

Vergaderjaar 2019–2020

34 605

Voorstel van wet van de leden Bergkamp en Van Wijngaarden tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met directe koppeling van erkenning en gezamenlijk gezag voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners

Nr. 4

ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 13 januari 2017 no. W03.16.0374/II en de reactie van de initiatiefnemers d.d. 16 januari 2020, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 15 november 2016 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Bergkamp en Van Wijngaarden tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met directe koppeling van erkenning en gezamenlijk gezag voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners, met memorie van toelichting.

De initiatiefnemers willen met dit initiatiefwetsvoorstel bereiken dat de ongehuwde partner van de moeder die zijn of haar kind erkent, van rechtswege tevens het gezag verkrijgt tenzij een uitzonderingsgrond van toepassing is.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert in de toelichting een toereikende motivering te geven voor de gemaakte keuze van gezamenlijk gezag van rechtswege bij erkenning, in het licht van het risico dat dan geen erkenning plaatsvindt en het kind slechts één ouder heeft. Tevens adviseert de Afdeling in het wetsvoorstel rekening te houden met het feit dat de rechter het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag moet gaan meewegen bij de beoordeling of vervangende toestemming tot erkenning verleend wordt. Daarnaast is het nodig op de gevolgen van het voorstel voor buitenlandse erkenningen in te gaan.

De initiatiefnemers danken de Afdeling advisering van de Raad van State voor het advies. Zij hebben hier met belangstelling kennis van genomen. Naar aanleiding van het advies hebben de initiatiefnemers het voorstel van wet gewijzigd. Tevens is de memorie van toelichting aangepast. De initiatiefnemers gaan hierna nader in op het advies.

1. Inleiding

De initiatiefnemers beogen met het wetsvoorstel het in hun ogen ongerechtvaardigde onderscheid tussen (kinderen geboren uit) gehuwde ouders die van rechtswege het gezamenlijk gezag hebben enerzijds, en (uit) ongehuwde ouders die dat niet hebben anderzijds, weg te nemen. Voorts beoogt het voorstel de wet in overeenstemming te brengen met de feitelijke verwachtingen van ouders dat zij het gezamenlijk gezag verkrijgen bij erkenning. Tot slot worden door het voorstel volgens de initiatiefnemers problemen voorkomen indien de ouders later uit elkaar gaan of zij een meningsverschil krijgen bij beslissingen over belangrijke aangelegenheden met betrekking tot het kind.

2. Automatische koppeling gezamenlijk gezag aan erkenning

De erkenning is een rechtshandeling, waardoor een kind met alleen een juridische moeder een tweede juridische ouder krijgt doordat de erkenner het kind als zijn/haar kind verklaart. De moeder moet toestemming geven voor de erkenning van haar kind, omdat door de erkenning de erkenner in een familierechtelijke relatie tot haar kind komt te staan.

De situaties waarin een man of vrouw¹ een kind erkent, kunnen heel divers zijn. De moeder en de erkenner kunnen een duurzame relatie met elkaar hebben, maar dit hoeft geenszins het geval te zijn. Wanneer het voorstel tot wet wordt verheven, is het niet ondenkbaar dat het van rechtswege koppelen van gezag aan erkenning een drempel gaat 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 was het vorenstaande tot nu toe reden niet automatisch gezamenlijk gezag te koppelen aan de erkenning.² Het voorgaande neemt niet weg dat kinderen nu met enige regelmaat wel twee ouders hebben door erkenning, maar dat één ouder geen gezag heeft omdat niet het gezamenlijk gezag is verzocht.³ Met name als de relatie vervolgens wordt verbroken, kan dit tot moeizame procedures leiden. De toelichting vermeldt dat blijkens een enquête onder leden van de Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators onwetendheid bij ongehuwde en niet-geregistreerde paren dat het gezag apart van de erkenning geregeld moet worden oorzaak van de problemen is en dat de voorlichting die ongehuwde ouders krijgen blijkbaar tekort schiet. In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag waarom (nog) betere voorlichting geen soelaas zou kunnen bieden zodat problemen kunnen worden verminderd of worden voorkomen en tegelijk het hierboven vermelde risico dat het voorstel een drempel kan vormen voor het geven van toestemming voor erkenning zich minder voordoet.

¹ Een vrouw die met een vrouw is gehuwd en die niet het kind gebaard heeft, kan ook het kind erkennen dat binnen hun huwelijk wordt geboren. Dit is noodzakelijk als de echtgenoten geen verklaring kunnen overleggen waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is. De toelichting gaat er echter vanuit dat erkenning alleen plaatsvindt buiten het huwelijk.

² Zie onder meer: 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 huwelijk (ingezonden 31 augustus 2011) met de daarop door de regering gegeven antwoorden).

³ Het is niet duidelijk waarom ouders niet het gezamenlijk gezag laten aantekenen. Via het digitaal loket rechtspraak.nl kan kosteloos gezamenlijk gezag worden aangevraagd. Met DigiD wordt toegang verkregen tot het digitale formulier aanvragen gezamenlijk gezag en de website vult automatisch de gegevens aan uit de Basisregistratie personen (BRP) (<https://loket.rechtspraak.nl/burgers/familiezaken/32>).

De Staatscommissie Herijking ouderschap adviseert in haar rapport om het gezag niet automatisch te koppelen aan erkenning. Naar het oordeel van de Staatscommissie dient het nemen van de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van een kind een bewuste keuze te zijn. Als ouders met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, mag deze keuze worden verondersteld. In andere situaties mag – aldus de Staatscommissie – niet zonder meer worden verondersteld dat de ouders daadwerkelijk de verzorging en opvoeding op zich willen nemen. Het huidige systeem, waarbij de juridische ouders in het gezagsregister laten aantekenen dat zij gezamenlijk het gezag willen uitoefenen, biedt hiervoor volgens de Staatscommissie een voldoende voorziening.⁴

De toelichting gaat slechts beperkt in op het vraagstuk dat moeders wellicht vaker toestemming voor erkenning zullen onthouden als er van rechtswege gezamenlijk gezag aan is gekoppeld. Er wordt slechts gesteld dat dit met name situaties zou betreffen waarbij ouders zodanig met elkaar in conflict zijn, dat de moeder toestemming weigert voor de erkenning teneinde de verkrijging van het gezag door de andere ouder te voorkomen.⁵ Vanzelfsprekend kon de toelichting niet ingaan op het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap.⁶

De Afdeling merkt op dat er op dit moment in zeer diverse situaties geen gezamenlijk gezag wordt gevraagd. Als dit bewust wordt gedaan, kunnen ouders ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend of een daartoe opgestelde notariële akte overleggen.⁷ Als blijkaar betere voorlichting kan voorkomen dat pas op het moment dat een relatie onder spanning staat, wordt ontdekt dat aan de erkenning voor de erkenner geen gezag over het kind was verbonden, dan zou eerst naar (nog) betere voorlichting gestreefd moeten worden. Daarnaast is het niet ondenkbaar dat, als het voorstel tot wet wordt verheven, kinderen vaker dan onder de huidige regeling een juridische vader of duomoeder wordt onthouden, omdat geen (vervangende) toestemming tot erkenning wordt verleend. Dit is niet in het belang van het kind. De juridische ouderschapsband biedt immers waarborgen voor het kind. Deze ouderschapsband kan niet zomaar worden doorbroken, er bestaat een onderhoudsverplichting van ouders voor hun kinderen en het kind is erfgenaam. Hier staat tegenover dat er nu kinderen zijn die weliswaar twee ouders hebben maar één ouder niet het gezag uitoefent, omdat, wellicht uit onwetendheid, het gezamenlijk gezag niet is aangetekend in het gezagsregister. Ook dat is niet in het belang van een kind, maar (nog) betere voorlichting zou een bijdrage aan de oplossing van dit probleem kunnen leveren.

De uit een oogpunt van gelijke behandeling van gehuwde en ongehuwde ouders door de initiatiefnemers gemaakte keuze voor de koppeling van gezamenlijk gezag aan de erkenning veronderstelt dat het belang dat over erkende kinderen het gezamenlijk gezag wordt uitgeoefend, zwaarder weegt dan het risico dat vanwege het gevolg van het gezamenlijk gezag geen erkenning plaatsvindt en het kind slechts één (juridische) ouder heeft. In de toelichting wordt niet toereikend gemotiveerd waarom het eerste belang zwaarder moet wegen dan het risico dat geen toestemming of vervangende toestemming tot erkenning wordt verkregen en het kind

⁴ Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw, rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap, december 2016, blz. 442–443.

⁵ Paragraaf 4.2.2

⁶ Dit rapport is verschenen nadat het voorstel is ingediend. In het voorstel kon derhalve nog geen rekening zijn gehouden met het advies van de Staatscommissie.

⁷ Onderdeel D, artikel 251b, lid 1, onder f, voorstel

slechts één ouder heeft. Daarbij komt dat niet wordt ingegaan op de vraag of betere voorlichting een deel van de bestaande problematiek kan wegnemen.

De Afdeling adviseert in de toelichting een toereikende motivering te geven voor de gemaakte keuze van gezamenlijk gezag van rechtswege bij erkenning in het licht van het risico dat geen erkenning plaatsvindt in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege en het kind slechts één 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.

De initiatiefnemers danken de Afdeling voor hun waardevolle advies en zij gaan daar graag op in.

Allereerst merken initiatiefnemers op dat het wetsvoorstel ten aanzien van (de rol van de ambtenaar van de burgerlijke stand (hierna: 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 erkener 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 ook al wijzigingen in het gezag geregistreerd.

Zoals gezegd wordt in dit gewijzigde wetsvoorstel, net als bij gehuwde en als partner geregistreerde ouders, het uitgangspunt dus dat een erkener van rechtswege het gezag over een kind heeft. 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 enkele uitzonderingen). Dit heeft tot gevolg dat de 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.

Het gewijzigde wetsvoorstel regelt dat in geval van erkenning van een kind in de Basisregistratie Personen (BRP) wordt opgenomen dat die erkenning heeft plaatsgevonden door middel van een akte van erkenning. Net als bijvoorbeeld bij een huwelijk of geboorte komt derhalve ook als een ouder een kind heeft erkend het ouderschap van de erkenner via de ABS op de persoonslijst van het kind in de BRP te staan. Uit de BRP kan dan worden afgeleid dat het juridisch ouderschap is ontstaan door erkenning. Daarmee is het feit dat sprake is van gezamenlijk gezag ook kenbaar. Het gezamenlijk gezag ontstaat op het moment dat de akte van erkenning is opgemaakt. De registratie in de BRP is een logische vervolgstap maar is *an sich* geen voorwaarde voor het ontstaan van het gezamenlijk gezag. De registratie dient om het gezamenlijk gezag kenbaar te maken.

De Afdeling benoemt in haar advies het risico dat dit wetsvoorstel de kans vergroot dat de moeder die geen gezamenlijk gezag wenst, geen toestemming tot erkenning zal geven. Gevolg is dat de vader of duomoeder vervolgens via de rechtbank om vervangende toestemming moet vragen. Dit zou volgens de Afdeling kunnen leiden tot een substantiële afname van het aantal erkenningen. Initiatiefnemers merken 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 met de Afdeling dat ervoor gezorgd moet worden dat de kans dat een moeder geen toestemming tot erkenning geeft zo klein mogelijk is. Daarom regelt dit gewijzigde wetsvoorstel dat als de ouders gezamenlijk bij de ABS 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 ingevolge (de voorgestelde wijziging van) artikel 253n, eerste lid. Dit is vervolgens ook kenbaar in zowel het gezagsregister als de BRP. Naast het vergemakkelijken 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. Deze uitzondering is in hoofdstuk 5.2.2 van de gewijzigde memorie van toelichting toegelicht.

Dit wetsvoorstel beoogt het gelijkwaardig ouderschap te verbeteren en stelt 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 erkenner dit beiden niet wenselijk vinden. In geval van een conflict hierover kan via een rechterlijk oordeel de erkenner 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.

Verder vraagt de Afdeling of met (nog) betere voorlichting een deel van de bestaande problematiek niet kan worden opgelost. 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 – principieel onjuiste rechtsongelijkheid tussen moeder en erkenner bestaat ten opzichte van gehuwde ouders. De ongehuwde erkenner 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 echter van rechtswege gezag en kan door het weigeren van toestemming het ontstaan van gezamenlijk gezag voorkomen. 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 niet enkel met betere voorlichting opgeheven worden.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om in te gaan op het tussentijds verschenen rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap hebben de initiatiefnemers aan de memorie van toelichting een paragraaf 9.4 toegevoegd, waarin initiatiefnemers hun reactie geven op dit rapport.

3. Juridische aspecten

a. Vervangende toestemming erkenning door rechter

Onderdeel A voegt aan artikel 204 van boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) een lid toe op grond waarvan gelijktijdig met de indiening van een verzoek om vervangende toestemming voor de erkenning, de persoon die het kind wil erkennen ook het gezamenlijk gezag kan verzoeken. Volgens de toelichting is dit nodig «om in dezelfde procedure een uitspraak omtrent zowel de vervangende toestemming tot erkenning als het gezamenlijk gezag tezamen met de moeder te kunnen vragen».⁸

De Afdeling merkt op dat dit onderdeel miskent dat het voorstel van rechtswege het gezamenlijk gezag verbindt aan de erkenning. Bij de beoordeling door de rechter of vervangende toestemming voor de erkenning zal moeten worden verleend, zal de koppeling van het gezag mitsdien onderdeel gaan uitmaken van de beoordeling. De rechtbank kan op verzoek van de verwekker of de biologische vader van het kind, die niet de verwekker is en in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, de toestemming van de moeder wier kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt vervangen, 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.⁹ Voor de duomoeder geldt dat de toestemming kan worden vervangen als dit in het belang van het kind is.¹⁰

⁸ Toelichting, paragraaf 4.2.2.

⁹ Artikel 1:204, lid 3, BW.

¹⁰ Artikel 1:204, lid 4, BW.

In nagenoeg alle gevallen zal er bij vervangende toestemming tot erkenning na inwerkingtreding van dit voorstel, van rechtswege gezamenlijk gezag ontstaan.¹¹ De Afdeling merkt het volgende op.

I. Bij de beoordeling of vervangende toestemming tot erkenning verleend wordt, zal de rechter op grond van het voorstel ook het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag moeten meewegen. De meest toegepaste uitzonderingsgrond om geen vervangende toestemming tot erkenning te geven onder huidige recht (artikel 1:204, derde lid, BW), is evenwel niet geformuleerd in het licht van een dergelijke beoordeling. Daarbij komt dat deze uitzonderingsgrond in de huidige rechtspraak strikt worden toegepast, gelet op het uitgangspunt dat een verwekker die wil erkennen, aanspraak maakt op die erkenning.¹² In dit licht adviseert de Afdeling om in de toelichting nader in te gaan op de wijze waarop, als het voorstel tot wet wordt verheven en in werking treedt, de uitzonderingsgrond in de toekomst moet worden opgevat en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

II. Het is naar het oordeel van de Afdeling niet nodig om bij een verzoek vervangende toestemming tot erkenning tevens een verzoek tot gezamenlijk gezag te doen. De Afdeling adviseert daarom onderdeel A te schrappen.

Zoals reeds toegelicht zijn initiatiefnemers tot een gewijzigd voorstel van wet gekomen. In dit gewijzigde wetsvoorstel ontstaat geen gezamenlijk gezag van rechtswege bij erkenning, indien de moeder toestemming voor de erkenning heeft geweigerd en de toestemming op verzoek van de erkenner is vervangen door toestemming van de rechtbank. Er is voor gekozen om in geval van vervangende toestemming de huidige regeling te handhaven. Het oorspronkelijk voorgestelde artikel I, onderdeel A, komt derhalve met dit gewijzigde wetsvoorstel te vervallen. Na het verkrijgen van vervangende toestemming kan de erkenner een verzoek om gezamenlijk gezag indienen bij de rechtbank op grond van artikel 253c, eerste lid. Initiatiefnemers willen het aan de rechter laten om in voorkomende gevallen wel vervangende toestemming voor erkenning te geven, maar geen gezamenlijk gezag te doen ontstaan. Een van de redenen hiervoor is, zoals de Afdeling terecht opmerkt, dat aan het verlenen van erkenning een ander toetsingskader ten grondslag ligt dan aan gezagsverzekering. Als de moeder niet instemt met gezamenlijk gezag en de erkenner bij de rechtbank verzoekt om gezag, wijst de rechtbank het verzoek af als er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren raakt tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt of afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is (art. 253c lid 2 onder a en b). Initiatiefnemers achten deze toets in het belang van het kind en deze draagt bij aan de door initiatiefnemers beoogde gelijkwaardige positie tussen moeder en erkenner.

Het is ook in het belang van een kind dat indien de vader niet betrokken wil zijn bij de opvoeding van het kind, hij het kind wel kan erkennen en daarmee in een familierechtelijke betrekking tot het kind kan komen te staan. Als de rechter om vervangende toestemming voor erkenning gevraagd wordt, bestaat de kans evenwel dat er reeds op enige manier

¹¹ De Afdeling merkt op dat het in theorie mogelijk is dat – nadat de rechter vervangende toestemming tot erkenning heeft verleend – de ouders gezamenlijk verklaren dat zij niet gezamenlijk het gezag willen uitoefenen, maar dat dit een zeer onwaarschijnlijke situatie is.

¹² Zie onder meer: HR 8 april 1988, NJ 1989/170; HR 22 februari 1991, NJ 1991/376 en HR 9 oktober 1998, NJ 1998/871. Zie ook HR 16 februari 2001, NJ 2001/571 en HR 31 mei 2002, NJ 2002/470.

sprake is van conflict tussen de beide ouders en de initiatiefnemers achten het – uitgaande van het belang van het kind – onverantwoord in een dergelijk geval van rechtswege gezag te laten ontstaan.

b. Erkenningen in het buitenland

Erkenningen worden regelmatig in het buitenland gedaan. In dat geval maken de lokale autoriteiten een akte van erkenning op die op verzoek van de ouders in Nederland in de registers van de burgerlijke stand van de woongemeente of de gemeente Den Haag wordt ingeschreven, mits aan enige voorwaarden is voldaan.¹³

De Afdeling merkt op dat het voorstel geen duidelijkheid biedt hoe bij erkenningen in het buitenland de voorwaarden voor gezamenlijk gezag worden getoetst, indien Nederlands recht van toepassing is op de verkrijging van het gezamenlijk gezag. Ten eerste zullen de autoriteiten niet altijd op de hoogte zijn van de Nederlandse regeling en in het bijzonder de voorwaarden die moeten worden getoetst. Ten tweede zullen de buitenlandse lokale autoriteiten over het algemeen de voorwaarden niet kunnen toetsen, omdat zij geen toegang tot de Nederlandse registers hebben. Bij erkenningen die rechtsgeldig in het buitenland zijn gedaan, kan er van rechtswege gezamenlijk gezag ontstaan, terwijl wellicht niet aan de voorwaarden is voldaan.

De Afdeling adviseert toe te lichten hoe bij erkenningen in het buitenland de uitzonderingsgronden voor gezamenlijk gezag worden beoordeeld en hoe een en ander in de praktijk zal worden gerealiseerd. Indien het niet mogelijk is een sluitende regeling te realiseren, adviseert de Afdeling het voorstel aan te passen.

Zoals hierboven reeds toegelicht, is het wetsvoorstel gewijzigd. Het gezamenlijk gezag wordt niet meer afhankelijk van een toets door de ABS, maar ontstaat van rechtswege. Het risico van de door de Afdeling gesignaleerde problematiek dat buitenlandse lokale autoriteiten over het algemeen geen toegang tot de Nederlandse registers hebben, vervalt hierdoor. In de internationaal privaatrechtelijke systematiek is de koppeling tussen erkenning en gezag gelegen in het gezagsrecht. Indien het kind dat in het buitenland erkend is, zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft, is Nederlands recht van toepassing op de gezagsverzekrijging. De hoofdregel dat van rechtswege gezamenlijk gezag ontstaat, geldt dan dus ook. Dit gezamenlijk gezag is vervolgens kenbaar uit de BRP, zodra deze gegevens hierin zijn opgenomen. Het gewijzigd wetsvoorstel beoogt overigens het 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 gezagsverzekrijging wordt op basis van internationaal privaatrechtelijke regels bepaald of Nederlands recht dan wel buitenlands recht op de erkenning of de gezagsverzekrijging van toepassing is. Zie hierover ook de hoofdstukken 6 en 7 van het algemeen deel van de gewijzigde memorie van toelichting.

c. Kenbaarheid

In het gezagsregister zijn rechtsfeiten opgenomen, die niet van rechtswege volgen uit de wet. Ouders oefenen tijdens hun huwelijk of geregistreerd partnerschap van rechtswege het gezamenlijk gezag uit over

¹³ Zie artikel 10:101 jo 100 BW.

hun kinderen.¹⁴ Dit volgt uit de wet en is dus niet in het gezagsregister opgenomen.

Het voorstel voorziet erin dat de ouders gezamenlijk kunnen verklaren dat zij niet gezamenlijk met het gezag belast worden, ook al heeft erkenning plaatsgevonden. Ook ontstaat er geen gezamenlijk gezag indien naar het oordeel van de ambtenaar van de burgerlijke stand onvoldoende is komen vast te staan dat de gronden, bedoeld onder a tot en met f van artikel 251b¹⁵, afwezig zijn. Beide situaties zijn echter niet kenbaar voor derden, omdat deze niet rechtstreeks volgen uit de wet en er niet in is voorzien dat in het gezagsregister wordt aangetekend dat er geen gezamenlijk gezag is maar eenhoofdig gezag van de moeder. Deze kenbaarheid is wel van belang voor bijvoorbeeld de koninklijke marechaussee bij het reizen van een ouder met een kind naar het buitenland.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen door voor deze gevallen te regelen dat aantekening in het gezagsregister plaatsvindt.

De moeder en de erkenner krijgen op grond van het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, onder a, zoals opgenomen in het gewijzigde wetsvoorstel, de mogelijkheid bij de erkenning gezamenlijk te verklaren dat de moeder het eenhoofdig gezag uitoefent. De door de Afdeling geuite vrees dat in het geval de moeder geen gezamenlijk gezag wenst (bijvoorbeeld omdat de vader in het buitenland woont) zij toestemming tot erkenning zou kunnen weigeren en het kind daarmee slechts één juridische ouder heeft, wordt hiermee gemitigeerd. De erkenner behoeft in een dergelijk geval niet terug te vallen op de optie om een verzoek tot een rechterlijke uitspraak voor vervangende toestemming tot erkenning. Op grond van het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, wordt de verklaring van moeder en erkenner over het eenhoofdig gezag van de moeder aangetekend in het gezagsregister, met het oog op de kenbaarheid hiervan. Indien dit rechtsfeit is aangetekend in het gezagsregister, volgt dit op grond van het voorgestelde artikel 2.28, derde lid, van de Wet basisregistratie personen ook uit de BRP. Zie hiervoor ook hoofdstuk 6 van het algemeen deel van de gewijzigde memorie van toelichting bij het gewijzigde wetsvoorstel.

Als sprake is van een uitzonderingsgrond ingevolge het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, onder a tot en met c, zoals opgenomen in het gewijzigde voorstel van wet, is de kenbaarheid van het eenhoofdig gezag ook geborgd, doordat de aanwezigheid van één van die gronden volgt uit de BRP. Ook in die situaties wordt het eenhoofdig gezag van de moeder aangetekend in het gezagsregister. Kortom, via raadpleging van zowel het gezagsregister als de BRP is het eenhoofdig gezag van de moeder kenbaar.

d. Van rechtswege gezag, tenzij

Als het voorstel tot wet is verheven en in werking is getreden, oefent een persoon die een minderjarig kind erkent, van rechtswege gezamenlijk met de moeder het gezag uit over dit kind vanaf het tijdstip van die erkenning, tenzij de ambtenaar van de burgerlijke stand op dat tijdstip heeft vastgesteld dat:

- a. één of beide ouders onbevoegd is tot het gezag;*
- b. het gezag van één van beide ouders is beëindigd en de andere ouder het gezag uitoefent;*
- c. een voogd met het gezag over het kind is belast;*
- d. de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken;*

¹⁴ Artikelen 1:251 en 253aa BW.

¹⁵ Zie ook: redactionele opmerkingen.

- e. de ouder die het gezag heeft, dit gezamenlijk met een ander dan een ouder uitoefent;
- f. de moeder en de erkenner gezamenlijk door overlegging van een daartoe strekkende notariële akte of ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend; of
- g. naar zijn oordeel onvoldoende is komen vast te staan dat de gronden, bedoeld onder a tot en met f, afwezig zijn.¹⁶

Deze uitzonderingen zijn grotendeels ontleend aan hetgeen de griffier van de rechtbank toetst bij een verzoek om aantekening als bedoeld in artikel 252. In het voorstel heeft aanvulling plaatsgevonden met 2 nieuwe gronden (f en g).¹⁷

De Afdeling merkt op dat het één op één overnemen van de weigeringsgronden onder a en b waaraan de griffier van de rechtbank toetst bij een verzoek om aantekening van het gezamenlijk gezag in het gezagsregister, miskent dat de laatstgenoemde situatie afwijkt van die waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand op grond van het voorstel moet toetsen of een aspirant-erkenner bevoegd is tot het gezag. In de situatie van het voorstel zijn er pas twee ouders nádat de erkenning tot stand is gekomen, terwijl bij de inschrijving in het gezagsregister door de griffier van de rechtbank er al twee ouders zijn. Dit heeft gevolgen voor de formulering van de uitzonderingsgronden van het voorgestelde artikel 251b, onder a en b. Niet beide ouders zijn onbevoegd tot het gezag, maar de ouder en de erkenner (onderdeel a). Het gaat niet om beëindiging van het gezag van één van beide ouders, maar om beëindiging van het gezag van de ouder of de erkenner (onderdeel b).

De Afdeling adviseert de formulering van artikel 251b, eerste lid, onder a en b, aan te passen.

Zoals de Afdeling terecht opmerkt, is er een verschil in de situatie dat juridische ouders een verzoek doen tot gezamenlijk gezag en de situatie waarin erkenning en gezag aan elkaar gekoppeld zijn. In het laatste geval ontstaat het gezamenlijk gezag tegelijk met het ontstaan van het juridisch ouderschap van de erkenner. Hiermee is bij het formuleren van de uitzonderingen op de hoofdregel van gezamenlijk gezag rekening gehouden. De weigeringsgrond in artikel 252, onder a, inhoudende dat één of beide ouders onbevoegd is tot het gezag, zoals opgenomen in het oorspronkelijk voorgestelde artikel 251b, onder a, komt in het gewijzigde wetsvoorstel niet meer terug, nu artikel 253q een algemene regel over onbevoegdheid tot gezag bevat, die zowel bij gehuwde als bij ongehuwde ouders kan worden toegepast. 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. Zie hierover de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel C.

Adviezen

Uit de toelichting blijkt niet dat de initiatiefnemers advies hebben gevraagd aan uitvoerende instanties en andere deskundigen over dit voorstel. Nu het voorstel gevolgen heeft voor de rechterlijke macht,

¹⁶ Artikel 251b, lid 1, voorstel (onderdeel D).

¹⁷ Onderdeel D, toelichting.

advocatuur en de burgerlijke stand ligt het voor de hand dat zij daarover worden geraadpleegd.

De Afdeling adviseert advies te vragen aan de relevante organisaties en instanties.

De initiatiefnemers hebben zich bij het consulteren oorspronkelijk beperkt tot individuele beroepsbeoefenaars in de wetenschap, rechtbanken, notariaat en burgerzaken. Zij nemen echter het hiervoor gegeven advies van de Afdeling ter harte en hebben het voorstel alsnog voor 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 en de vereniging van Familie- en erfrecht Advocaten Scheidingsmediators (vFAS). Initiatiefnemers hebben naar aanleiding van deze adviezen het wetsvoorstel gewijzigd. In hoofdstuk 9 van de gewijzigde memorie van toelichting bij het gewijzigde wetsvoorstel wordt nader op de uitkomsten van de consultatieronde ingegaan.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

Nu het oorspronkelijke voorstel van wet op diverse onderdelen wordt gewijzigd zijn de redactionele opmerkingen in deze niet meer relevant.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

De initiatiefnemers,
Bergkamp
Van Wijngaarden

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.16.0374/II

- Indien onderdeel A niet wordt geschrapt dit onderdeel als volgt herformuleren:
In artikel 204 wordt onder vernummering van het vijfde lid tot het zesde lid een lid ingevoegd, luidende:
 5. Gelijktijdig met de indiening van een verzoek om vervangende toestemming als bedoeld in het derde of vierde lid, kan de persoon die het kind wil erkennen het gezag verzoeken overeenkomstig artikel 253c.
- In onderdeel E het tweede lid vervangen door:
 2. De aantekening wordt door de griffier geweigerd, indien op het tijdstip van het verzoek een van de gronden als bedoeld in artikel 251b, eerste lid, onder a tot en met e, van toepassing is. Ouders kunnen immers nadien op hun verklaring terugkomen en alsnog het gezamenlijk gezag verzoeken.
- Onderdeel G laten vervallen, omdat dit al is geregeld in artikel 253n, tweede lid.