rechtbank moeten indienen. Voorts regelt dit gewijzigde wetsvoorstel dat geen gezamenlijk gezag van rechtswege ontstaat, indien de erkenning met vervangende toestemming van de rechtbank tot stand is gekomen. Indien de moeder dus niet wenst dat de vader of duomoeder ook met het gezag wordt belast, zou zij toestemming voor erkenning kunnen weigeren, in welk geval de vader of duomoeder vervangende toestemming voor de erkenning bij de rechtbank kan verzoeken.

Kortom, niet alleen regelt dit wetsvoorstel dat eensgezinde ouders op een laagdrempelige manier kunnen regelen dat de moeder eenhoofdig gezag uitoefent, maar ook dat de rechtbank, indien nodig, vervangende toestemming voor de erkenning kan verlenen zonder dat dit leidt tot automatische verkrijging van gezamenlijk gezag. Deze uitzonderingen zijn in paragraaf 5.2.2 en 5.2.3 van deze memorie van toelichting toegelicht.

Ten aanzien van het verzoek van de Afdeling om in te gaan op de vraag of met (nog) betere voorlichting een deel van de bestaande problematiek niet kan worden opgelost, merken initiatiefnemers het volgende op. Waar betere voorlichting inderdaad een deel van de conflicten kan wegnemen als onbewust geen gezamenlijk gezag ontstaat, neemt dat niet weg dat er een inherente en – volgens de initiatiefnemers – principiële onjuiste rechtsongelijkheid tussen moeder en erkener bestaat ten opzichte van gehuwde ouders. De ongehuwde erkener is immers zowel voor het kunnen uitoefenen van gezag als voor het kunnen ontzeggen van het gezag aan de moeder bij een conflict tussen beide ouders afhankelijk van de rechter. De ongehuwde moeder krijgt daarentegen van rechtswege gezag. Die ongelijkheid is niet in het belang van het kind, veroorzaakt indirect ook een ongelijkheid tussen de groepen «kinderen van gehuwden» en «kinderen van ongehuwden», en kan dit niet enkel met betere voorlichting opgeheven worden.

Initiatiefnemers merken op dat ook de RvdR naar aanleiding van de consultatieronde de vraag had gesteld of niet volstaan kan worden met goede voorlichting over (de aanvraag van) gezag aan ouders die niet gehuwd of als partner geregistreerd zijn. In deze memorie van toelichting is daarom nog scherper het doel, nut en noodzaak van dit wetsvoorstel aangezet (zie hoofdstuk 3).

Tot slot merken initiatiefnemers nog op dat dit wetsvoorstel het gelijkwaardig ouderschap beoogt te verbeteren en dat daarbij het belang van het kind voorop wordt gesteld. Vandaar dat dit wetsvoorstel regelt dat gezamenlijk gezag over het kind als hoofdregel van rechtswege verkregen wordt, ook als geen sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap. Dit gewijzigde wetsvoorstel draagt volgens initiatiefnemers dus bij aan een meer gelijkwaardige positie tussen moeder en partner dan onder het huidige recht het geval is.

9.4 Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap

De Staatscommissie Herijking ouderschap adviseert in haar rapport om het gezag niet automatisch te koppelen aan erkenning. Zij is van oordeel dat het nemen van de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van een kind een bewuste keuze dient te zijn. Als ouders met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, mag deze keuze worden verondersteld. Als ouders vóór de geboorte van het kind geen huwelijk of geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, kan er naar het oordeel van de Staatscommissie Herijking ouderschap niet zonder meer worden verondersteld dat de ouders daadwerkelijk samen de verzorging en opvoeding op zich willen nemen.⁵⁴ Wat de initiatiefnemers betreft, sluit dit niet aan bij de maatschappelijke ontwikkelingen. Ook is hier feitelijk sprake van een principiële onjuiste rechtsongelijkheid, te weten tussen ongehuwden en gehuwden. Dit is te meer prangend nu meer dan de helft van de eerstgeborenen tegenwoordig voorafgaand aan een huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt geboren. Als het eerstgeboren kind een broertje of zusje krijgt, is de kans dat de ouders nog geen huwelijk of geregistreerd partnerschap zijn aangegaan tien procent minder dan bij eerstgeborenen. Anders gezegd: gaandeweg gaan ouders vaak alsnog een formele verbintenis met elkaar aan. Daarbij zegt het aangaan van het soort relatie met een ander weinig tot niets over het al dan niet bewust maken van een keuze tot een duurzame opvoedingsrelatie met een eventueel uit de relatie geboren kind.

⁵⁴ Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap, *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*, p. 442.

De Staatscommissie Herijking ouderschap geeft aan dat een directe koppeling het gezagsrecht minder ingewikkeld zou maken en de kenbaarheid voor derden om te weten wie het gezag over het kind heeft en dus bevoegd is beslissingen over het kind te nemen sterk zou vergroten.⁵⁵ Daarbij vindt de Staatscommissie Herijking ouderschap het onwenselijk dat nu wel de erkenning vóór de geboorte kan worden geregeld, maar niet het gezamenlijk gezag. Daarom beveelt zij in aanbeveling 39 van haar rapport aan om te faciliteren dat de wens tot uitoefening van gezamenlijk gezag door juridische ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, vóór de geboorte van het kind kenbaar kan worden gemaakt via registratie in het gezagsregister, waarna het gezamenlijk gezag ontstaat op het tijdstip van de geboorte van het kind (evenals dit het geval is als de ouders met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap hebben). Dit wetsvoorstel regelt dat indien erkenning voor de geboorte plaatsvindt, direct bij de geboorte gezamenlijk gezag ontstaat zonder dat de erkenner een registratie in het gezagsregister hoeft te (laten) doen. In die zin komt dit wetsvoorstel tegemoet aan de aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap.

Kortom, de initiatiefnemers blijven achter het doel van het initiatiefwetsvoorstel staan om een principiële onjuiste rechtsongelijkheid, te weten tussen ongehuwden en gehuwden, maar ook indirect tussen de beide groepen kinderen, weg te nemen. Vandaar dat dit wetsvoorstel regelt dat gezamenlijk gezag over het kind als hoofdregel van rechtswege verkregen wordt, ook als geen sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap.

9.5 Internationaal privaatrechtelijke aspecten

Initiatiefnemers zijn tot slot de Staatscommissie IPR en de RvdR zeer erkentelijk voor hun adviezen met betrekking tot het hoofdstuk over internationaal privaatrechtelijke regels die een rol spelen indien sprake is van een internationaal element bij erkenning of gezagsverkrijging. Naar aanleiding van de adviezen en suggesties van de Staatscommissie IPR en de RvdR hebben initiatiefnemers hoofdstuk 7 van deze memorie van toelichting aangepast.

10. Financiële gevolgen

Initiatiefnemers hebben de NVVB en de RvdR gevraagd naar de financiële gevolgen van dit wetsvoorstel. De NVVB heeft aangegeven dat de financiële gevolgen gering zijn. Eventuele kosten betreffen die welke verbonden zijn aan het verstrekken van voorlichtingsmateriaal over de nieuwe situatie aan de ABS.

Initiatiefnemers hebben de RvdR gevraagd om de financiële impact van het gewijzigde wetsvoorstel te duiden. De RvdR heeft aangegeven dat er verschillende factoren van invloed zijn op de werklast. De RvdR heeft meer tijd nodig om precies te kunnen inschatten wat er per saldo uit de geconstateerde plussen en minnen komt. In een later stadium zal de RvdR initiatiefnemers hierover formeel adviseren. Initiatiefnemers zijn verheugd met de aanvullende opmerking van de RvdR dat zij positief tegenover de inhoud van het gewijzigde wetsvoorstel staan.

⁵⁵ Ibidem.

11. Administratieve lasten

De automatische koppeling van erkenning aan gezamenlijk gezag zal voor ongehuwde partners leiden tot een vermindering van de administratieve lasten. Door het van rechtswege ontstaan van het gezamenlijk gezag bij de erkenning hoeven zij geen apart verzoek meer bij de griffier van de rechtbank meer in te dienen tot aantekening van het gezamenlijk gezag in het gezagsregister.

II. ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Inleiding

In onderdeel C van dit artikel wordt voorgesteld een artikel 251b in te voegen in afdeling 2 van Titel 14 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek inzake het ouderlijk gezag. De overige onderdelen betreffen technische wijzigingen in verband met de invoeging van dit nieuwe artikel 251b.

Onderdeel A (artikel 247)

Het vierde en vijfde lid van artikel 247 regelen het recht op gelijkwaardige opvoeding en verzorging van een kind na het uit elkaar gaan van ouders die gezamenlijk gezag over het kind hebben. Onderdeel A regelt, door het toevoegen in deze twee artikelleden van een verwijzing naar het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, dat dit recht van het kind op gelijkwaardige verzorging en opvoeding ook geldt, indien de moeder en de persoon die het kind heeft erkend het gezamenlijk gezag uitoefenen op grond van artikel 251b, eerste lid, en zij hun samenleving beëindigen.

Onderdeel B (artikel 247a)

Ingevolge artikel 815, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dienen echtgenoten bij hun verzoek tot echtscheiding een ouderschapsplan te overleggen met betrekking tot hun minderjarige kinderen. Blijkens artikel 247a moeten ook ongehuwde ouders met gezamenlijk gezag die hun samenleving beëindigen een ouderschapsplan opstellen. Onderdeel B zorgt ervoor dat dit artikel ook geldt voor ouders die hun gezamenlijk gezag ontnemen aan het voorgestelde artikel 251b, eerste lid.

Onderdeel C (artikel 251b)

Artikel 251b, eerste lid, aanhef (Hoofdregeel gezamenlijk gezag van rechtswege)

Op grond van het huidige artikel 252 is het voor niet met elkaar gehuwde en niet als partner geregistreerde ouders slechts mogelijk gezamenlijk het gezag over hun kind uit te oefenen, indien zij beiden een verzoek doen tot aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister. Onderdeel C introduceert een nieuw artikel 251b, waarmee in geval van erkenning artikel 252 geen opgeld meer doet.

Op grond van het voorgestelde artikel 251b geldt als hoofdregeel dat de moeder en de persoon die het kind heeft erkend automatisch gezamenlijk het gezag over hun kind uitoefenen (eerste lid, aanhef). Het kan daarbij zowel gaan om een erkenning door middel van een akte van erkenning, opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand, als om een erkenning bij notariële akte.

Indien de erkenning voor de geboorte van het kind plaatsvindt, ontstaat het gezamenlijk gezag op het moment van de geboorte. Indien de erkenning na de geboorte van het kind plaatsvindt, ontstaat het gezamenlijk gezag op het moment van erkenning. Bij erkenning na de geboorte van het kind is derhalve de datum van (ondertekening van) de akte van erkenning of de notariële akte waarin de erkenning heeft plaatsgevonden bepalend.

De akte van erkenning die door de ambtenaar van de burgerlijke stand (hierna: ABS) wordt opgemaakt, zal aansluitend worden ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. In geval van een notariële akte zal er iets meer tijd overheen gaan voordat deze wordt ingeschreven, nu een afschrift of uittreksel van de notariële akte eerst door de notaris naar de ABS zal moeten worden verzonden, alvorens deze in de registers van de burgerlijke stand kan worden ingeschreven (zie ook artikel 20e, derde lid). Dit laat onverlet dat het gezamenlijk gezag aanvangt op het moment van erkenning.

Indien een erkenning nietig is (artikel 204), omdat zij bijvoorbeeld is gedaan door een persoon die geen huwelijk met de moeder mag sluiten of door een minderjarige jonger dan zestien jaar, heeft deze erkenning geen rechtsgevolgen en ontstaat derhalve geen gezamenlijk gezag. Indien een verzoek tot vernietiging van een erkenning wordt ingediend (artikelen 205 en 205a) en tegen de rechterlijke uitspraak waarin de erkenning is vernietigd geen rechtsmiddel meer kan worden ingesteld, wordt de erkenning geacht geen rechtsgevolgen te hebben gehad. Dit betekent dat zolang de procedure tot vernietiging van erkenning nog loopt, de ouders het gezag nog gezamenlijk uitoefenen. Zodra de vernietiging van de erkenning definitief is, geldt dat de erkenner nooit de vader is geweest en de moeder met terugwerkende kracht het eenhoofdig gezag heeft.

Artikel 251b, eerste lid, onderdelen a t/m c (uitzonderingen 1 t/m 3 op de hoofdregel)

Inleiding

Op de hoofdregel van automatisch gezamenlijk gezag bij erkenning formuleert het voorgestelde artikel 251b in het eerste lid, onderdelen a tot en met c, en het tweede lid, onderdelen a en b, vijf uitzonderingen, die hierna afzonderlijk worden toegelicht.

Voor de uitzonderingen op gezamenlijk gezag, vermeld in het eerste lid, onderdelen a t/m c, is aangesloten bij de weigeringsgronden die de griffier blijktens het huidige artikel 252, tweede lid, onderdelen c tot en met e, hanteert voor het aantekenen van gezamenlijk gezag in het gezagsregister. Met de hoofdregel van gezamenlijk gezag bij erkenning wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de hoofdregel dat ouders gedurende hun huwelijk het gezag gezamenlijk uitoefenen (artikel 251, eerste lid). Bij binnen huwelijk geboren kinderen bestaan er bij de geboorte echter veelal twee juridische ouders. Erkenning kan ook (ver) na de geboorte plaatsvinden. Dan bestaat dus in tegenstelling tot bij binnen huwelijk geboren kinderen de mogelijkheid dat reeds op een andere manier in het gezag is voorzien.

Het is niet nodig om in het voorgestelde artikel 251b als uitzonderingsgrond ook de weigeringsgronden die de griffier blijktens artikel 252, tweede lid, onderdelen a en b, hanteert op te nemen. De weigeringsgrond in artikel 252, onder a, inhoudende dat één of beide ouders onbevoegd is tot het gezag, behoeft niet apart te worden opgenomen, omdat artikel 253q een algemene regel over onbevoegdheid tot gezag bevat, die zowel bij gehuwde als bij ongehuwde ouders kan worden toegepast.

Artikel 253q, eerste lid, bepaalt dat wanneer een van de ouders onbevoegd is, de andere ouder het gezag alleen uitoefent en dat het gezamenlijk gezag van rechtswege herleeft, indien de grond van onbevoegdheid komt te vervallen. Indien sprake is van onbevoegdheid tot gezag bij de moeder die toestemming geeft tot erkenning, geldt dat op grond van het voorgestelde artikel 251b geen gezamenlijk gezag ontstaat. In dat geval zal namelijk een voogd met de voogdij over het kind zijn belast (onderdeel a) of zal de voorziening in het gezag over het kind ontbreken (onderdeel b). Indien sprake is van onbevoegdheid tot gezag bij de erkener, ontstaat wel van rechtswege gezamenlijk gezag, maar kan de vader dit gezag pas samen met de moeder uitoefenen, zodra de grond voor onbevoegdheid is weggefallen.

De weigeringsgrond die de griffier blijkens artikel 252, tweede lid, onderdeel b, hanteert houdt in dat het gezag van één van beide ouders is beëindigd en de andere ouder het gezag uitoefent. Deze situatie zal zich niet voordoen, omdat erkenning niet mogelijk is indien er reeds twee ouders zijn. De erkenning is in dat geval nietig, zie artikel 204, eerste lid, onderdeel e.

Zoals gezegd gaat het voorgestelde artikel 251b uit van gezamenlijk gezag van rechtswege bij erkenning, tenzij een van de uitzonderingsgronden van het eerste lid, onderdelen a tot en met c, of het tweede lid, onderdelen a en b, zich voordoet. Indien in de praktijk onduidelijkheid bestaat over de gezagssituatie, kan door middel van de voorgestelde wijziging van artikel 2.28 Wet BRP uit de basisregistratie personen (BRP) worden afgeleid of zich een uitzonderingsgrond voordoet. Zie hierover nader de artikelsgewijze toelichting bij artikel II. Zie over de BRP en het gezagsregister verder paragraaf 5.2 en de paragrafen 6.1 tot en met 6.3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Artikel 251b, eerste lid, onderdeel a

Er ontstaat geen gezamenlijk gezag op grond van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, indien een voogd met de voogdij over het kind is belast (onderdeel a). De rechtbank benoemt een voogd over een minderjarig kind die niet onder ouderlijk gezag staat en die geen voogd heeft (artikel 295). Indien ten aanzien van een kind alleen het moederschap vaststaat van de vrouw uit wie het kind geboren is of indien de ouders niet gehuwd zijn (geweest) en het gezag niet gezamenlijk uitoefenen, oefent de moeder van rechtswege het gezag alleen uit, tenzij zij bij haar bevalling onbevoegd was tot het gezag (artikel 253b, eerste lid). De moeder is onbevoegd tot het gezag, indien zij minderjarig is, onder curatele is gesteld of indien haar geestvermogens zodanig zijn gestoord, dat zij in de onmogelijkheid verkeert het gezag uit te oefenen (artikel 246). In dat geval (bij het volledig ontbreken van ouderlijk gezag) kan door de rechtbank een voogd worden benoemd. In geval van onbevoegdheid door minderjarigheid kan de moeder de kinderrechtster verzoeken haar meerderjarig te verklaren, waardoor zij het gezag kan uitoefenen. In het geval dat zij bijna 18 jaar is, kan het gezag ook open blijven staan totdat deze leeftijd wordt bereikt (zie ook de toelichting hierna bij het eerste lid, onderdeel b). Aangezien een moeder die bijvoorbeeld vanwege minderjarigheid onbevoegd is tot het gezag, wel toestemming tot erkenning kan geven, is het nodig om (het reeds bestaan van) voogdij hier als uitzonderingsgrond op het van rechtswege ontstaan van gezag na erkenning op te nemen. Immers, een minderjarige moeder (die dus onbevoegd is tot gezag) kan wel toestemming tot erkenning geven met als gevolg dat de erkenning plaatsvindt. Indien daaraan van rechtswege gezag zou worden gekoppeld (en de uitzonderingsgrond voogdij zou ontbreken), dan zou niet alleen de voogd, maar ook de erkener het gezag hebben. Dit terwijl er alleen sprake kan zijn van voogdij als ouderlijk gezag volledig ontbreekt.

Artikel 251b, eerste lid, onderdeel b

Er ontstaat tevens geen gezamenlijk gezag op grond van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, indien de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken (onderdeel b). Het gezag kan bijvoorbeeld ontbreken indien de voogd is overleden of als de ongehuwde moeder ten tijde van de geboorte bijna achttien jaar is. In het laatste geval blijft het gezag open totdat zij meerderjarig wordt.

Artikel 251b, eerste lid, onderdeel c

Er ontstaat evenmin gezamenlijk gezag op grond van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, indien de ouder die het gezag heeft, dit gezamenlijk met een ander dan een ouder uitoefent (onderdeel c). Dit geval kan zich voordoen, indien een kind tijdens huwelijk is geboren en de echtgenoot van de moeder van het kind niet de ouder is van dat kind. De echtgenoten hebben dan in beginsel wel het gezamenlijk gezag (artikel 253sa). Deze uitzondering kan zich eveneens voordoen, indien bijvoorbeeld de moeder en haar vriend, die niet de vader is van het kind, op beider verzoek gezamenlijk gezag van de rechtbank hebben verkregen (artikel 253t).

Artikel 251b, tweede lid, onderdelen a en b (uitzonderingen 4 en 5 op de hoofdregel)

De in het tweede lid opgenomen uitzonderingen op de hoofdregel van gezamenlijk gezag van rechtswege betreffen twee situaties waarin het gezag alleen door de moeder uit wie het kind is geboren wordt uitgeoefend.

Artikel 251b, tweede lid, onderdeel a

De moeder van het kind en haar partner kunnen het beiden wenselijk achten dat de partner het kind (wel) erkent, maar niet met het ouderlijk gezag wordt belast. Een verklaring van moeder en erkenner inhoudende dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend is hiervoor voldoende (lid 2, onderdeel a). Deze verklaring zal ten overstaan van de ABS moeten worden gedaan of – indien de erkenning bij de notaris plaatsvindt – bij notariële akte. De ABS zal ingevolge het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, tweede zin, een afschrift van de erkenningsakte of de notariële akte waarmee de erkenning en de verklaring zijn geregeld aan de griffier toesturen, ter aantekening van de verklaring in het gezagsregister. Zie hierover verder paragraaf 5.2.2 van het algemeen deel van deze gewijzigde memorie van toelichting.

Artikel 251b, tweede lid, onderdeel b

Er ontstaat ook geen gezamenlijk gezag op grond van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, indien de erkenning tot stand is gekomen met vervangende toestemming van de rechtbank als bedoeld in artikel 204, derde en vierde lid (lid 2, onderdeel b). In dat geval wordt het eenhoofdig gezag uitgeoefend door de moeder.

Op grond van artikel 204, eerste lid, onderdeel c, heeft een erkenner schriftelijke toestemming voor de erkenning nodig van de moeder, indien een kind nog geen zestien jaar oud is. Indien een kind twaalf jaar of ouder is, is daarnaast ook schriftelijke toestemming nodig van het kind, zie artikel 204, eerste lid, onderdeel d. In beide gevallen kan de toestemming ook worden gegeven ter gelegenheid van het opmaken van de akte van erkenning bij de ABS (artikel 204, tweede lid). Indien geen toestemming wordt gegeven, kan de toestemming in bepaalde gevallen door

toestemming van de rechtbank worden vervangen (artikel 204, derde en vierde lid). In de (notariële) akte van erkenning zal dan zijn opgenomen dat deze erkenning met vervangende toestemming van de rechtbank heeft plaatsgevonden. Indien de erkenning door middel van vervangende toestemming van de rechtbank tot stand is gekomen, stuurt de ABS ingevolge het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, tweede zin, een afschrift van de erkenningsakte of van de notariële akte waarmee de erkenning is geregeld aan de griffier, ter aantekening van de erkenning met vervangende toestemming in het gezagsregister. Zie hierover verder paragraaf 5.2.3 van het algemeen deel van deze toelichting. Indien de moeder het eenhoofdig gezag uitoefent, kan de erkenner de rechtbank (in de toekomst) alsnog verzoeken de ouders met het gezag te belasten of hem alleen met het gezag te belasten (artikel 253c).

Onderdeel D (artikel 252)

Op grond van het huidige artikel 252 kunnen niet met elkaar gehuwde ouders en ouders die geen geregistreerd partnerschap zijn aangegaan slechts gezamenlijk het gezag over hun kind uitoefenen, indien zij dat op beider verzoek hebben laten aantekenen in het gezagsregister. Vanwege de introductie van de nieuwe hoofdregel in het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, aanhef, geldt artikel 252 in de eerste plaats voor de restcategorie van gevallen, te weten die waarin het ouderschap door gerechtelijke vaststelling daarvan is ontstaan en die waarbij de partner van de ouder die het gezag heeft het kind adopteert (de zgn. stiefouderadoptie). Tevens kan artikel 252 opgeld doen in de gevallen waarin geen gezamenlijk gezag van rechtswege bij erkenning is ontstaan. Ook dan kan op een later moment alsnog een beroep op artikel 252 worden gedaan. Zo kunnen ongehuwde ouders die, na erkenning met vervangende toestemming van de rechtbank op grond van artikel 251b, tweede lid, onder b, in de toekomst weer op goede voet met elkaar staan alsnog samen een verzoek bij de griffier indienen tot aantekening van gezamenlijk gezag. Dit is in een dergelijk geval een laagdrempeliger optie tot het (alsnog) verkrijgen van gezamenlijk gezag dan wanneer de erkenner daartoe naar de rechtbank moet.

Onderdeel E (artikel 253n)

Artikel 253n, eerste lid, regelt dat de rechter het gezamenlijk gezag van niet gehuwde ouders in bepaalde gevallen op verzoek kan beëindigen. Onderdeel E vult de in artikel 253n, eerste lid, opgenomen verwijzingen aan met een verwijzing naar het voorgestelde artikel 251b, eerste lid. Uitgangspunt bij beëindiging van de samenleving van ongehuwde ouders is dat – evenals na echtscheiding – het gezag van beide ouders in stand blijft, zie HR 28 maart 2003, NJ 2003/359. In dit verband wordt – door toevoeging van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, aan artikel 253n, eerste lid – het tweede lid van artikel 253n van overeenkomstige toepassing. Dat lid regelt op welke gronden de rechter na ontbinding van het huwelijk het gezag aan één ouder kan toekennen (te weten het klemcriterium of anderszins noodzakelijk in het belang van het kind). Artikel 253n wordt met dit gewijzigd wetsvoorstel dusdanig aangepast ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel dat hiermee voor ongehuwde ouders die hun samenleving beëindigen volledig wordt aangesloten bij de rechtssituatie die in deze geldt voor ouders van wie het huwelijk is ontbonden door echtscheiding.

Artikel II (artikel 2.28 Wet BRP)

Op grond van het huidige artikel 2.28, derde lid, van de Wet BRP is de griffier van de rechtbank verplicht om het college van B&W te informeren

over een wijziging in het gezag die hij in het gezagsregister heeft aangetekend, ter vermelding in de BRP. Het huidige artikel 2.28 Wet BRP omvat niet de verplichting om ook de aantekening van de verklaring en de erkenning met vervangende toestemming, bedoeld in het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, van Boek 1 BW, te melden aan het college van B&W, omdat die rechtsfeiten geen wijziging in het gezag behelzen. Als het gaat om een erkenning na de geboorte zal de moeder in principe voorafgaand aan de erkenning reeds het eenhoofdig gezag hebben en is dus geen sprake van een wijziging in het gezag. Artikel 2.28, derde lid, Wet BRP wordt met dit wetsvoorstel aldus aangepast dat de griffier die een rechtsfeit in het gezagsregister heeft aangetekend dat betrekking heeft op de gezagsuitoefening over een minderjarige en dat van belang is voor de bijhouding van de basisregistratie personen, van dit rechtsfeit melding maakt aan het college van B&W.

Met deze aanpassing van artikel 2.28, derde lid, Wet BRP wordt bewerkstelligd dat bedoelde melding door de griffier aan het college van B&W ook gebeurt met betrekking tot de aantekening van de verklaring en de erkenning met vervangende toestemming, bedoeld in het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, onder a en b, van Boek 1 BW. Zie hierover ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel C, en over de Wet BRP verder de paragrafen 5.2.2 en 5.2.3 en de paragrafen 6.1 tot en met 6.3 van het algemeen deel van deze toelichting.

Met de voorgestelde wijziging in het vierde lid van artikel 2.28 Wet BRP wordt wetstechnisch aangesloten bij de voorgestelde wijzigingen in het derde lid.

Artikel III (Overgangsrecht)

Het wetsvoorstel heeft vanaf het moment van inwerkingtreding onmiddellijke werking voor alle nieuwe gevallen van erkenning.

Artikel III regelt het overgangsrecht. Op erkenningen die hebben plaatsgevonden voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel blijft het huidige artikel 252 van toepassing. Dit betekent dat in een dergelijk geval een moeder en de erkenner van haar kind die alsnog het gezamenlijk gezag over hun kind willen uitoefenen, een verzoek moeten doen tot aantekening van het gezamenlijk gezag in het gezagsregister conform het huidige artikel 252.

Artikel IV (Inwerkingtreding)

Het streven is om dit wetsvoorstel zo spoedig mogelijk in werking te laten treden.

Bergkamp
Van Wijngaarden