

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Het (on)gerechtvaardigd onderscheid tussen principieel en virtueel omgangsgerechtigden. Een rechtsvergelijkende analyse

Promotor :
Prof. dr. Charlotte DECLERCK

Joanna Maraszek

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Het (on)gerechtvaardigd onderscheid tussen principieel en virtueel omgangsgerechtigden. Een rechtsvergelijkende analyse

Promotor :
Prof. dr. Charlotte DECLERCK

Joanna Maraszek

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

Het omgangsrecht is het recht van bepaalde volwassen personen om op geregelde tijdstippen persoonlijk contact te hebben met een minderjarige. Sinds de wet van 13 april 1995 is het omgangsrecht wettelijk erkend in ons Burgerlijk Wetboek. Er wordt steeds een onderscheid gemaakt tussen twee categorieën van omgangsgerechtigden, die elk op verschillende wijze worden behandeld. Zo heb je de principieel omgangsgerechtigden. Daartoe behoren de ouders en grootouders, die quasi automatisch het recht op persoonlijk contact hebben, tenzij dat in uitzonderlijke omstandigheden niet wenselijk zou zijn. Daarnaast heb je de andere familieleden en derden die virtueel omgangsgerechtigd zijn. Opdat zij een aanspraak zouden kunnen maken op een recht op persoonlijk contact dienen zij in overeenstemming met art. 375bis, tweede lid BW het bestaan van een bijzonder affectieve band met het kind aan te tonen.

Meer specifiek heeft de masterscriptie zich toegespitst op het beantwoorden van de volgende vraag: In welke mate is het onderscheid tussen een principieel en virtueel omgangsgerechtigden nog gerechtvaardigd? Daarbij werd een rechtsvergelijkend onderzoek gevoerd met Nederland, waar geen onderscheid wordt gemaakt. Na de bespreking van het ontstaan van art. 375bis BW werd het onderscheid tussen beide categorieën omgangsgerechtigden belicht. Bovendien werd er een rechtspraakanalyse doorgevoerd om eventuele tendensen naar een principieel omgangsrecht te ontwaren. Daarenboven werd er getracht te achterhalen welke elementen de rechter in aanmerking neemt ter staving van de bijzonder affectieve band. Vervolgens werd in het licht van internationale, Europese en nationale bronnen onderzocht hoe het Grondwettelijk Hof zou antwoorden op een prejudiciële vraag betreffende het onderscheid tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden door het te toetsen aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Voorts werd het wetsvoorstel tot wijziging van het burgerlijk wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters kritisch onder de loep genomen.

Tot slot werd er een evaluerend besluit geformuleerd, waarin wordt gesteld dat op basis van de resultaten uit het onderzoek is gebleken dat het onderscheid tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden niet gerechtvaardigd is. Om deze reden wordt er gepleit voor de invoering van een nieuwe grondslag van de omgangsregeling, namelijk een socio-affectieve band zodat iedereen virtueel omgangsgerechtigd wordt.

Dankwoord

Deze masterscriptie vormt de kers op de taart van mijn rechtenstudie. Daarom zou ik graag enkele mensen willen bedanken die mij hebben geholpen om dit onderzoek tot een goed einde te brengen.

Allereerst wens ik mijn promotor Prof. Dr. Charlotte Declerck te bedanken voor de goede begeleiding. Zij nam altijd uitgebreid de tijd om al mijn vragen te beantwoorden en stond altijd klaar om mij feedback te geven. Dankzij haar precisie is mijn thesis tot een hoger niveau getild.

Daarnaast zou ik Prof. Dr. Jan Theunis willen bedanken voor de goede uitleg over de behandeling van prejudiciële vragen door het Grondwettelijk Hof.

Een speciaal dankwoord gaat uit naar mijn lieve mama. Ik heb gedurende mijn volledige loopbaan aan de universiteit steeds op haar onvoorwaardelijke, liefdevolle en morele steun kunnen rekenen. Ook mijn broer verdient een bijzonder woord van dank. Hij is altijd een rolmodel voor mij geweest en gaf mij steeds de kracht om door te zetten. Bovendien heeft hij mijn thesis nagelezen, ondanks zijn drukke agenda. Zij bleven steeds in mij geloven en zonder hun was ik nooit zo ver geraakt.

Vervolgens zou ik ook graag mijn vriend Gionatan en al mijn vrienden van harte willen bedanken voor de bemoedigende woorden.

Tot slot gaat mijn dank uit naar Leila, waarmee ik altijd samen heb gestudeerd. Zij was steeds een luisterend oor en liet mij nooit toe de moed te laten zaken.

Hartelijk bedankt allemaal!

Inhoudsopgave

Samenvatting	1
Dankwoord	3
Inhoudsopgave	5
1. Inleiding	9
2. Historiek.....	13
2.1 Voor de wet van 13 april 1995: het omgangsrecht als jurisprudentiële constructie.....	13
2.1.1 Bezoekrecht van de ouders.....	13
2.1.2 Bezoekrecht van de grootouders	14
2.1.2.1 Wettige grootouders	14
2.1.2.2 Natuurlijke grootouders	15
2.1.2.3 Oorspronkelijke grootouders.....	15
2.1.3 Het bezoekrecht van derden	16
2.2 De wet van 13 april 1995: de invoering van art. 375bis BW	18
3. Het onderscheid tussen principieel en virtueel omgangsgerechtigden in het licht van art. 375bis BW	23
3.1 Principieel omgangsgerechtigden.....	23
3.1.1 De ouders (art. 374, § 1, vierde lid BW).....	23
3.1.1.1 'De ouder'	24
3.1.1.2 'Die niet het ouderlijk gezag uitoefent'	24
3.1.1.3 ' Afwezigheid van bijzonder ernstige redenen'	25
3.1.2 De grootouders	28
3.2 Virtueel omgangsgerechtigden	33
3.2.1 'Ieder ander persoon'	33
3.2.2 'Die met het kind een bijzonder affectieve band heeft'	35
3.2.3 Rechtspraakanalyse.....	38
3.2.3.1 Overgrootouders	39
3.2.3.2 Meemoeder	40
3.2.3.3 Biologische vader	44
3.2.3.4 Spermadonor.....	45
3.2.3.5 Stiefouders.....	45

73.2.3.6	Stiefgrootouders	46
3.2.3.7	Broers en zussen	47
3.2.3.8	Ooms en tantes	50
3.2.3.9	Dooppeters en doopmeter	51
3.3	Tussenbesluit.....	52
4.	Is het onderscheid tussen principieel en virtueel omgangsgerechtigden gerechtvaardigd?.....	55
4.1	Relevante internationale, Europese en Belgische bronnen	55
4.2	Toetsing van art. 375bis BW aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel	67
4.2.1	Vergelijkbaarheidstoets.....	69
4.2.2	Doeltoets	71
4.2.3	Objectiviteitstoets	72
4.2.4	Pertinentietoets.....	73
4.2.5	Evenredigheids- of proportionaliteitstoets.....	75
4.3	Tussenbesluit.....	78
5.	De lege ferenda.....	79
6.	Besluit.....	81
7.	Bibliografie	83
Europa	83
Wetgeving	83
Vorbereidende documenten	83
Beleidvorbereidende en -ondersteunende documenten	83
Beginselen	83
Rechtspraak.....	84	
Rechtsleer	85	
Boeken	85	
Websites	85	
België.....	85	
Wetgeving	85	
Vorbereidende documenten	86
Rechtspraak.....	86	
Rechtsleer	88	

Boeken	88
Tijdschriften	90
Websites	91
Nederland	91
Wetgeving	91
Rechtspraak.....	91
Rechtsleer	91
Boeken	91
Tijdschriften	91
Websites	92

1. Inleiding

1. Het omgangsrecht is het recht van bepaalde volwassen personen om op geregelde tijdstippen persoonlijk contact te hebben met een minderjarige¹. Naargelang de titularis van het omgangsrecht verschilt de wettelijke grondslag. Echter wordt er steeds een onderscheid gemaakt tussen principieel omgangsgerechtigden en virtueel omgangsgerechtigden. Ouders en grootouders behoren tot de principieel omgangsgerechtigden. Dat betekent dat zij van rechtswege titularis zijn van het omgangsrecht ten aanzien van een kind, tenzij dit in uitzonderlijke omstandigheden in strijd zou zijn met de belangen van het kind². Toch aanvaardde de rechtspraak in uitzonderlijke gevallen ook een omgangsrecht in hoofde van andere familieleden en zelfs in hoofde van derden. Deze categorie van omgangsgerechtigden noemt men de virtueel omgangsgerechtigden. Opdat zij een aanspraak zouden kunnen maken op een recht op persoonlijk contact dienen zij in overeenstemming met art. 375bis, tweede lid BW het bestaan van een bijzonder affectieve band met het kind kunnen aantonen³. Bovendien volstaat het niet om enkel titularis van een omgangsrecht te zijn. Zo dient men ook hier rekening te houden met het feit dat de uitoefening van dit recht steeds in belang van het kind moet zijn. Kortom, zijn er verschillende titularissen van het recht op persoonlijk contact die door de wet op een verschillende manier worden behandeld.

2. Ten eerste dringt zich de vraag op hoe de rechtspraak omgaat met de ongelijkheid tussen de verschillende omgangsgerechtigden. Sommige auteurs beweren namelijk dat er een evolutie naar een principieel omgangsrecht plaatsvindt. Ten tweede rijst er de vraag naar de reden en naar de wenselijkheid van het onderscheid tussen enerzijds principieel en anderzijds virtueel omgangsgerechtigden. Is het aanvaardbaar dat voor grootouders het bewijs van hun hoedanigheid als grootouder volstaat om aanspraak te maken op het omgangsrecht? Waarom behoren de broers en zussen niet tot de principieel omgangsgerechtigden? Is het te verantwoorden dat zij zich in een 'zwakkere' rechtspositie bevinden doordat zij wel een bijzonder affectieve band met hun broer of zus moeten aantonen? Waar te verdedigen valt dat de wetgever ergens een grens diende te trekken, leert de praktijk dat deze grens in sommige gevallen tot onbillijke gevolgen en disproportionele verschillen aanleiding kan geven tussen bloedverwanten, die weliswaar kunnen verschillen qua lijn en graad van bloedverwantschap, maar daarom niet noodzakelijk in graad van emotionele verbondenheid met het betreffende kind⁴. Vervolgens stelt zich de vraag of er iets geleerd kan worden uit een blik over de grens. Er zal een rechtsvergelijkend onderzoek worden gevoerd met Nederland, waar de wettelijke regeling gelijktijdig als in België is ontstaan. Daar behoren de grootouders namelijk tot de categorie van derden en zullen zij dus wel eerst de gegrondheidstoets moeten doorstaan van nauwe persoonlijke betrekkingen met het kind alvorens

¹ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 631.

² Art. 9, derde lid van het verdrag inzake rechten van het kind van 20 november 1989 te New York, United Nations Treaty Series, vol. 1577, 3 (Kinderrechtenverdrag); Inmiddels goedgekeurd door de Wet houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de rechten van het kind aangenomen te New York op 20 November 1989, *BS* 17 januari 1992, 803.

³ R. VASSEUR, "Hof van Cassatie verduidelijkt draagwijdte 'bijzonder affectieve band' ex artikel 375bis BW" (noot onder cass. 16 januari 2009, AR C.07.0563.N.), *T.Fam* 2009, 91.

⁴ R. VASSEUR, "Overgrootouders: principieel of virtueel omgangsgerechtigden?" (noot onder Jeugdrb. Gent 28 november 2007), *T.Fam.* 2009, 79-80.

een recht op omgang te bekomen⁵. Bijgevolg lijkt het interessant te onderzoeken of deze regeling al dan niet beter is dan de Belgische regeling betreffende het omgangsrecht.

3. Uit het voorgaande kan de volgende hoofdonderzoeksvraag gedestilleerd worden: ***In welke mate is het onderscheid tussen een principieel en virtueel omgangsgerechtigden nog gerechtvaardigd?*** Vooraleer er een antwoord op deze vraag geformuleerd zal kunnen worden, dienen eerst de volgende aspecten te worden behandeld. Eerst en vooral zal er stilgestaan worden bij het ontstaan van het huidig art. 375bis BW (Hoofdstuk 2). De parlementaire voorbereidingen van de wet van 13 april 1995⁶, die voornoemd artikel heeft ingevoerd, zullen hierbij helpen aangezien zij een beter beeld geven naar aanleiding van welke wensen of noden en in welke context dit artikel is aangenomen. Ten tweede zal het onderscheid tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden worden belicht (Hoofdstuk 3). Hierbij komen eerst de principieel omgangsgerechtigden en vervolgens de virtueel omgangsgerechtigden aan bod. Naast een bespreking de voorwaarden die door de omgangsgerechtigden vervuld moeten worden opdat zij aanspraak zouden kunnen maken op een recht op persoonlijk contact, zal de rechtspraak een centrale plaats innemen in dit hoofdstuk. Zo zal er per categorie van omgangsgerechtigden een grondige analyse van de bestaande rechtspraak worden gevoerd. Er zal getracht worden te achterhalen in welke mate de familierechter de virtueel omgangsgerechtigden behandelt als 'ware' virtueel omgangsgerechtigden en of er eerder geneigd wordt naar een principieel omgangsrecht. Met andere woorden is het de bedoeling te bestuderen in welke mate de rechter de bijzonder affectieve band onderzoekt en dus strikt naar de letter van de wet kijkt. Daarenboven zal ontleed worden welke elementen volgens de rechter van belang zijn ter staving van die bijzonder affectieve band. Vanzelfsprekend zal hiertoe een zo breed mogelijke waaier van rechtspraak worden aangewend. Vervolgens zal er getracht worden een antwoord te bieden op de vraag in hoeverre het onderscheid tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden al dan niet gerechtvaardigd is (Hoofdstuk 4). Deze ongelijkheid zal bekeken worden in het licht van internationale regelgeving enerzijds, en Europese regelgeving en rechtspraak anderzijds. Voorts zal onderzocht worden hoe het Grondwettelijk Hof zou oordelen indien het Hof zich zou moeten uitspreken of het onderscheid tussen beide categorieën van omgangsgerechtigden een schending uitmaakt van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Achtereenvolgens zal het wetsvoorstel tot wijziging van het burgerlijk wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters worden besproken onder het luik *de lege ferenda* (Hoofdstuk 5). Tot slot zal het onderzoek afgesloten worden met een evaluerend besluit (Hoofdstuk 6).

4. De hoofdonderzoeksvraag van deze masterscriptie kan gekwalificeerd worden als een evaluerende vraag, maar ook als een vergelijkende vraag omwille van het rechtsvergelijkend onderzoek dat gevoerd zal worden. Zo zal het omgangsrecht hierbij geëvalueerd worden door de rechtspraak af te toetsen aan bepaalde criteria. Het belangrijkste evaluatiecriterium zal hier ongetwijfeld de bijzonder affectieve band zijn, meer bepaald de elementen die de rechter in aanmerking neemt om het bestaan van de bijzonder affectieve band vast te stellen. Bovendien zal

⁵ S.F.M. WORTMANN en J. Van DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 252.

⁶ Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *BS* 24 mei 1995, 14.484.

het onderscheid tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden getoetst worden aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, wat een tweede evaluatiecriterium vormt. Bij het rechtsvergelijkend onderzoek met Nederland zal de functionele methode worden gehanteerd. Dit houdt in dat er een uitgebreid bronnenarsenaal zal worden aangewend. Zo zal niet enkel aandacht geschonken worden aan 'law in books' maar ook aan 'law in action'. Volledigheidshalve kan worden meegegeven dat de procedure en de handhaving van het omgangsrecht niet besproken zullen worden in mijn onderzoek.

5. Tot nu toe is de (on)rechtvaardigheid van het onderscheid tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden onbesproken gebleven. Ten tweede werd er nog niet onderzocht welke tendensen ontwaard kunnen worden in de huidige rechtspraak, althans bekeken vanuit zo een brede invalshoek, namelijk alle titularissen die al getracht hebben een omgangsrecht te verwerven voor de familierechter. Nochtans kunnen dergelijke tendensen belangrijke gevolgen teweeg brengen naar de toekomst toe. Enerzijds zullen de titularissen van het omgangsrecht hun kansen op het bekomen van een omgangsrecht voor de familierechterbank precies kunnen inschatten, wat zal bijdragen tot de rechtszekerheid. Anderzijds zal het een mogelijk signaal kunnen vormen voor de wetgever om de huidige wetgeving met betrekking tot het omgangsrecht te herzien.

2. Historiek

6. In dit hoofdstuk zal de totstandkoming van art. 375bis BW besproken worden. Eerst volgt een terugblik op de situatie vóór de wet van 13 april 1995 die voornoemd artikel heeft ingevoerd⁷. Hoewel een wettelijke regeling nog ver zoek was konden ouders, grootouders en sporadisch ook derden toch enige aanspraak maken op omgang (toen nog net zoals in Nederland bezoekrecht genaamd). Hierbij zal worden stilgestaan bij de grondslag waarop destijds deze personen een omgangsrecht werd toegekend. Vervolgens zal aan de hand van de parlementaire voorbereidingen van de Kamer en de Senaat het ontstaan van de wettelijke regeling besproken worden. Hierdoor zal duidelijk worden hoe art. 375bis BW tot stand is gekomen.

2.1 Voor de wet van 13 april 1995: het omgangsrecht als jurisprudentiële constructie

2.1.1 Bezoekrecht van de ouders

7. Het omgangsrecht is een instelling van jurisprudentiële oorsprong⁸. Bij gebrek aan wetgeving hebben rechtspraak en doctrine een autonome leer opgebouwd met een eigen grondslag voor het omgangsrecht en met eigen rechtsregels⁹. De enige teksten waarin door de wetgever melding werd gemaakt van een vorm van recht op omgang waren het art. 1288, eerste lid, 2° Ger. W, zoals gewijzigd door art. 2 van de wet van 1 juli 1972 en het art. 56bis van de Jeugdbeschermingswet¹⁰.

Art. 1288, eerste lid, 2° Ger. W. stelt dat echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming een overeenkomst betreffende het recht van bezoek ten aanzien van hun minderjarige ongehuwde en niet ontvoogde kinderen waarvan beide echtgenoten de ouders zijn bij geschrift dienen vast te leggen¹¹. Dit artikel is beperkt tot de relatie tussen ouder en kind en heeft de bedoeling om na de echtscheiding hun contacten te behouden.

Art. 56bis Jeugdbeschermingswet, intussen opgeheven door de Wet van 30 juli 2013 betreffende de invoering van de familie- en jeugdrechtbank¹², handelde over het hoorrecht van de minderjarige. Meer specifiek bepaalde het artikel dat de persoon die minstens de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt opgeroepen moet worden om gehoord te worden in geschillen tussen personen aan wie het ouderlijk gezag over de betrokkene is toevertrouwd, wanneer punten worden behandeld die betrekking hebben op het gezag over zijn persoon, het beheer over zijn goederen, de uitoefening van het bezoekrecht of de aanwijzing van een provoogd¹³.

⁷ Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *BS* 24 mei 1995, 14.484.

⁸ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 632.

⁹ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 191.

¹⁰ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 190.

¹¹ Art. 1288, eerste lid, 2° Ger. W.; S. BROUWERS, "Uitoefening ouderlijk gezag, recht op persoonlijk contact en EOT", *Not.Fisc.M.* 2010, 201.

¹² Wet 13 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *BS* 27 september 2013, 68.429 (Wet familie-en jeugdrechtbank).

¹³ P. SENAËVE en A. BEKKERS, "De wet betreffende de familie- en jeugdrechtbank: commentaar, gesystematiseerde uittreksels uit de voorbereidende werken en gecoördineerde wetteksten" in *Nieuwe wetgeving parlementaire voorbereiding* 2014, VII, (378) 381; J. Gerlo, E. De Grootte, A. Wylleman, "De

Uit beide artikelen blijkt dus dat er destijds wel degelijk sprake was van een bezoekrecht. Het omgangsrecht viel toen onder het recht van bewaring. De niet-samenlevende ouder die niet de materiele bewaring over zijn kind had en die derhalve onder het vroegere recht slechts titularis was van het recht van bewaring zonder het uit te oefenen, werd daarom een bezoekrecht toegekend¹⁴. In de rechtspraak werd dit recht algemeen erkend als een zelfstandig, persoonlijk recht dat steunt op de bloedverwantschap zelf en de wederkerige genegenheidsgevoelens die de familiebanden van nature impliceren¹⁵. Hoewel het bezoekrecht geen absoluut recht was, werd het slechts uitzonderlijk ontzegd in geval van een reëel gevaar op ontvoering, verkrachting, bedreiging voor het psychologisch evenwicht van het kind enzovoort¹⁶.

2.1.2 Bezoekrecht van de grootouders

8. Voor de inwerkingtreding van de wet van 13 april 1995 werd in de rechtspraak het enig recht op contact tussen de grootouders en hun kleinkinderen erkend op grond van natuurrechten¹⁷. Volgens DE WOLF kan het natuurrecht gedefinieerd worden als een geheel van beginselen die uit de kennis van werkelijkheid, in het bijzonder uit wat men als min of meer constante nature van de mens kan zien, afgeleid kunnen worden, waarbij deze regels zelfs geschikt zouden zijn om in het praktische leven de functie van het recht te vervullen¹⁸.

2.1.2.1 Wettige grootouders

9. De wettige grootouders zijn de grootouders bij wie een juridische afstammingsband is vastgesteld ten gevolge van hun huwelijk. Zo heeft het Hof van Cassatie in 1915 voor de eerste keer een bezoekrecht toegekend aan de wettige grootouders met hun kleinkinderen¹⁹. Desondanks verzet van de vader van de kinderen, heeft het Hof van Cassatie de grootouders een bezoekrecht toegekend. De cassatierechter steunde het bezoekrecht op natuurwetten en enkele bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die relaties tussen de grootouders en de kleinkinderen veronderstellen (o.a. art. 205 BW en art. 745 BW)²⁰. In 1930 werd de grondslag, namelijk het natuurrecht nogmaals

uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht (Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag)", Gandaius Actueel I, Gent, Story-Scientia, 1995, 151.

¹⁴ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 191.

¹⁵ J. GERLO, E. DE GROOTE en A. WYLLEMAN, "De uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht (Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag)" in *Gandaius Actueel I*, Gent, Story-Scientia, 1995, 144.

¹⁶ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 191.

¹⁷ M. GOEGEBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 18.

¹⁸ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 236.

¹⁹ Cass.14 oktober 1915, *Pas.* 1916, I, 455, concl. TERLINDEN ; R. HEPES, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 196-204.

²⁰ M. GOEGEBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 18.

bevestigd door het Hof van Cassatie in een arrest dat handelde over de uitoefening van het bezoekrecht tussen de grootouders en hun kleindochter²¹.

2.1.2.2 Natuurlijke grootouders

10. Op 26 september 1966 erkende het Hof van Cassatie dat ook de natuurlijke grootouders een recht op persoonlijk contact hebben met hun kleinkinderen²². Dit zijn de grootouders gebaseerd op een natuurlijke biologische afstamming ten gevolge van de bloedband, maar deze is niet wettig wegens het ontbreken van een huwelijksband. Zo heeft de vader en de moeder waarvan de zoon of dochter een natuurlijk kind heeft erkend het bezoekrecht ten opzichte van dit kind. Meer specifiek stelde de cassatierechter dat het bezoekrecht van de natuurlijke grootouders, zoals dit van de wettige ouders, steunt op de natuurwet en op de banden van genegenheid die voortvloeien uit de afstamming, zodanig dat dit recht niet verhinderd kan worden, tenzij op grond van het feit dat de uitoefening schadelijk is voor het kind²³. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de grootouders het kind in contact zouden brengen met een ouder die de uitoefening van het bezoekrecht is ontzegd of het kind tegen één van de ouders zou ophitsen²⁴.

2.1.2.3 Oorspronkelijke grootouders

11. Op 4 maart 1976 heeft het Hof van Cassatie een arrest geveld dat voor een grote ommekeer heeft gezorgd²⁵. Het Hof heeft contact legem een omgangsrecht toegekend aan de oorspronkelijke grootouders, van wie de kleinkinderen ten volle geadopteerd waren²⁶.

12. Er dient opgemerkt te worden dat ingeval van volle adoptie er twee 'soorten' grootouders kunnen worden onderscheiden. Onder de oorspronkelijke grootouders worden de grootouders uit de oorspronkelijke familie van het kind (of uit diens vorige voladoptieve familie bij nieuwe adoptie) verstaan²⁷. Daarnaast 'krijgt' het kind nieuwe grootouders in zijn adoptieve familie, namelijk de adoptieve grootouders²⁸.

13. Naar de letter van de wet is het gevolg van volle adoptie dat het kind ophoudt te behoren tot zijn oorspronkelijke familie²⁹. Hieruit kan afgeleid worden dat de oorspronkelijke grootouders van het ten volle geadopteerde kind dus geen omgangsrecht toegekend zouden krijgen ingevolge hun bloedband op basis van de natuurwetten.

14. De feiten van het *Grootjesarrest* kunnen als volgt worden samengevat: uit een huwelijk werden twee zonen geboren. De moeder kwam te overlijden en de man hertrouwde. De nieuwe

²¹ Cass. 25 september 1930, *Pas.* 1930, I, 310; R. HEPS, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 197.

²² Cass. 22 september 1966, *Pas.* 1967, I, 83; HEPS, R., "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 197.

²³ Cass. 22 september 1966, *Pas.* 1967, I, 84.

²⁴ G. BAETEMAN en J. GERLO, "Overzicht van rechtspraak (1975-1980) personen- en familierecht", *TPR* 1981, 926.

²⁵ Cass. 4 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 767.

²⁶ Cass. 4 maart 1976, *RW* 1976-1977, 288, noot. H. NUYTINCK; B. DEMEYERE, M. VAN DORPE en W. VERRIJDT, "De rol van de rechter in het familierecht", *Jura Falc.* 2001-2002, 197.

²⁷ R. HEPS, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 197.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Art. 356/1 BW.

echtgenote van de vader ging over tot volle adoptie van de kinderen. Het echtpaar ontzegde de oorspronkelijke grootmoeder langs moederszijde vervolgens elk contact met de zonen waarop zij zich tot de rechtbank wendde³⁰. De jeugdrechtsbank te Luik volgde echter de letter van de wet en wees haar vordering af wegens verbreking van de familiebanden met de oorspronkelijke familie na volle adoptie.³¹ De grootmoeder tekende daarop hoger beroep aan bij het hof van beroep te Luik. Deze kende de grootmoeder wel het bezoekrecht toe³². Daarbij steunde het hof op de bloedbanden en "de betrekkingen van genegenheid, eerbied en toewijding ten gevolge van de bloedgemeenschap"³³. Hierop werd tevergeefs cassatieberoep ingesteld door de ouders. Het Hof van Cassatie sloot zich aan bij de zienswijze van de beroepsrechter en verwierp het cassatieberoep³⁴. De cassatierechter stelde dat de oorspronkelijke grootouders aan de zijde van de 'vervangen' ouder een principieel recht op persoonlijk contact behouden op grond dat de adoptieregels onmogelijk kunnen leiden tot aantasting van hun omgangsrecht dat voortvloeit uit een rechtsbeginsel dat steunt op betrekkingen van genegenheid, eerbied en toewijding ten gevolge van de bloedgemeenschap³⁵. Hieruit volgt dat de bloedband blijft bestaan ook al is er sprake van volle adoptie. De bepaling die zegt dat het kind ophoudt tot de oorspronkelijke familie te behoren, vindt dus geen toepassing bij het recht op persoonlijk contact van de oorspronkelijke grootouders³⁶. Hieruit kan geconcludeerd worden dat sinds 1976 het Hof van Cassatie dus ook een omgangsrecht toekent aan de oorspronkelijke grootouders in geval van volle adoptie.

2.1.3 Het bezoekrecht van derden

15. Traditioneel werd in de rechtspraak en de rechtsleer een afwijzende houding vertolkt ten aanzien van een omgangsrecht in hoofde van derden, zeker wanneer het personen buiten de familiekring betrof. Toch erkende de rechtspraak in uitzonderlijke omstandigheden een omgangsrecht in hoofde van derden, indien er tussen hen en een kind dusdanig sterke banden van erkentelijkheid en genegenheid bestonden dat het belang van het kind vereiste dat deze werden voortgezet³⁷. Zo kende het Hof van Cassatie in 1973 een bezoekrecht toe aan een tante en een oom die het kind jarenlang bij zich hadden opgevoed op grond van het bestaan van genegenheidsbanden³⁸. Vervolgens oordeelde het hof van beroep te Luik in 1983 dat ook de feitelijke vader die zich jarenlang als vader heeft gedragen ten aanzien van de moeder en het kind zonder dat zijn vaderschap werd vastgesteld, een omgangsrecht kan bekomen wanneer er zich tussen hem en het kind een sterke affectieve band heeft gevormd³⁹. Voorts kan het omgangsrecht op basis van dezelfde grond ook worden toegekend aan zijverwanten. Aldus werd een

³⁰ R. HEPS, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 197.

³¹ Jeugdrb. Luik 1 april 1974, *JL* 1974-75,44.

³² Luik 2 december 1974, *Pas.* 1975, II, 78.

³³ R. HEPS, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 197.

³⁴ Cass. 4 maart 1976, *RW* 1976-1977, 288, noot. H. NUYTINCK.

³⁵ Cass. 4 maart 1976, *RW* 1976-1977, 288, noot. H. NUYTINCK.

³⁶ H. NUYTINCK, "het bezoekrecht van grootouders en de wettiging door adoptie" (noot onder Cass. 4 maart 1967), *RW* 1976-77, 291.

³⁷ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 633.

³⁸ Cass. 11 januari 1973, *Pas.* 1973, I, 488 ; J. GERLO, E. DE GROOTE, A. WYLLEMAN, "De uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht (Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag)", *Gandiaus Actueel I*, Gent, Story-Scientia, 1995, 144.

³⁹ Luik 30 juni 1983, *RTDF* 1986,94; G. BAETEMAN, E. GULDIX, J. GERLO, W. DE MULDER en R. DE WIT, "Overzicht van de rechtspraak personen- en familierecht 1981-1987", *TPR* 1988, 579.

omgangsrecht met de halfzuster van een minderjarige wees toegestaan⁴⁰. Tot slot werd ook het omgangsrecht van de stiefvader met een zoon uit het eerste door echtscheiding ontbonden huwelijk van zijn overleden echtgenote erkend⁴¹.

⁴⁰ Jeugdrb. Hoi 11 mei 1989, *JT* 1990, 261; BAETEMAN, G., GULDIX, E., GERLO, J., WYLLEMAN, A., DE SAEDELEER, V. en JACOBS, K., "Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1988-1994" *TPR* 1994, 2073-2362.

⁴¹ Gent 30 juni 1989, *RTDF* 1990, 74; BAETEMAN, G., GULDIX, E., GERLO, J., WYLLEMAN, A., DE SAEDELEER, V. en JACOBS, K., "Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1988-1994" *TPR* 1994, 2073-2362.

2.2 De wet van 13 april 1995: de invoering van art. 375bis BW

16. De jurisprudentiële regeling van het bezoekrechten gaf aanleiding tot veel rechtsonzekerheid. Om dit probleem te verhelpen, werd het omgangsrecht wettelijk erkend in de Belgische wetgeving⁴². Zo werd door de wet van 13 april 1995 aan het omgangsrecht van de ouders, grootouders en derden een wettelijke basis gegeven (art. 374, § 1, vierde lid en art 375bis BW) waarbij de bestaande jurisprudentiële regels grotendeels werden bekrachtigd⁴³. Bovendien wilde de wetgever eveneens waarborgen inbouwen voor het behoud van de betrekkingen van het kind met zijn sociale omgeving⁴⁴. Daarenboven is de terminologie gewijzigd. In plaats van aanvankelijk 'bezoekrechten' is er nu sprake van 'recht op persoonlijk contact', al wordt ook de term 'recht op omgang' in rechtspraak en rechtsleer gehanteerd⁴⁵. De inwerkingtreding van deze wet vond plaats op 3 juni 1995. In dit hoofdstuk zal de aandacht uitgaan naar de totstandkoming van art. 375bis BW. Onder meer zal besproken worden hoe dit artikel evolueerde van zijn oorspronkelijke redactie naar huidige art. 375bis BW.

17. Net zoals in Nederland, is de Belgische wettelijke erkenning van het recht op persoonlijk contact vastgesteld naar aanleiding van de herziening van het echtscheidingsrecht. De subcommissie van de commissie voor de Justitie van de Kamer werd belast met het onderzoeken van de hervormingen met betrekking tot de gronden tot en de gevolgen van de echtscheiding⁴⁶. Volgens de subcommissie moest voorrang worden verleend aan het onderzoek van de wetsvoorstellen betreffende de gevolgen van de echtscheiding voor de kinderen en, in het bijzonder aan het wetsvoorstel betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, ingediend door de heer Beaufays⁴⁷. Het wetsvoorstel van de heer Beaufays heeft het meest bijgedragen tot de definitieve tekst van de wet van 13 april 1995 en de uiteindelijke redactie van de wettelijke grondslag van het recht op persoonlijk contact, namelijk art. 375bis BW. Vóór dit wetsvoorstel zijn er nog twee andere wetsvoorstellen ingediend. Een van de heer Berben op 13 juni 1989⁴⁸ en een op 8 januari 1991 van de heer Van Vaerenbergh⁴⁹. Door alle voorbereidende

⁴² J. GERLO, E. DE GROOTE en A. WYLLEMAN, "De uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht (Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag)" in *Gandius Actueel I*, Gent, Story-Scientia, 1995, 144.

⁴³ Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *BS* 24 mei 1995, 14.484; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 632.

⁴⁴ M. GOEGBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 18.

⁴⁵ G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 321.

⁴⁶ D. DELI, "Nieuw recht. 1 : Het co-ouderschap en het omgangsrecht betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag" in *UIA, CBR; Teksten uiteenzettingen 1995-1996*, Wilrijk, UIA, Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten, 1996, 1.

⁴⁷ Wetsvoorstel (BEAUFAYS) betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1430/1; D. DELI, "Nieuw recht. 1 : Het co-ouderschap en het omgangsrecht betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag" in *UIA, CBR; Teksten uiteenzettingen 1995-1996*, Wilrijk, UIA, Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten, 1996, 1.

⁴⁸ Wetsvoorstel (BERBEN) inzake een wettelijke omkadering van het omgangsrecht van grootouders met hun kleinkinderen, *Parl. St. Kamer* BZ 1988-89, nr. 848/1.

⁴⁹ Wetsvoorstel (VAN VAERENBERGH) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een omgangsrecht voor grootouders met hun kleinkinderen, *Parl. St. BZ Kamer* 1991-92, nr. 85/1.

stukken heen blijkt dat het belang van het kind als uitgangspunt voor de wettelijke regelgeving centraal stond⁵⁰.

⁵⁰ D. DELI, "Nieuw recht. 1 : Het co-ouderschap en het omgangsrecht betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag" in *UIA, CBR; Teksten uiteenzettingen 1995-1996*, Wilrijk, UIA, Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten, 1996, 1.

18. Op 16 mei 1994 legde de heer Beaufays zijn wetsvoorstel neer. De voorgelegde tekst wou het principe van co-ouderschap invoeren. Volgens deze basisregel zouden ouders na echtscheiding of na feitelijke scheiding nog steeds gezamenlijk het ouderlijk gezag blijven uitoefenen over hun kinderen. Bijgevolg zouden zij ook de verantwoordelijkheid voor hun kinderen blijven dragen. Het staat namelijk buiten kijf dat het voor een optimale opvoedingssituatie wenselijk is dat een kind goede contacten onderhoudt met zijn beide ouders. Met een co-ouderschapsregeling wordt getracht dit optimum zoveel mogelijk te benaderen om zo de schade voortvloeiende uit het niet (meer) samenleven van de ouders voor het evenwicht en het welzijn van het kind te beperken⁵¹. Mede daarom pleitte het wetsvoorstel ook voor het invoeren van een nieuw wetsartikel dat het recht van het kind bevestigt om persoonlijk contact te onderhouden met zijn beide ouders, zijn grootouders, zijn broers en zussen en met iedere andere persoon waarmee het kind een bijzonder affectieve band heeft⁵². In feite ging het om een omzetting van art. 9, derde lid van het Kinderrechtenverdrag⁵³ waarin wordt gesteld dat het recht op persoonlijk contact niet kan worden uitgeoefend indien zulks in strijd is met het belang van het kind⁵⁴. Het voorgestelde artikel zou als volgt luiden:

"Art. 375bis Het kind heeft het recht persoonlijk contact te onderhouden met zijn beide ouders, zijn grootouders, zijn broers en zussen en met iedere andere persoon waarmee hij een bijzonder affectieve band heeft.

*Bij gebreke van overeenkomst wordt de uitoefening van de belanghebbende door de jeugdrechtbank geregeld. Dat recht kan alleen worden ontzegd wanneer het in strijd is met het belang van het kind."*⁵⁵

Uit het eerste lid blijkt dat het kind recht heeft op omgang met vier categorieën van personen, namelijk met zijn ouders, zijn grootouder, zijn broers en zussen en iedere andere persoon waarmee hij een bijzonder affectieve band heeft. Echter wordt er tussen deze personen geen onderscheid gemaakt, waardoor het lijkt alsof deze personen op voet van gelijkheid behandeld dienen te worden. Hierop werd in het vijfde amendement van 24 november 1994 kritiek geuit en het voorgestelde artikel 375bis BW werd vervangen als volgt:

"Art. 375bis De grootouders hebben het recht persoonlijk contact met het kind te onderhouden, behalve wanneer het in strijd is met het belang van het kind.

Datzelfde recht kan aan ieder ander persoon worden toegekend, indien hij aantoont dat hij met het kind een bijzonder affectieve band heeft.

⁵¹ D. DELI, "Nieuw recht. 1 : Het co-ouderschap en het omgangsrecht betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag" in *UIA, CBR; Teksten uiteenzettingen 1995-1996*, Wilrijk, UIA, Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten, 1996, 6.

⁵² Wetsvoorstel (BEAUFAYS) betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1430/1, 6.

⁵³ Het verdrag inzake rechten van het kind van 20 november 1989 te New York, United Nations Treaty Series, vol. 1577, 3 (Kinderrechtenverdrag); Inmiddels goedgekeurd door de Wet houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de rechten van het kind aangenomen te New York op 20 November 1989, *BS* 17 januari 1992, 803.

⁵⁴ Art. 9, derde lid Kinderrechtenverdrag.

⁵⁵ Art. 6 Wetsvoorstel (BEAUFAYS) betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1430/1, 10.

*Bij gebreke van overeenkomst tussen de partijen wordt over de uitoefening van dat recht op verzoek van de partijen of van de procureur des Koning beslist door de jeugdrechtbank*⁵⁶.

De aanpassing van de tekst had tot doel dat er een duidelijk onderscheid tot uiting zou komen tussen de grootouders enerzijds, en van de andere familieleden of eventuele derden anderzijds. Het bezoekrecht van de grootouders is immers gebaseerd op een eigen recht, namelijk het natuurrecht terwijl het bezoekrecht van de andere slechts een virtueel recht vormt⁵⁷. Zo heeft de stelling dat de grootouder als ascendent een bijzondere plaats zou moeten innemen de bovenhand gehaald. Bovendien verantwoordde het amendement waarom de vader en moeder werden geschrapt. Hun recht vloeit namelijk voort uit het ouderlijk gezag dat al uitdrukkelijk in art. 5 van het wetsvoorstel van de heer Beaufays wordt geregeld. Echter werd er onterecht geen enkele reden of verantwoording geven voor de schrapping van broers en zussen uit het artikel (*infra* nr. 20).

19. Op 7 december 1994 volgde een tweede amendement. Dit amendement zorgde voor een kleine, maar daarom niet een minder belangrijke aanvulling. Zo werd het voorgestelde artikel 375bis, derde lid BW door mevrouw Stengers en de heer Beaufays aangevuld als volgt:

*" die daarbij uitsluitend het belang van het kind voor ogen houdt"*⁵⁸.

Het was noodzakelijk te preciseren naar de jeugdrechter toe dat hij zich bij de regeling van het recht op persoonlijk contact uitsluitend door het belang van het kind moet laten leiden⁵⁹.

20. Doordat de broers en zussen door de schrapping in het vijfde amendement niet meer tot de principieel omgangsgerechtigden behoren, zullen zij dus een bijzonder affectieve band moeten aantonen. Dit werd bekritiseerd, hoewel er in het verslag van de commissie uitgebracht door de heer Swennen⁶⁰ werd opgemerkt dat de bijzonder affectieve band enkel dient te worden bewezen in geval van conflict⁶¹. Volgens HEPS is deze motivering niet overtuigend genoeg⁶². Ik deel haar mening, want ook grootouders zullen immers enkel in geval van conflict beroep doen op art. 375bis BW. Bovendien is door het vijfde amendement het recht op persoonlijk contact van de minderjarige omgevormd tot een recht in hoofde van de volwassene. Dit terwijl het de bedoeling was om art. 9, derde lid van het Kinderrechtenverdrag om te zetten in de nationale rechtsorde. Hieruit blijkt dat de wetgever destijds de stap om de minderjarige procesbekwaamheid toe te kennen niet durfde te nemen⁶³. Tevens zou dit impliceren dat er dan op de ouders een omgangsplicht rust, wat strijdig

⁵⁶ Amendement nr. 6 (BEAUFAYS) op het voorstel van wet betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1430/2.

⁵⁷ G. BAETEMAN en C. BAMPS, De nieuwe wet betreffende het co-ouderschap: Parlementaire voorbereiding van de Wet van 13 april 1995 met een inleidende commentaar, Antwerpen, Kluwer, 1995, 18.

⁵⁸ Amendement nr. 12 (BEAUFAYS en STENGERS) op het voorstel van wet betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1430/2.

⁵⁹ G. BAETEMAN en C. BAMPS, De nieuwe wet betreffende het co-ouderschap: Parlementaire voorbereiding van de Wet van 13 april 1995 met een inleidende commentaar, Antwerpen, Kluwer, 1995, 18.

⁶⁰ Hand. Kamer 1993-1994, nr. 1430/4.

⁶¹ Hand. Kamer 1993-1994, nr. 1430/4, 13.

⁶² R. HEPS, "Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling" (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 291.

⁶³ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. Senaeve, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 251.

zou zijn met het recht op persoonlijke vrijheid die iedereen toekomt⁶⁴. In hoofde van het kind daarentegen, houdt het omgangsrecht slechts in dat de overheid de contacten tussen het kind en de ouders niet mag verhinderen⁶⁵. In het verslag van de commissie werd naar voor gebracht waarom er niet werd geopteerd om de minderjarige een eigen recht toe te kennen en hem bijgevolg (beperkte) procesbekwaamheid te geven. Zo werd er enerzijds gesteld dat deze nieuwigheid bijkomende maatregelen op budgettair en organisatorisch vlak zou vergen en anderzijds zou het hoorrecht van de minderjarige en het initiatiefrecht van het Openbaar Ministerie om het belang van het kind te beschermen (al dan niet op verzoek van de minderjarige) volstaan⁶⁶.

21. Na het verslag van het wetsvoorstel van de commissie uitgebracht door de heer Swennen⁶⁷ heeft de commissie de definitieve tekst aangenomen die als volgt klonk:

"Art. 375bis De grootouders hebben het recht persoonlijk contact met het kind te onderhouden. Datzelfde recht kan aan ieder ander persoon worden toegekend indien hij aantoonst dat hij met het kind een bijzonder affectieve band heeft.

*Bij gebreke aan overeenkomst tussen de partijen, wordt over de uitoefening van dat recht in het belang van het kind op verzoek van de partijen of van de procureur des Koning beslist door de jeugdrechtbank"*⁶⁸.

Tijdens de plenaire vergadering van 22 december 1994 werd er gestemd over het wetsvoorstel. Deze werd unaniem aangenomen en vervolgens overgezonden naar de Senaat⁶⁹. Daarna heeft de Senaat ook verslag uitgebracht en gestemd tijdens de zitting van 7 april 1995⁷⁰. Het wetsontwerp werd unaniem aangenomen op één lid na, die zich onthield⁷¹. Hierna werd de tekst voorgelegd aan de Koning ter bekrachtiging. Bijgevolg verscheen op 24 mei 1995 de wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag in het Belgisch Staatsblad. Op 3 juni 1995 trad de wet in werking. Het wettelijk geregeld omgangsrecht was nu een feit.

22. Naar aanleiding van de invoering van de familie-en jeugdrechtbank werd op 1 september 2014 één kleine wijziging doorgevoerd aan het art. 375bis BW72. Het woord "jeugdrechtbank" werd vervangen door het woord "familie-rechtbank"⁷³.

⁶⁴ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 634.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Hand. Kamer 1993-1994, nr. 1430/4, 12-13.

⁶⁷ Hand. Kamer 1993-1994, nr. 1430/4.

⁶⁸ Hand. Kamer 1993-1994, nr. 1430/5, 3.

⁶⁹ Hand. Senaat 1994-95, nr. 1270/1.

⁷⁰ Hand. Senaat 1994-95, nr. 1270/2.

⁷¹ Hand. Senaat 1994-95, nr. 62-63, 54.

⁷² Wet 13 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, BS 27 september 2013, 68.429 (Wet familie-en jeugdrechtbank).

⁷³ Art. 60 Wet familie-en jeugdrechtbank.

3. Het onderscheid tussen principieel en virtueel omgangsgerechtigden in het licht van art. 375bis BW

23. Bij de titularissen van het omgangsrecht dient er een fundamenteel onderscheid gemaakt te worden tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden. Wie precies tot welke categorie behoort, zal in wat hier navolgt uiteengezet worden. Eerst zal de aandacht uitgaan naar de principieel omgangsgerechtigden. Bij deze categorie omgangsgerechtigden zal de rechtspraakanalyse geïntegreerd worden bij de voorwaarden waaraan deze categorie van omgangsgerechtigden moet voldoen worden opdat zij aanspraak zou kunnen maken op een recht op persoonlijk contact. Vervolgens zullen de virtueel omgangsgerechtigden onder de loep genomen worden. Daarbij zullen ook de voorwaarden grondig besproken worden. Daarna zal afzonderlijk per soort virtueel omgangsgerechtigde de rechtspraak geanalyseerd worden. Tot slot zal een tussenbesluit volgen.

3.1 Principieel omgangsgerechtigden

24. De principieel omgangsgerechtigden hebben in navolging van de vaststaande rechtspraak een eigen recht op persoonlijk contact met het kind toegekend gekregen van de wetgever. In het Belgisch recht behoren de ouders en de grootouders tot de principieel omgangsgerechtigden. Deze personen kunnen aanspraak maken op omgang, tenzij dat in uitzonderlijke omstandigheden niet wenselijk zou zijn. Bij het bespreken van de voorwaarden waaraan deze personen dienen te voldoen vooraleer zij het recht op omgang kunnen bekomen, zullen steeds enkele interessante Belgische rechterlijke uitspraken volgen van zowel lagere als hogere rechtbanken. De bespreking van de rechtspraak zal nuttig zijn omdat deze een beter inzicht verschaft over de invulling van de term 'bijzonder ernstige redenen' die van belang is voor de ouders. Daarnaast is het handig om te zien hoe de rechter 'het belang van het kind' interpreteert die aan de orde komt bij de uitoefening van het recht op persoonlijk contact van de grootouders. Tevens is deze term ook belangrijk in geval dat de ouder die het ouderlijk gezag uitoefent of de procureur des Konings zich verzetten tegen de uitoefening van het recht op persoonlijk contact. Zij zullen namelijk moeten bewijzen dat dit omgangsrecht in strijd is met het belang van het kind. Wat het Nederlandse recht betreft, kan gesteld worden dat enkel de ouders principieel omgangsgerechtigd zijn.

3.1.1 De ouders (art. 374, § 1, vierde lid BW)

25. Het omgangsrecht van de ouders wordt in de wet van 13 april 1995 afzonderlijk geregeld omdat in hoofde van de ouders het omgangsrecht een bestanddeel uitmaakt van het ouderlijk gezag en aldus een geheel andere rechtsgrond heeft dan het omgangsrecht van alle andere personen⁷⁴. Om aanspraak te maken op omgang dient er sprake te zijn van een ouder die het ouderlijk gezag niet uitoefent. Bovendien mogen er geen bijzonder ernstige redenen aanwezig zijn.

⁷⁴ P. SENAËVE (ed.), Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995, Antwerpen, Maklu, 1995, 51.

3.1.1.1 'De ouder'

26. De wettelijke grondslag van het recht op persoonlijk contact van de ouder wordt geregeld in art. 374, §1, vierde lid BW. Dit artikel beoogt alleen de ouder die een juridische afstammingsband heeft met het kind, onverschillig op welke grond deze tot stand is gekomen (binnen of buiten het huwelijk). Bovendien is vereist dat de betrokken ouder titularis is van het ouderlijk gezag⁷⁵. Bijgevolg zijn de biologische ouder, de oorspronkelijke ouder na gewone of volle adoptie en de uit het ouderlijk gezag ontzette ouder, uitgesloten om zich op dat artikel te beroepen⁷⁶. In het Nederlandse recht daarentegen, wordt onder ouder in art. 1:377a, eerste lid NBW bedoeld de ouder die in familierechterlijke betrekkingen staat tot het kind, ongeacht of hij het gezag heeft over het kind⁷⁷. Daaronder valt ook bijvoorbeeld de ontheven ouder, de ouder wiens gezag geschorst is, de ouder die onbevoegd is tot het gezag of de man die het kind, over wie de moeder of een derde het gezag heeft, heeft erkend⁷⁸.

3.1.1.2 'Die niet het ouderlijk gezag uitoefent'

27. Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen verschillende situaties. Oefent de betreffende ouder het gezag uit, dan komt zijn recht op persoonlijk contact tot uiting in de uitgewerkte *verblijfsregeling*. Wanneer slechts één van beide ouders het ouderlijk gezag over het kind uitoefent, omdat de rechter de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag aan één van beide ouders heeft toevertrouwd, heeft de andere ouder een recht op persoonlijk contact die wordt geconcretiseerd in een *omgangsregeling*. Met andere woorden is er slechts sprake van een persoonlijk contact op basis van art. 374, §1, vierde lid BW wanneer de rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdraagt aan één ouder. De rechter bepaalt de wijze waarop deze ouder dit persoonlijk contact onderhoudt⁷⁹. In zeer uitzonderlijke gevallen kan de rechter ook opteren voor een getemperde uitsluitende gezagsuitoefening. Dit is een variant van de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag waarbij bepaalde belangrijke beslissingen, bijvoorbeeld de fundamentele opties in verband met de filosofische, religieuze en ideologische opvoeding en de beslissingen over hogere studies en beroepskeuze slechts met gemeenschappelijke instemming kunnen worden genomen⁸⁰. In dat geval is er eveneens sprake van een recht op persoonlijk contact op basis van art. 375bis BW. Indien de ouder in Nederland niet het gezag heeft, dan heeft hij op basis van art. 1:377a, eerste lid NBW niet alleen een recht op, maar is hij zelfs verplicht tot omgang met zijn minderjarig kind⁸¹.

⁷⁵ P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 204.

⁷⁶ P. SENAËVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 205.

⁷⁷ S.F.M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 251.

⁷⁸ K. JACOBS, "Het omgangsrecht in België en Nederland", *TPR* 1996, 865.

⁷⁹ Aanhef art. 374, §1, vierde lid BW.

⁸⁰ Jeugdrb. Gent 31 januari 2000, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 714.

⁸¹ Art. 1:377a, eerste lid, laatste zin NBW; S. F. M. WORTMANN en J. Van DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 251.

3.1.1.3 ' Afwezigheid van bijzonder ernstige redenen'

28. Art. 374, §1, vierde lid BW stelt: 'Dat persoonlijk contact kan enkel om bijzonder ernstige redenen worden geweigerd'. Het is hier onduidelijk of de wetgever de weigering van het recht zelf of de uitoefening ervan betreft. Volgens DE WOLF heeft de wetgever hier enkel en alleen de uitoefening op het oog⁸². De vaststelling van het omgangsrecht of de opschorting of ontzegging ervan kan zowel in België als in Nederland voor bepaalde of onbepaalde tijd⁸³. De vaststelling van een regeling voor bepaalde tijd uit zich meestal in de vorm van een zogenoemde proef- of voorlopige omgangsregeling om in die periode te kunnen laten beoordelen hoe de contacten verlopen⁸⁴.

29. De wettekst geeft nergens iets weer over de inhoud van het begrip 'bijzonder ernstige redenen'. Wellicht heeft de wetgever bewust hiervoor geopteerd zodat de rechter dit begrip een invulling zal moeten geven aan de hand van concrete omstandigheden. Rechtspraak toont aan dat dit betekent dat slechts ingeval van zeer uitzonderlijke omstandigheden die erop wijzen dat deze contacten schadelijk zouden zijn voor het kind, aan de ouder (verdere) omgang met zijn kind ontzegt kan worden. Hieronder volgen enkel voorbeelden waar een omgangsrecht aan de ouder wegens bijzonder ernstige redenen werd ontzegt of opgeschort:

- Wanneer de vader tot geen enkele betekenisvolle toegeving naar zijn kinderen toe bereid is, zou het niet in het belang van de kinderen zijn om hen te dwingen tot een recht op persoonlijk contact zonder voorbereiding of begeleiding. Om deze redenen schortte het hof van beroep te Gent het recht op persoonlijk contact voor onbepaalde tijd op⁸⁵.
- Zo achtte het hof van beroep te Brussel dat hoewel een recht op persoonlijk contact de kinderen ten goede komt en het onontbeerlijk is voor de kinderen om regelmatige contacten te onderhouden met beide ouders, het niet aangewezen is om een recht op persoonlijk contact te handhaven indien het vaststaat dat het niet zal worden uitgeoefend in de praktijk⁸⁶.
- Ook heeft het hof van beroep te Gent het omgangsrecht geweigerd aan de vader in geval waar hij veroordeeld was voor zedenfeiten gepleegd op de dochter uit een eerste huwelijk van de moeder. De moeder weigerde elke vorm van contact tussen de vader en haar tweede kind. Volgens het hof zou de toekenning van een recht op persoonlijk contact ongetwijfeld nog tot grotere spanningen en moeilijkheden aanleiding geven, wat uiterst nefaste gevolgen zou hebben voor het kind⁸⁷.
- In een geval waar uit het sociaal onderzoek bleek dat het kind pertinent weigerde om haar vader te zien, die volkomen onbestaand was voor haar en waarvan zij een negatief beeld had, omwille van moeilijke momenten die zijn in het verleden heeft beleefd, namelijk de depressieve toestand van de vader, verdenking van handtastelijkheden, moeilijke breuk van het koppel en zelfs vrijwillige brandstichting van de gezinswoning, weigerde de jeugdrechtbank

⁸² A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 207.

⁸³ Art. 1:377a, derde lid NBW.

⁸⁴ S.F.M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 253.

⁸⁵ Gent (15^{de} k.) 2 oktober 2000, *TJK* 2001, 114, noot G. DECOCK.

⁸⁶ Brussel (Jeugd.) 22 april 2005, *RTDF* 2007, 200 noot M. FALLON.

⁸⁷ Gent (11^{de} k.) 4 september 2000, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 715.

het recht op persoonlijk contact. De jeugdrechter stelde dat deze organisatie van vader/dochter-contacten, zelfs omkaderd, niet gerechtvaardigd kon worden. Bovendien zou dit tot problematische reacties leiden in hoofde van het kind en bijgevolg schadelijk zijn⁸⁸.

In de volgende gevallen daarentegen, achtte de rechter de redenen niet doorslaggevend om over te gaan tot een opschorting of weigering van het recht op persoonlijk contact:

- De psychische stoornis van de moeder kan geen argument zijn om zomaar te stellen dat haar elk contact met de kinderen moet worden ontzegd. Het feit dat zij nog steeds onder psychiatrische behandeling staat is wel een voldoende reden om geen onbewaakte contacten met de kinderen toe te staan. Zo besloot het hof de contacten enkel toe te laten in een gesloten ontmoetingsruimte en dit steeds onder begeleiding. Bovendien wordt het de moeder verboden om de bezoekerimte te verlaten⁸⁹.
- Het feit alleen dat een ouder van zijn vrijheid is beroofd als gevolg van zware strafrechtelijke veroordelingen is op zich onvoldoende om de vader elke omgang met zijn kind te verbieden. Een recht op contact kan voor deze gevangengezette ouder wel degelijk worden afgedwongen. In een arrest voor het hof van beroep te Brussel waar dergelijk geval aan de orde was, stond de beroepsrechter als proefperiode contact onder begeleiding van één namiddag per maand in de gevangenis toe. Na een zestal maanden zou de situatie opnieuw worden beoordeeld, met oog op een definitieve beslissing⁹⁰.
- Ook het hof van beroep te Bergen was van oordeel dat het feit dat één van de ouders in de gevangenis zit, op zich geen verbreking rechtvaardigt van de contacten met de kinderen. Echter oordeelde hij dat deze contacten niet in belang waren in belang van de kinderen, nu zij slechts drie en zes jaar ouder waren en het jongste kind zijn vader niet kende⁹¹.
- Noch het feit dat het bezoekershuis (lees de neutrale bezoekerimte) niet verder wil tussenkomen, noch het feit dat de vader geen Nederlands spreekt vormt een ernstige reden om het bezoekerrecht te weigeren. Nog veel minder is het feit dat de vader zich niet wil integreren in de westerse maatschappij een reden om hem het contact met het kind te weigeren⁹².

De vraag dringt zich op of die bijzonder ernstige redenen synoniem zijn voor het belang van het kind. Naar mijn mening is het belang van het kind veel ruimer dan bijzonder ernstige redenen. Dit blijkt ook als we de situatie in Nederland onder de loep nemen. Zo somt art. 1.377a, in fine NBW uitdrukkelijk de redenen op, op grond waarvan het recht op omgang van de ouder ontzegd kan worden⁹³. Zo kan de rechter het recht op omgang slechts ontzeggen, indien: het kind dat twaalf jaren of ouder is, bij zijn verhoor ernstige bezwaren tegen omgang met zijn ouder heeft doen blijken of omgang anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind⁹⁴. Naast deze

⁸⁸ Jeugdrrb. Charleroi (15^{de} k.) 24 juni 2008, *RTDF* 2010, 687.

⁸⁹ Brussel 27 mei 2004, *NjW* 2004, 918, noot G. VERSCHULDEN.

⁹⁰ Brussel 12 september 2002, *NjW* 2002, 392, noot R. DE CORTE.

⁹¹ Bergen 25 mei 2004, *RTDF* 2006, 1233, waar evenwel geen regime van exclusieve gezagsuitoefening, maar wel van gezamenlijke gezagsuitoefening werd opgelegd; K. VERSTRAETE, "Gezag over de persoon van de minderjarige", *TPR* 2007, 715.

⁹² Gent 3 maart 2008, *NjW* 1995, 82.

⁹³ M.J.C. KOENS, K. BLANKMAN en M.L.C.C. DE BRUIJN-LUCKERS, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1995, 120.

⁹⁴ Art. 1:377a, tweede en derde lid NBW.

redenen kan het omgangsrecht ook ontzegd worden omwille van het feit dat de omgang een ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind of omdat de ouder kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang. De twee laatstgenoemden kunnen als het ware beschouwd worden als deelcategorieën van het meer algemeen zwaarste belang van het kind⁹⁵. Bijgevolg kunnen we stellen dat die formulering van de deelcategorieën ertoe leidt dat in Nederland de weigering van het omgangsrecht gebaseerd is op het belang van het kind, waartoe ook de bijzonder ernstige redenen kunnen worden gerekend⁹⁶. Hoewel de Nederlandse weigeringsgronden limitatief opgesomd zijn en bijgevolg restrictief geïnterpreteerd dienen te worden, lijkt mij dit een betere regeling dan in het Belgische recht. Door een uitdrukkelijke opsomming worden er aan de rechter richtlijnen gegeven waaraan hij zich kan houden bij een beoordeling van een specifiek geval. Daarenboven draagt dit bij tot meer cohesie in de rechtspraak.

30. Er dient te worden opgemerkt dat krachtens art. 1004/1, §1 Ger. W en art. 12 van het Kinderrechtenverdrag elke minderjarige het recht heeft om gehoord te worden betreffende aangelegenheden die hem betreffen, waaronder ook het recht op persoonlijk contact⁹⁷. Sinds de invoering van de Wet familie-en jeugdrechtbank is de Belgische regeling op het gebied van het hoorrecht van de minderjarige grondig gewijzigd⁹⁸. Zo wordt er voortaan een onderscheid gemaakt tussen twee categorieën minderjarigen naargelang hun leeftijd, namelijk minderjarigen beneden 12 jaar en minderjarigen vanaf 12 jaar⁹⁹. Zo wordt de minderjarige die jonger is dan twaalf jaar gehoord op zijn verzoek, op verzoek van de partijen, van het openbaar ministerie of, ambtshalve, van de familierechter. De familierechter kan middels een door de omstandigheden van de zaak gemotiveerde beslissing, weigeren de minderjarige die jonger is dan twaalf jaar te horen, behalve wanneer dat verzoek van deze laatste of van het openbaar ministerie uitgaat. Tegen die beslissing van weigering kan geen enkel rechtsmiddel worden aangewend¹⁰⁰. De minderjarige die twaalf jaar of ouder is moet verplicht door de familierechter worden ingelicht over zijn recht om gehoord te worden overeenkomstig art. 1004/2 Ger. W¹⁰¹. Tevens wordt er in de nieuwe regeling rekening gehouden met art. 12, §1 Kinderrechtenverdrag. Zo is nu uitdrukkelijk gesteld dat aan de mening van de minderjarige passend belang gehecht wordt in overeenstemming met zijn leeftijd en maturiteit¹⁰². Ook in Nederland kan het kind gehoord worden. Zo is de rechter eveneens verplicht om de minderjarige van twaalf jaar en ouder in de gelegenheid te stellen hem zijn mening over het recht op persoonlijk contact kenbaar te maken¹⁰³. Toch heeft het kind onder het Belgisch recht geen veto ten opzichte van het recht van zijn ouder inzake het weigeren van het recht op

⁹⁵ S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 252.

⁹⁶ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 208.

⁹⁷ Art. 12 Kinderrechtenverdrag en Art. 1004/1, §1 Ger. W.

⁹⁸ Art. 158 Wet familie-en jeugdrechtbank; P. SENAËVE, "Het hoorrecht van minderjarigen sinds de wet op de familie-en jeugdrechtbank", *T. Fam.* 2014, 177.

⁹⁹ P. SENAËVE, "Het hoorrecht van minderjarigen sinds de wet op de familie-en jeugdrechtbank", *T. Fam.* 2014, 179.

¹⁰⁰ Art. 1004/1, §1 Ger. W.

¹⁰¹ Art. 1004/1, §2 Ger. W.; Zie hierover: P. SENAËVE, "Het hoorrecht van minderjarigen sinds de wet op de familie-en jeugdrechtbank", *T. Fam.* 2014, 177-195.

¹⁰² Art. 1004/1, §6, tweede lid Ger. W.

¹⁰³ M.J.C. KOENS en A.P.M.J. VONKEN, *Personen- en familierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2010, 620.

persoonlijk contact. Eigenaardig is dat zelfs in Nederland, waar krachtens art. 1.377a, §3, c NBW met de ernstige bezwaren van het kind tegenover het omgangsrecht rekening wordt gehouden, dit niet geïnterpreteerd wordt als een recht van het kind om elke omgang te weigeren¹⁰⁴.

Zoals zal blijken uit het volgende voorbeelden wordt er sinds de invoering van het hoorrecht van de kinderen steeds meer en meer rekening gehouden met het standpunt van het kind:

- In 2000 heeft de jeugdrechtbank het recht op persoonlijk contact afhankelijk gemaakt van het akkoord van de kinderen, in geval waar de vader steeds weinig of geen aandacht schonk aan zijn kinderen¹⁰⁵.
- In een geval waar een zeventienjarig kind een ondertekende getypte verklaring had voorgelegd waarin hij te kennen gaf dat hij geen contact meer wenste met zijn vader, oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat er geen enkele reden was om het omgangsrecht de vader te weigeren. De beroepsrechter wees er namelijk op dat het niet ongewoon is dat een kind van die leeftijd bepaalde reserves heeft ten opzichte van één van de ouders¹⁰⁶.

Wanneer het kind niet akkoord gaat met het recht op persoonlijk contact lijkt het mij weinig nut hebben om een dwingende contactregeling op te leggen. Persoonlijk vind ik dat de mening van het kind dient gerespecteerd te worden, zeker ingeval het kind haast volwassen is. Vandaar dat het volgens mij is aanbevolen dat de familierechter elk geval *in concreto* beoordeelt.

31. Wanneer de partijen het niet eens zijn, regelt de familierechter ook de modaliteiten van het recht op persoonlijk contact. De verschillende mogelijkheden werden hierboven al besproken. De rechter zoekt steeds een evenwicht tussen het spontane verloop en de modulering ervan¹⁰⁷. In praktijk varieert de plaats, omvang, duur en frequentie echter naargelang de concrete omstandigheden van de zaak¹⁰⁸. Echter bestaan er ook bijzondere beperkende modaliteiten. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van het hof van beroep te Gent. De rechter heeft uitdrukkelijk bepaald dat de moeder, die vaak van partner wisselde, haar contactrecht dient uit te oefenen in afwezigheid van haar partner¹⁰⁹.

3.1.2 De grootouders

32. Naast de ouders behoren ook de grootouders tot de principieel omgangsgerechtigden in het Belgische recht. Dit staat in schril contrast met het Nederlandse recht. Daar behoren de grootouders tot de categorie van derden en dienen zij steeds de gegrondheidstoets van nauwe

¹⁰⁴ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 210.

¹⁰⁵ Jeugdrb. Gent 25 februari 2000, *TJK* 2001,77.

¹⁰⁶ Antwerpen (3^{de} bis k.) 26 juni 2001, onuitg., aangehaald door aangehaald door K. VERSTRAËTE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 717.

¹⁰⁷ P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 299.

¹⁰⁸ M. GOEGEBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 36.

¹⁰⁹ Gent (11^{de} k.) 28 februari 2000, onuitg., aangehaald door aangehaald door K. VERSTRAËTE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 715.

persoonlijke betrekkingen met het kind aantonen alvorens zij een recht op omgang bekomen¹¹⁰. Onder het Belgische recht komt op basis van art. 375bis, eerste lid BW de grootouder een principieel, autonoom recht toe op persoonlijk contact toe met hun minderjarige kleinkinderen.

33. De grootouders maken aanspraak op omgang met zowel de huwelijkse als de buitenhuwelijkse kinderen van hun eigen kinderen, voor zover de afstammingsbanden wettelijk zijn vastgesteld¹¹¹. In geval van gewone adoptie dient er een onderscheid te worden gemaakt. Enerzijds zijn er de oorspronkelijke grootouders waarmee de juridische banden niet worden doorbroken. De geadopteerde behoudt namelijk zijn oorspronkelijke afstammings- en verwantschapsbanden¹¹². Hieruit volgt dat art. 375bis, eerste lid BW voor diens oorspronkelijke grootouders dan ook onverkort blijft gelden¹¹³. De adoptieve ouders daarentegen, kunnen zich niet op dat artikel beroepen. Zij hebben geen principieel recht op contact omdat het geadopteerde kind niet in de familie van de adoptant treedt¹¹⁴. Bijgevolg kunnen zij zich niet beroepen op de hoedanigheid van grootouder ten aanzien van het adoptiekind van hun zoon of dochter. Strikt genomen zouden de oorspronkelijke grootouders in geval van volle adoptie zich ook niet kunnen beroepen op de hoedanigheid van grootouder en dus ook geen aanspraak maken op het omgangsrecht op basis van art. 375bis, eerste lid BW. Echter geldt nog steeds het *Grootjesarrest*, waardoor de oorspronkelijke grootouders principieel omgangsgerechtigd blijven (*supra* nr. 11-14)¹¹⁵. Daarnaast zijn er nog de adoptieve grootouders ingeval van volle adoptie. Hoewel hier geen bloedbanden voorhanden zijn, treedt het ten volle geadopteerde kind volledig in de familie van de adoptant. Dit volgt uit de volledige gelijkstelling van de rechtspositie van het ten volle geadopteerde kind met die van het uit de adoptant geboren kind¹¹⁶. Bijgevolg zullen de adoptieve grootouders zich ook kunnen beroepen op art. 375bis, eerste lid BW om aanspraak te maken op een omgangsrecht.

34. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter terecht steeds de nadruk legt op het feit dat ingevolge van art. 3, eerste lid van het Kinderrechtenverdrag het belang van het kind de eerste overweging vormt. Bovendien primeert dit steeds op het belang van de grootouders, hoewel het niet te ontkennen valt dat de grootouders ook belang hebben bij de toekenning van een omgangsrecht. Het lijkt me begrijpelijk dat wanneer die contacten bemoeilijkt worden door de ouders dit voor hen een groot gemis kan betekenen. Tevens is het in mijn ogen, hun rechtmatige wens om tijd door te brengen met hun kleinkinderen. Daarenboven wordt er in de rechtspraak gesteld dat het kind een voordeel moet halen uit de uitoefening van het omgangsrecht.

35. Wanneer de grootouders aantonen dat ze de *hoedanigheid* van grootouders bezitten, worden ze titularissen van een recht op persoonlijk contact¹¹⁷. Eens ze dat recht bezitten, kan hen dat recht niet meer ontnomen worden. Met andere woorden, het recht van de grootouder bestaat van

¹¹⁰ M.J.C. KOENS en A.P.M.J. VONKEN, *Personen- en familierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2010, 617.

¹¹¹ Art. 334 BW.

¹¹² P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 637.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 322.

¹¹⁵ Cass. 4 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 767.

¹¹⁶ Art. 356/1, eerste lid BW; P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 638.

¹¹⁷ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 218.

rechtswege, maar wat de *uitoefening* van dat recht betreft, moet worden beslist in het belang van het kind. Door deze toetsing aan het belang van het kind kunnen we stellen dat het recht van de grootouders een functioneel recht is¹¹⁸. Hoewel het recht op persoonlijk contact van de grootouder zijn grondslag in het natuurrecht vindt en in het belang van het kind wordt geacht te zijn, komt het aan de ouder of de procureur des Konings toe om aan te tonen dat een uitgebreider of minder uitgebreid omgangsrecht van de grootouder in strijd is met het belang van het kind (*Reus excipiendo fit actor*)¹¹⁹. Zoals eerder vermeld is de weigeringsgrond 'in het belang van het kind' ruimer dan de 'bijzonder ernstige redenen' die noodzakelijk zijn om het recht op persoonlijk contact te weigeren aan een ouder (*supra* nr. 29). Volgens VERSCHELDEN blijkt hieruit dat het grootouderlijk omgangsrecht, hoewel eveneens principieel, toch zwakker is dan het ouderlijk omgangsrecht¹²⁰. Daarenboven kan het omgangsrecht in het belang van het kind ook helemaal geweigerd of opgeschort worden¹²¹.

- Zo stelde het hof van beroep te Brussel dat de jeugdrechter voor wie een vordering werd ingesteld door de grootmoeder langs vaderszijde om persoonlijk contact te onderhouden met haar twee kleindochters die seksueel misbruikt werden door de grootvader langs vaderszijde in de echtelijke woonst, zich vragen moet stellen over het belang van de twee dochtertjes. Tevens diende de jeugdrechter volgens het hof de voordelen en ongemakken of risico's af te wegen van het recht op persoonlijk contact dat wordt gevorderd door hun grootmoeder. In dat geval oordeelde de beroepsrechter dat het kennelijk beter zou zijn voor de kinderen dat zij geen enkel, zelfs geen telefonisch, contact zouden hebben met deze grootmoeder en dit omwille van het feit dat de grootmoeder onlosmakelijk verbonden is met de persoon van de grootvader, bij wie zij leefde op het ogenblik van de feiten en met wie zij nog steeds leeft. Bovendien bevond de grootmoeder zich in een situatie van fysieke en psychische afhankelijkheid ten aanzien van haar echtgenoot omwille van ernstige gezondheidsproblemen. Daarenboven getuigden haar verklaringen niet van veel empathie ten aanzien van de slachtoffers van de feiten die door haar echtgenoot werden begaan¹²².
- Ter zake wees de Gentse jeugdrechter erop dat het omgangsrecht van de grootouder enkel de grootouder toekomt. Bijgevolg mag het aan de grootouder toegekende omgangsrecht geen pseudo-omgangsrecht zijn voor zijn zoon, die de vader van de kinderen is, omdat dit tot rechtsmisbruik zou leiden¹²³.
- Hoewel niet kan worden betwist dat een gespannen klimaat altijd nadelig is voor de zelfontplooiing van een kind oordeelde de beroepsrechter van Bergen dat een conflictsituatie tussen moeder en grootmoeder geen aanleiding mag geven tot weigering of opschorting van het omgangsrecht van de grootmoeder¹²⁴.

¹¹⁸ K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, TPR 2007, 720.

¹¹⁹ Brussel (19^{de} k.) 18 februari 2005, *EJ* 2005, 43, noot A. DE WOLF; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 620-621; K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, TPR 2007, 720.

¹²⁰ G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 322.

¹²¹ Art. 375bis, tweede lid BW.

¹²² Brussel (31^e k.) 5 januari 2010, *RTDF* 2011, 411.

¹²³ Jeugdrb. Gent 28 januari 2000, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, TPR 2007, 721.

¹²⁴ Bergen 8 juni 2011, *RTDF* 2011, 721.

- Ook de jeugdrechter stelde dat niettegenstaande de haat en de sedert lang heersende totale breuk tussen de moeder en haar dochter, toch aan de kleindochter moet worden toegelaten haar grootouders langs moeders kant te ontmoeten, aangezien deze relatie als positief wordt beschreven in het verslag van het ontmoetingscentrum¹²⁵.

In tegenstelling tot de twee laatstgenoemde uitspraken van de jeugdrechter, kan gesteld worden dat het toch ook kan gebeuren dat de rechter in dergelijke conflictsituaties het recht op persoonlijk contact van de grootouder afwijst.

- Dit stelde zich aan de orde toen een grootmoeder haar schoondochter beschuldigde van de moord op haar zoon, die de vader was van de kinderen. Doordat de grootmoeder en de kleinkinderen elkaar niet kennen, bestond de vrees dat de grootmoeder de kinderen niet zal kunnen sparen van haar gevoelens van schuld en wrok, die het gevolg zijn van een onverwerkt verleden. Om deze reden oordeelde de jeugdrechtbank dat het toekennen van een omgangsrecht aan de grootmoeder zou indruisen tegen het belang van de kinderen¹²⁶.

Hieruit volgt dat wanneer de grootouders en de kleinkinderen elkaar niet kennen, de rechter steeds moet nagaan of de aanknopng of opbouw van de relatie een positief effect naar de toekomst toe kan hebben op het kind. Daarbij geldt ook dat de kinderen niet het slachtoffer mogen worden van de conflictsituatie en dat de grootouders de relatie tussen het kind en de ouders niet mogen aantasten.

- In deze context oordeelde de jeugdrechtbank dat het belangrijk is dat een jong kind zich kan situeren met betrekking tot zijn oorsprong en de genegenheid kan ontvangen van zijn grootouders, en dat het uit de door zijn grootouders en ouders gegeven voorbeelden de eerbied en het ontzag leert dat het op zijn beurt tegenover hen zal moeten hebben. De maatstaf voor de rechten van de voorouders is het belang van het kind. Bijgevolg kan het omgangsrecht van de grootouders in het gedrang worden gebracht indien het de prerogatieven van de ouders aantast¹²⁷.

36. Ook met betrekking tot de vorm, de plaats en de omvang van het recht op persoonlijk contact wordt het criterium van het belang van het kind gehanteerd. Zo dienen allerlei afspraken te worden gemaakt tussen degenen die het ouderlijk gezag uitoefenen over het kind en degenen die aanspraak willen maken op het persoonlijk contact. Wat de vorm betreft, kan dat omgangsrecht bestaan uit briefwisseling, telefoon of sms, e-mail of chatten. Echter wordt meestal 'in levende lijve' contact gehouden¹²⁸. Dit kan thuis gebeuren, maar een neutrale ontmoetingsruimte is eveneens mogelijk¹²⁹. Ook zijn afspraken nodig over de verdere modaliteiten en kosten, zoals: wie het kind haalt en terug brengt, wie het trein- of vliegtickets betaalt, enzovoort¹³⁰. Het feit dat het recht op persoonlijk contact wordt gevorderd wijst erop dat de verhoudingen tussen de partijen

¹²⁵ Jeugdrb. Bergen 2 oktober 2001, *RTDF* 2002, 340.

¹²⁶ Jeugdrb. Brussel 5 oktober 1999, *AJT* 2000-01, 26.

¹²⁷ Jeugdr. Nijvel 11 januari 2000, *JT* 2000, 428.

¹²⁸ F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 162.

¹²⁹ B. VINCK, "Recht op persoonlijk contact" in G. VERSCHULDEN, K. BOONE, W. SEGERS, S. BROUWERS en L. PLUYM, *Overzicht van rechtspraak familierecht 2007-2011*, *TPR* 2012, 2120.

¹³⁰ *Ibid.*

meestal niet zo vlot en probleemloos verlopen. Daarom is het goed dat de wet stelt dat ingeval van gebrek van overeenkomst tussen de partijen, de familierechtbank uitspraak zal doen over de uitoefening van het recht¹³¹. Tevens kan aan de degene die het ouderlijk gezag uitoefent over het kind worden opgelegd om aan de uitoefening van het omgangsrecht mee te werken, bijvoorbeeld door een gsm ter beschikking te stellen of een eigen account voor het kind op de computer aan te maken¹³². Met andere woorden, het volstaat niet dat de ouder zijn kind vrij laat om al dan niet contact te hebben met de grootouders.

- Zodoende meende de rechter dat de moeder de zaken verkeerd aanpakt wanneer zij de kinderen vrij laat om al dan niet mee te gaan op bezoek bij de grootouders. Zij moet hen integendeel positief motiveren om met de grootouders mee te gaan. *In casu* oordeelde de rechter zelfs dat er een dwangsom betaald zal moeten worden per keer dat het recht op persoonlijk contact door de moeder niet kan doorgaan, tenzij er sprake is van overmacht. Dit was het gevolg van de houding van de moeder waardoor gevreesd kon worden dat zij in de toekomst opnieuw het omgangsrecht van de grootouders zou dwarsbomen¹³³.

Net zoals bij het toekennen van een recht op persoonlijk contact aan de ouder, kunnen ook aan de grootouder bijzonder beperkende modaliteiten worden opgelegd door de familierechter.

- Zo werd in een geval waar de grootouders een contactrecht werd toegekend op één woensdagmiddag per maand, uitdrukkelijk bepaald dat de grootouders dienen toe te staan dat de kinderen hun sportactiviteiten konden blijven uitoefenen. Bovendien werden de grootouders verplicht de kinderen naar de sportschool te brengen¹³⁴.

37. Hoewel de grootouders net als de ouders principieel omgangsgerechtigd zijn, is hun omgangsrecht onderschikt aan datgene van de ouders. Vandaar dat er ook gesteld kan worden dat het omgangsrecht van de grootouders een tweederangs recht is ten aanzien van het omgangsrecht van de ouders. Met andere woorden, het recht van de grootouders is subsidiair aan de fundamentele rechten van de ouders¹³⁵. Hieruit volgt dat ingeval van pluraliteit van titularissen van een omgangsrecht ten aanzien van eenzelfde kind het omgangsrecht van de grootouders dient te worden geregeld in functie van het omgangsrecht van (één van) de ouders, dat voorrang heeft¹³⁶. Bovendien wordt het omgangsrecht op een zodanige manier geregeld dat het kind niet van zijn hele vrije tijd wordt beroofd. Dit speelt vooral een grote rol ingeval van adoptie waardoor er ook

¹³¹ Art. 375bis, tweede lid en art. 387bis BW.

¹³² F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 162.

¹³³ Gent (5de k.) 7 februari 2005, NJW 2006, 125.

¹³⁴ Antwerpen 17 mei 2001, onuitg., aangehaald door aangehaald door K., *Gezag over de persoon van de minderjarige*, TPR 2007, 715.

¹³⁵ Rb. Oudernaarde 27 novemver 2009, ERF 2010, 5; B. VINCK, "Recht op persoonlijk contact" in G. VERSCHULDEN, K. BOONE, W. SEGERS, S. BROUWERS en L. PLUYM, *Overzicht van rechtspraak familierecht 2007-2011*, TPR 2012, 2118.

¹³⁶ Bergen 6 december 1979, RTDF 1980, 292; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 638-639.

oorspronkelijke grootouders zijn er dus sprake is van acht individuen die een recht op omgang wensen. Tenslotte dienen de grootouders als individuen te worden beschouwd¹³⁷.

- Aldus stelde de jeugdrechter te Gent dat er steeds voorrang moet worden gegeven aan de contacten tussen kinderen en ouders. Bijgevolg achtte de rechter het passend om de grootouders een omgangsrecht van één woensdagmiddag per maand toe te kennen¹³⁸.
- Zo werd door het hof van beroep te Antwerpen aan de grootmoeder een tweewekelijks recht op persoonlijk contact van één woensdagmiddag toegekend om te vermijden dat het kind wekelijks verplicht is in verschillende milieus te moeten vertoeven. Een ruimer omgangsrecht zou het recht op persoonlijk contact van de moeder beperken¹³⁹.

Die ondergeschiktheid blijkt eveneens uit het feit dat de grootouders in geen enkel geval het ouderlijk gezag kunnen uitoefenen.

- De grootouders behoren niet tot de personen die ten aanzien van het ouderlijk gezag kunnen optreden op basis van art. 387bis BW. Hun eis in verband met de schoolkeuze van het kind waarvan de moeder gestorven is, is bijgevolg onontvankelijk¹⁴⁰.

3.2 Virtueel omgangsgerechtigden

38. Onder de virtueel omgangsgerechtigden wordt ieder ander persoon dan de ouder of grootouder verstaan die met het kind een bijzonder affectieve band heeft¹⁴¹. Eerst zal er besproken worden aan welke voorwaarde deze personen dienen te voldoen vooraleer zij het recht op omgang kunnen bekomen. Achtereenvolgens zal per soort virtueel omgangsgerechtigden de rechtspraak geanalyseerd worden. Zo zal specifiek ontleed worden welke elementen volgens de rechter van belang zijn ter staving van de bijzonder affectieve band die door deze categorie van omgangsgerechtigden bewezen dient te worden. Bovendien zal de bespreking van de rechterlijke uitspraken van zowel lagere als hogere rechtbanken bijdragen aan het ontwaren van mogelijke tendensen in de rechtspraak.

3.2.1 'Ieder ander persoon'

39. De wetgever heeft het virtueel omgangsrecht erkend in art. 375bis tweede lid BW dat stelt: "Datzelfde recht (het recht op persoonlijk contact) kan aan *ieder ander persoon* worden toegekend, indien hij aantoonde dat hij met het kind een bijzondere affectieve band heeft".

Bijgevolg dringt zich de vraag op wie er onder 'ieder ander persoon' kan worden verstaan. Betreft het slechts andere familieleden dan de ouders en grootouders of kunnen hieronder ook niet-familieleden worden verstaan? Het antwoord op deze vraag is dat beide categorieën onder het toepassingsgebied van bovenvermeld artikel vallen, aangezien niet-familiale banden even intens

¹³⁷ M. GOEGEBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31, Mechelen, Kluwer, 2011, 19.

¹³⁸ Jeugdrb. Gent (27ste k.) 2 januari 2002, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, Gezag over de persoon van de minderjarige, TPR 2007, 720.

¹³⁹ Antwerpen 4 maart 2004, RW 2005-06, 1309.

¹⁴⁰ KG Dinant 18 augustus 2008, TJK 2009, 354.

¹⁴¹ Art. 375bis, tweede lid BW; P. SENAËVE, Compendium van het personen-en familierecht, Leuven, Acco, 2013, 639.

kunnen zijn als familiale banden¹⁴². Zo kunnen de virtueel omgangsgerechtigden beschouwd worden als een soort restcategorie.

40. In de rechtspraak worden de overgrootouders, de meemoeders, de biologische vaders, de stiefouders, de stiefgrootouders, de broers en zussen, de ooms en tantes, de dooppeters en doopmeters en de spermadonors¹⁴³ als virtueel omgangsgerechtigden beschouwd, zij het uiteraard dat telkenmaal moet worden voldaan aan het vereiste van de bijzonder affectieve band. Dit wordt in wat hierna volgt verder geanalyseerd.

41. In Nederland bestaat er ook een soort categorie als de virtueel omgangsgerechtigden. Deze personen kunnen zich beroepen op art. 1:377a, eerste lid NBW. Dat artikel luidt als volgt: "Het kind heeft het recht op omgang met zijn ouders *en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat*"¹⁴⁴. Hieruit blijkt dat men in tegenstelling tot het Belgisch recht, enkel de ouders uitsluit. Hieruit volgt dat onder het Nederlandse recht de grootouders zich in een zwakkere juridische positie bevinden dan in België. Zo zullen zij namelijk net als derden de gegrondheidstoets moeten doorstaan van nauwe persoonlijke betrekkingen met het kind alvorens zij een recht op omgang kunnen bekomen¹⁴⁵.

42. Er dient opgemerkt te worden dat het virtueel omgangsrecht subsidiair is tegenover het omgangsrecht van (één van) de ouders. Bovendien is dit omgangsrecht eveneens subsidiair tegenover het omgangsrecht van de grootouders¹⁴⁶. Vandaar dat men kan spreken van een zekere rangorde waarbij de ouders voorrang hebben op de grootouders en de grootouders op hun beurt voorrang hebben op de virtuele titularissen van het omgangsrecht. Deze ondergeschiktheid van de virtueel omgangsgerechtigden staat evenwel los van de omvang van dit omgangsrecht¹⁴⁷. Het feit dat er zoveel verschillende virtueel omgangsgerechtigden zijn daarentegen, zal wel enige invloed hebben op de omvang en modaliteiten van het omgangsrecht. Zo zal de familierechter de modaliteiten van ieders omgangsrecht uiteindelijk op elkaar afstemmen met als criterium het belang van het kind¹⁴⁸. Daarnaast zal de rechter ook rekening houden met alle sociale verplichtingen, waaronder ontspanningsactiviteiten en spontane contacten met naasten¹⁴⁹. Met andere woorden, de familierechter zal het omgangsrecht zodanig organiseren zodat het kind niet volledig van zijn vrije tijd wordt beroofd¹⁵⁰. Volledigheidshalve dient ook verwezen te worden naar hetgeen reeds uiteengezet werd bij de grootouders (*supra* nr. 36). Dit omwille van het feit dat

¹⁴² *Hand.* Kamer 1993-1994, nr. 1430/4, 494.

¹⁴³ Het betreft hier enkel de spermadonors die niet onder de Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007, 38.575 (MBV-wet) vallen. Dit zal in wat hierna volgt verder besproken worden.

¹⁴⁴ Art. 1.377a, eerste lid NBW; M.J.C. Koens en A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2010, 617.

¹⁴⁵ S.F.M. WORTMANN en J. Van DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 252.

¹⁴⁶ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 640.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Gent 17 juni 2010, *TGR* 2011, 341.; P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 640.

¹⁴⁹ P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 300.

¹⁵⁰ J. GERLO, E. DE GROOTE en A. WYLLEMAN, "De uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht (Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag)" in *Gandaius Actueel I*, Gent, Story-Scientia, 1995, 147.

omgangsrecht dat aan de virtueel omgangsgerechtigden kan worden toegekend inhoudelijk overeenstemt met het omgangsrecht van de grootouders¹⁵¹.

3.2.2 'Die met het kind een bijzonder affectieve band heeft'

43. Familie of niet, de derde zal een voorwaarde moeten vervullen opdat hij titularis zou worden van het recht op persoonlijk contact. De wetgever stelt namelijk in art. 375bis tweede lid BW dat: "Datzelfde recht kan aan ieder ander persoon worden toegekend, *indien hij aantoont dat hij met het kind een bijzondere affectieve band heeft*".

44. In de voorbereidende werken, meer bepaald in het verslag van de Senaatcommissie¹⁵² werd er reeds gewezen op de onduidelijkheid van het begrip bijzondere affectieve band. Zo stelde een lid van de Senaatcommissie dat dit begrip moeilijk in te vullen valt en dat het aanleiding kan geven tot interpretatiegeschillen¹⁵³. Ik deel de mening met auteur DE WOLF, die dit een terechte opmerking vindt¹⁵⁴. Bijgevolg werd er verduidelijking gegeven door personen aan te geven met wie het kind een bijzonder affectieve band kan hebben. Zo zou het gaan om iemand die jaar en dag zorg draagt voor de kinderen en ze opvoedt, zonder daarom een nauwe familieband met hen te hebben en die gehecht is geraakt aan de kinderen en de kinderen aan haar of hem, namelijk een tante of huishoudster die de kinderen jaren lang heeft opgevoed¹⁵⁵. Daarnaast zou het ook gaan om personen die deel uitmaken van de dagelijkse entourage van het kind, die interesse en affectie betuigen voor het kind en met wie het contact nodig is voor het levensevenwicht van het kind¹⁵⁶. Hieruit volgt dat art. 375bis, tweede lid BW een *persoonlijke* affectieve band vereist¹⁵⁷.

45. De rechtspraak heeft op haar beurt ook een eigen invulling aan het begrip van bijzonder affectieve band gegeven. Sommige rechtspraak hanteerde namelijk een vereiste dat de bijzonder affectieve band essentieel wederkerig en actueel diende te zijn¹⁵⁸.

Zo bepaalde de jeugdrechtbank te Brussel en het hof van beroep te Gent dat het wederkerigheidsvereiste veronderstelde dat degene die het contactrecht vorderde, met het kind een wederzijdse affectieve gevoelsband (*vinculum*) moest hebben. Bijgevolg zou een eenzijdig verlangen naar een omgangsrecht zou niet volstaan. Er zou dus sprake moeten zijn van

¹⁵¹ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 234.

¹⁵² *Hand.Senaat* 1994-95, nr. 1270/2.

¹⁵³ *Hand.Senaat* 1994-95, nr. 1270/2, 8.

¹⁵⁴ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 230; M. GOEGBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I.,1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 29.

¹⁵⁵ *Hand.Senaat* 1994-95, nr. 1270/2, 500.

¹⁵⁶ *Hand.Senaat* 1994-95, nr. 1270/2, 502.

¹⁵⁷ *Hand.Senaat* 1994-95, nr. 1270/2, 13; M. GOEGBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I.,1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 29.

¹⁵⁸ F. SWENNEN, *Familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 161; M. GOEGBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I.,1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 30; K. VERSTRAËTE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, TPR 2007, 722.

tweerichtingsverkeer¹⁵⁹. Er rijst de vraag of er überhaupt wel sprake kan zijn van een bijzonder affectieve gevoelensband in hoofde van een pasgeboren of heel jong kind tegenover een derde. VASSEUR is van mening dat men kan aannemen dat het ervaren van een gevoelensband een minimum aan bewustzijn en ontwikkeling veronderstelt¹⁶⁰. Bovendien impliceert het tot stand komen van een bijzonder affectieve band volgens hem noodzakelijkerwijze een geleidelijk proces, dat enige tijd in beslag neemt.

Daarnaast oordeelde de jeugdrechter in Leuven dat volgens het actualiteitsvereiste de bijzonder affectieve band reeds en nog steeds effectief moet bestaan¹⁶¹. Ook hier maakt VASSEUR een interessante opmerking. Hij meent dat er sprake is van een paradox waardoor sommige virtueel omgangsgerechtigden in een weinig benijdenswaardige positie dreigen terecht te komen, aangezien een opbouw van een bijzondere band naar de toekomst toe niet volstaat volgens het actualiteitsvereiste. Hij stelt dat de virtueel omgangsgerechtigde de rechtbank juist vat omdat 'natuurlijke' omgang met het kind (door middel van regelmatige bezoeken, familiefeestjes,...), doorgaans ten gevolge van de vertroebelde relatie met de (groot)ouders van het kind, wordt verstoord. Hij merkt correct op dat dus een consequente toepassing van dit actualiteitsvereiste ertoe leidt dat virtueel omgangsgerechtigden de facto geen recht op persoonlijk contact kunnen afdwingen met een kind, dat al dan niet door toedoen van de ouders reeds vanaf de geboorte wordt afgeschermd¹⁶².

Sinds het arrest van 16 januari 2009 stapt het Hof van Cassatie af van een al te strikte hantering van het wederkerigheids- en actualiteitsvereiste. In dat arrest moest het Hof van Cassatie oordelen over de vraag of een stiefvader, wiens contacten met het stiefkind door de moeder onmogelijk waren gemaakt, een beroep kon doen op art. 375bis BW. *In casu* kon het vijfjarig kind zich de stiefvader niet meer herinneren aangezien er geen contact meer bestond. Hieruit zou volgen dat de band niet wederkerig en niet actueel is. Echter stelde het Hof dat: *"Wanneer blijkt dat de verzoeker een bijzondere affectieve band heeft met het kind maar dat een affectieve band van het kind met de verzoeker niet of niet meer bestaat, het aan de jeugdrechtbank toe komt om na te gaan of de toekenning van een recht op persoonlijk contact in het belang van het kind is. Het middel dat ervan uitgaat dat het recht op persoonlijk contact nooit kan worden toegekend als een affectieve band van het kind met de verzoeker niet of niet meer bestaat, faalt naar recht"*¹⁶³. Naar mijn mening dient men dit toe te juichen. Zo stelt GOEGEBUER en DE WOLF terecht dat het aangewezen is om

¹⁵⁹ Jeugdrb. Brussel 28 mei 1999, RTDF 2000,455 (*infra* nr. 71); Gent 7 februari 2005, NJW 2006, 36, noot G. VERSCHULDEN (*infra* nr. 59).

¹⁶⁰ R. VASSEUR, "Hof van Cassatie verduidelijkt draagwijdte 'bijzonder affectieve band' ex artikel 375bis BW" (noot onder cass. 16 januari 2009, AR C.07.0563.N.), *T.Fam* 2009, 94.

¹⁶¹ Jeugdrb. Leuven 29 november 2005, RW 2006-07, 483, noot A. HUYGENS waarbij het volgende werd gesteld: *'Door in de tijd te beslissen samen een kind op te voeden, zijn beide leden van een lesbisch paar onderling een verplichting aangegaan die niet zonder meer kan worden beëindigd. Wanneer het verbreken van de affectieve band voortvloeit uit de breuk tussen de twee vrouwen in plaats van uit de bewust door het kind of de tweede moeder gemaakte keuze, verdient het aanbeveling om laatstgenoemde in overeenstemming met art. 375bis B.W. een beperkt recht op persoonlijk contact toe te kennen'*; M. GOEGEBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 30.

¹⁶² R. VASSEUR, "Hof van Cassatie verduidelijkt draagwijdte 'bijzonder affectieve band' ex artikel 375bis BW" (noot onder cass. 16 januari 2009, AR C.07.0563.N.), *T.Fam* 2009, 95.

¹⁶³ Cass. 16 januari 2009, *T. Fam* 2009, 91, noot R. VASSEUR; L. STEVENS, "Het recht op persoonlijk contact met de lesbische meemoeder: een recht voor het kind?" (noot onder cass. 16 januari 2009), RW 2009-10, 1689 en 1692.

in geval van een tegenstribbelende en een uitermate negatieve houding van de ouder toch de feitelijke omstandigheden van de situatie te beoordelen en na te gaan of het recht op persoonlijk contact toegekend dient te worden¹⁶⁴. Met andere woorden, de rechter dient *in concreto* te oordelen. Hieruit volgt dat er een tendens waarneembaar is door het Hof van Cassatie dat zich kant tegen een al te stikte toepassing van het voornoemde actualiteits- en wederkerigheidsvereiste.

46. De bewijslast van de bijzonder affectieve band komt toe aan degene die een omgangsregeling wenst te bekomen (*actori incumbit probatio*)¹⁶⁵. Bij het principieel omgangsrecht van de grootouders daarentegen, komt het aan de ouders en de procureur des Koning toe om te bewijzen dat het omgangsrecht niet in het belang van het kind is. Het is naar mijn mening een goede zaak dat de procureur des Konings hierbij ook een rol krijgt. Ik kan me voorstellen dat in extreem vijandige relaties tussen de ouder en de grootouders, de ouders alles in het werk stellen om de rechter te overtuigen dat het recht op persoonlijk contact van de grootouders niet strookt met het belang van de kinderen. Dit zou ertoe kunnen leiden dat het kind zelfs gebruikt wordt om de andere partij kwaad te doen. Tegenwoordig is dat helaas vaak de harde realiteit in onze maatschappij. De procureur des Konings lijkt me dan een bepaald evenwicht teweeg te brengen, aangezien hij steeds met nodige neutraliteit bewijzen naar voren zal brengen indien het omgangsrecht niet in belang van het kind is. Ik zie hem als het ware een beschermer van het kind tegen de vijandigheid tussen volwassenen.

47. Het recht op persoonlijk contact bestaat dus niet van rechtswege, maar slechts voor zover de jeugdrechtbank vaststelt dat aan de voornoemde voorwaarde is voldaan. Wanneer de virtueel omgangsgerechtigde dus het bewijs levert van een bijzonder affectieve band, volstaat dit om hem titularis te maken van het omgangsrecht¹⁶⁶. Dat bewijs mag met alle middelen worden aangetoond¹⁶⁷. Hierdoor lijkt mij dat de verzoeker meer kans wordt geboden om titularis te worden, zonder te raken aan het belang van het kind bij de uitoefening van dat recht. Bovendien kan de jeugdrechter steeds een maatschappelijk onderzoek bevelen of een deskundige aanstellen indien hij dit opportuun acht¹⁶⁸. Dit valt naar mijn mening zeker aan te moedigen aangezien dat bijdraagt tot het belang van het kind. Bovendien vind ik het horen van de minderjarige ook een zeer goede zaak (*supra* nr. 30). Echter dient er op gewezen te worden dat het titularisschap niet automatisch betekent dat hij het recht op persoonlijk contact mag uitoefenen. Net zoals bij de grootouders, kan de rechtbank volgens art. 375bis, tweede lid BW de uitoefening in een concreet geval weigeren op grond van het criterium van het belang van het kind (*supra* nr. 34-36).

¹⁶⁴ M. GOEGBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 31.

¹⁶⁵ G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 323.

¹⁶⁶ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 640.

¹⁶⁷ M. GOEGBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 29.

¹⁶⁸ M. GOEGBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 27.

48. Onder het Nederlandse recht staat het begrip 'nauwe persoonlijke betrekking' centraal¹⁶⁹. De invulling ervan is cruciaal is voor de gegrondheid van het omgangsverzoek van een derde. Deze term moet worden beschouwd als een Nederlandse vertaling van het recht op familieleven (family life), dat voortvloeit uit art. 8, eerste lid EVRM¹⁷⁰. In feite moet de derde, namelijk een ander dan de ouder, bijzondere of bijkomende omstandigheden stellen waaruit een nauwe persoonlijke betrekking blijkt. Dergelijke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld zijn: de aard van de relatie met de moeder¹⁷¹, na de geboorte van het kind ontstane omstandigheden die een zo nauwe betrekking met zich meebrengen dat dit als familieleven kan worden beschouwd¹⁷². Bovendien kan het een combinatie van omstandigheden betreffen, die deels zien op de periode voor de geboorte van het kind en deels op de periode na de geboorte, welke in onderling verband en samenhang tot het oordeel kunnen leiden dat er sprake is van familieleven¹⁷³. Hoewel de Belgische rechtsleer niet refereert naar het concept 'family life' is het verschil tussen het Belgische criterium 'bijzonder affectieve band' en de Nederlandse 'nauwe persoonlijke betrekkingen' veeleer van terminologische aard dan een inhoudelijk verschil¹⁷⁴.

49. Uit de hierna volgende analyse van de rechtspraak zal blijken dat de volgende criteria in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van de bijzonder affectieve band: de leeftijd van het kind, de goede en regelmatige contacten tussen het kind en de verzoeker of verzoekster van het omgangsrecht, de sociale werkelijkheid, de uitkomst van het deskundige verslag en het maatschappelijk onderzoek, de gezamenlijke kinderwens, de langdurige gezamenlijk zorg voor het kind, de positieve houding van het kind zelf tegenover het contact met de verzoeker of verzoekster, de verwarring voor het kind ingeval van een verwarrende contactregeling, de verstandhouding tussen ex-partners, het recht van het kind op kennis van zijn ontstaansgeschiedenis, de samenwoning met het kind, de duur van de relatie tussen kind en de verzoeker of verzoekster, de emotionele stabiliteit en persoonlijke en geestelijke ontwikkeling van het kind los van de verzuchtingen en wensen van de verzoeker of verzoekster, het 'hecht broederschap': geen van uitsluiting van het kind tegenover andere broer of zus, het intens meebelevan van de zwangerschap voor de geboorte van het kind, de opgebouwde band met het kind, de feitelijke opvoeding van het kind, het goede verloop van de relaties tussen de verschillende partijen¹⁷⁵ en uiteraard het belang van het kind.

3.2.3 Rechtspraakanalyse

50. In dit onderdeel zal per soort virtueel omgangsgerechtigden de bestaande rechtspraak worden gepresenteerd en dit van zowel hogere als lagere Belgische rechtscolleges. Hierdoor zal duidelijk

¹⁶⁹ Art. 1:377a, eerste lid NBW.

¹⁷⁰ Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 November 1950, te Rome, BS 19 augustus 1955, 5.029 (EVRM); M.J.C. KOENS en A.P.M.J. VONKEN, *Personen- en familierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2010, 617.

¹⁷¹ HR 10 november 1989; S.F.M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 254.

¹⁷² HR 29 september 2000; S.F.M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 254.

¹⁷³ HR 19 mei 2000; S.F.M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 254.

¹⁷⁴ K. JACOBS, "Het omgangsrecht in België en Nederland", *TPR* 1996, 866.

¹⁷⁵ Hierbij dient er een onderscheid te maken tussen de relatie tussen de verzoeker of verzoekster en het kind enerzijds en de relatie tussen de verzoeker of verzoekster en de derde (bv. ouder van het kind).

worden welke elementen de rechter in aanmerking neemt om het bestaan van de bijzonder affectieve band vast te stellen.

3.2.3.1 Overgrootouders

51. In 1915 kende het Hof van Cassatie voor het eerst een recht op persoonlijk contact toe als gevolg van bloedverwantschap¹⁷⁶. Sommigen stellen voorzichtig dat het begrip 'grootouder' uit art. 375bis BW ruim geïnterpreteerd dient te worden¹⁷⁷. Dit bleek ook reeds tijdens de parlementaire voorbereidingen waar het antwoord op de vraag of de overgrootouders tot het begrip 'grootouders' gerekend mochten worden eerder vaag werd beantwoord, door te stellen dat de oplossing beter aan de rechtspraak werd overgelaten¹⁷⁸. Dit was een terechte vraag aangezien overgrootouders op grond van natuurwetten en bloedband, weliswaar in tweede graad eveneens tot de grootouders gerekend kunnen worden. In 2007 heeft de jeugdrechter van Gent zich over deze kwestie uitgesproken¹⁷⁹. Het vonnis haalde de eerste pagina van de *Juristenkrant* met als titel: 'Overgrootouders niet principieel contactgerechtigd'¹⁸⁰. *In casu* ging het om een eenjarig meisje dat in een Centrum voor Kinderzorg en Gezinsondersteuning verbleef omwille van een problematische opvoedingssituatie en wachtte daar op de plaatsing in een pleeggezin. Haar grootmoeder en overgrootmoeder langs moederszijde vorderden samen een omgangsrecht voor de jeugdrechtbank. De vader van het kind liet duidelijk blijken dat hij tegen het gevorderde omgangsrecht gekant was. Daarenboven was de relatie tussen de grootmoeder en overgrootmoeder zelf ook verstoord. De rechter volgde de tekstuele interpretatie van art. 375bis BW en vereiste dat de overgrootmoeder net als alle andere virtueel omgangsgerechtigden een bijzonder affectieve band zou bewijzen. Hij oordeelde dat gelet op de uiterst gespannen relatie tussen de ouders en de verzoeksters het aannemelijk was dat het kind bijkomend onder druk zou komen te staan. Ook verdere hulpverlening zou daardoor gevaar lopen. Bijgevolg wees de rechter de vordering van de overgrootmoeder af. Hij achtte de bijzonder affectieve band van de overgrootmoeder niet bewezen aangezien het kind nog zeer jong was en er geen sprake was van regelmatige contacten. Destijds, namelijk voor het cassatiearrest van 16 januari 2009 (*supra* nr.45), diende de bijzonder affectieve band bovendien nog actueel te zijn en de bewering dat er in de toekomst een bijzondere affectieve band zou kunnen worden opgebouwd volstond niet. De grootmoeder kreeg op haar beurt ook geen vast recht op persoonlijk contact met haar kleinkind aangezien dat in conflict zou komen met de lopende en toekomstige hulpverlening. Hoewel zij een principieel recht had op omgang met haar kleinkind, kon dat slechts worden uitgeoefend na toestemming van de rechter in het POS-dossier en onder de aldaar vastgestelde modaliteiten¹⁸¹.

52. Dit is het enige gepubliceerde vonnis met betrekking tot overgrootouders. Bijgevolg is het vonnis van de Gentse jeugdrechtbank een principe-uitspraak geworden. Het leert ons dat de

¹⁷⁶ Cass. 14 oktober 1915

¹⁷⁷ A. De WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. SENAEVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 218.; P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 292.

¹⁷⁸ R. VASSEUR, "Overgrootouders: principieel of virtueel omgangsgerechtigden?," (noot onder Jeugdrb. Gent 28 november 2007), *T.Fam.* 2009, 79-80.

¹⁷⁹ Jeugdrb. Gent 28 november 2007, *T. Fam* 2009, 77, noot R. VASSEUR.

¹⁸⁰ G. VERSCHULDEN, "Overgrootouders niet principieel contactgerechtigd", *Juristenkrant* 2008, 1 en 3.

¹⁸¹ Jeugdrb. Gent 28 november 2007, *T. Fam* 2009, 77, noot R. VASSEUR; G. VERSCHULDEN, "Overgrootouders niet principieel contactgerechtigd", *Juristenkrant* 2008, 1 en 3.

leeftijd van het kind en regelmatige contacten elementen zijn die de rechter bewezen wilt zien voor het vaststellen van de bijzonder affectieve band.

3.2.3.2 Meemoeder

53. De voorbije jaren is het familierecht sterk geëvolueerd op vlak van rechten voor homoseksuele koppels. Alles is begonnen met de wet van 13 februari 2003 die het huwelijk open heeft gesteld voor paren van gelijk geslacht zodat zij op dezelfde manier als heterokoppels hun relatie kunnen formaliseren¹⁸². Vier jaar later, is de wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten aangenomen die toelaat dat een vrouw samen met haar gelijkslachtige partner kan beslissen om een kind bij één van beiden te verwekken¹⁸³. Door deze twee wetten kan een gelijkslachtig paar op een volwaardige wijze een gezin vormen.

54. Specifiek betreft het hier de situatie waarbij twee vrouwen in het huwelijk treden en na enige tijd samen een kind wensen door middel van kunstmatige inseminatie met donorsperma. De vrouw die het kind heeft gebaard is de biologische en juridische moeder. De meemoeder, ook wel sociale- of zorgouder genaamd, heeft geen enkele juridische afstammingsband tegen over het kind. Wanneer de relatie misloopt en het koppel beslist uit elkaar te gaan is het mogelijk dat de moeder de contacten tussen het kind en de meemoeder bemoeilijkt. Juist in deze situatie kan de ex-partner terugvallen op art. 375bis BW om als virtueel omgangsgerechtigde een recht op persoonlijk contact te bekomen bij ontstentenis aan enige andere bepaling¹⁸⁴.

- Zo werd in 1997 art. 375bis BW voor de eerste keer toegepast in een zaak waarin de ex-partner van de juridische moeder een omgangsrecht vorderde voor de jeugdrechter. Wegens het feit dat de meemoeder gedurende anderhalf jaar het kind vol toewijding en geduld had opgevoed en verzorgd, kende de rechter de meemoeder een omgangsrecht toe. Toch betrof het een zeer beperkt omgangsrecht, namelijk twee zaterdagen per maand tussen 10 uur tot 18 uur¹⁸⁵.
- De jeugdrechter van Mechelen wees in 1989 de vordering van de meemoeder af wegens gebrek aan bewijs van de bijzonder affectieve band met het kind, nu dat het uit het sociaal verslag was gebleken dat de verzoekster slechts een uiterst beperkte tijd met het kind onder één dak had gewoond en de na de samenwoning tussen partijen overeengekomen contactregeling voor het kind zeer verwarrend was¹⁸⁶.
- In tegen stelling tot wat de rechter oordeelde in 1997, besloot de jeugdrechter van Mechelen in 2004 dat art. 375bis BW moest leiden tot een ruim omgangsrecht voor een meemoeder. Zo wees de rechter de vrouwelijke ex-partner van de moeder, die twaalf jaar lang een relatie had

¹⁸² Wet 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 28 februari 2003, 9.880.; A. VAN GYSEL (ed.), *Droit familial: actualité législative et jurisprudentielle*, Brussel, Bruylant, 2004, 9.

¹⁸³ Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007, 38.575 (MBV-wet).

¹⁸⁴ M. GOEGEBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31, Mechelen, Kluwer, 2011, 31 p.

¹⁸⁵ Jeugdrb. Kortrijk 18 maart 1997, *Journ. Proc.* 1997, 16, noot L. VERSLUYS; P. SENAËVE en K. HERBOTS, *Rechtspraak personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 1998, 348.

¹⁸⁶ Jeugdrb. Mechelen (8^e k.) 29 april 1998, *AJT* 1989-90, 389, noot K. JACOBS.

met de moeder, mee besliste over de opvoedingen en de zorg voor de kinderen op zich nam en die door de kinderen 'moeke' werd genoemd, een recht op persoonlijk contact toe van twee weekends per maand en de helft van de schoolvakanties¹⁸⁷. Het hof van beroep te Antwerpen heeft dit vonnis echter in drastische mate hervormd. Ten eerste achtte de beroepsrechter dat de jeugdrechtbank een te ruim recht op persoonlijk contact had toegekend. Zo biedt art.375bis BW immers geen grondslag om co-ouderschap te organiseren voor de meemoeder. Ten tweede meende de rechter dat het recht op persoonlijk contact niet in het belang van het kind was. Volgens de deskundige bleek dat kinderen met tegenzin meedingen met de meemoeder en dat dit contact duidelijk niet bijdroeg tot het algemeen welbevinden van de kinderen. Gezien het feit dat de kinderen niet gediend werden met het omgangsrecht besloot het hof van beroep te Antwerpen het door de Mechelse rechter toegekende omgangsrecht volledig af te schaffen¹⁸⁸. Hiermee werd benadrukt dat het omgangsrecht in het belang van de kinderen moet worden uitgeoefend en dat dit primeert op de verzuchtingen en wensen van de meemoeder.

- De vrederechter van Westerlo daarentegen, oordeelde in 2008 voor het eerst dat een meemoeder een principiële omgangsgerechtigde was op basis van art. 223 BW met name de dringende en voorlopige maatregelen tijdens het huwelijk¹⁸⁹. Twee vrouwen trouwden in 2004. Begin 2006 werd binnen hun huwelijk een meisje geboren door middel van kunstmatige inseminatie met donorsperma. Nadat de verstandhouding tussen de echtgenotes ernstig vertroebeld was, verliet de vrouw die niet van het kind bevallen was, de gezinswoning. Vervolgens vorderde zij diverse dringende voorlopige maatregelen op basis van art. 223 BW waaronder ook een omgangsrecht van één weekend om de veertien dagen met het kind. Op die basis kende vrederechter de ex-partner een omgangsrecht toe¹⁹⁰. Opmerkelijk was hier het feit dat de vrederechter aanvaardde dat art. 223 BW voor gehuwden een voldoende rechtsgrond bood om dringende en voorlopige maatregelen te bevelen, ook voor niet-gemeenschappelijke kinderen die duurzaam deel uitmaakten van het gezin. Terwijl normaal de meemoeder als virtueel omgangsgerechtigde een bijzonder affectieve band zou moeten tonen volgens art. 375bis BW, oordeelde hij dat de omweg via art. 375bis hier niet nodig was. De vrederechter beschouwde de meemoeder dus als een principiële omgangsgerechtigde. Hij motiveerde dit aan de hand van het arrest van het Grondwettelijk Hof dat handelde over de onmogelijkheid van de meemoeder om het ouderlijk gezag uit te oefenen¹⁹¹. Daarnaast wees de vrederechter op de sociale werkelijkheid, namelijk het feit dat het kind sinds de geboorte deel uitmaakte van het gezin van beide gehuwde vrouwen en door hen samen werd opgevoed en verzorgd¹⁹². EGGERMONT uitte kritiek op het besproken arrest van Westerlo en stelde dat art. 223 BW gecumuleerd moest worden met art. 375bis BW. Volgens hem werd art. 375bis BW ten onrechte beschouwd als een 'omweg' daar waar in werkelijkheid het de enige weg was

¹⁸⁷ Jeugdrechtbank Mechelen 28 april 2004, noot P. BORGHS.

¹⁸⁸ Antwerpen 21 april 2005, RW 2005-06, 745, noot F. SWENNEN.

¹⁸⁹ G. VERSCHELDEN, "Artikel 223 B.W. als rechtsgrond voor het principiële (?) recht op persoonlijk contact van een lesbische stiefmoeder" (noot onder Vred. Westerlo 16 juni 2008), *NJW* 2008, 652.

¹⁹⁰ Vred. Westerlo 16 juni 2008, *TPR* 2009,116; G. VERSCHELDEN, "Vrederechter acht lesbische stiefmoeder principiële contactgerechtigd", *Juristenkrant* 2008, 5.

¹⁹¹ B. VINCK, "Recht op persoonlijk contact" in G. VERSCHELDEN, K. BOONE, W. SEGERS, S. BROUWERS en L. PLUYM, *Overzicht van rechtspraak familierecht 2007-2011*, *TPR* 2012, 2122.

¹⁹² Vred. Westerlo 16 juni 2008, *TPR* 2009,116; G. VERSCHELDEN, "Vrederechter acht lesbische stiefmoeder principiële contactgerechtigd", *Juristenkrant* 2008, 5.

die een meemoeder kon bewandelen om een recht op persoonlijk contact toegekend te krijgen¹⁹³. Bijgevolg volstaat art. 223 BW niet en dient de meemoeder, net als alle virtueel omgangsgerechtigden, de bijzonder affectieve band aan te tonen.

- Ter zake kan ook het arrest van het hof van beroep te Brussel worden aangehaald. *In casu* werd de relatie tussen het koppel beëindigd terwijl het kind slechts acht maanden oud was. Het hof meende dat de affectieve banden die worden gecreëerd in de eerste levensfase, minstens onbewuste sporen nalaten. Ookal werd de band tussen het kind en de meemoeder verbroken door de relatiebreuk van het koppel, besloot de rechter dat de meemoeder een belangrijke figuur is in de ontstaansgeschiedenis van het kind. Volgens de deskundige moet elk kind de kans hebben om zijn ontstaansgeschiedenis te leren kennen. Daarenboven had het koppel een gezamenlijke kinderwens. Het was in het belang van het kind om de relatie met die persoon te kunnen opbouwen. Zo kende het hof van beroep te Brussel ook deze meemoeder een omgangsrecht toe¹⁹⁴.

55. Uit deze evolutie van de rechtspraak blijkt dat er langzaamaan een tendens ontwaard kan worden. GOEGEBUER wijst terecht op het feit dat de huidige houding tegenover de ex-partner lijkt te evolueren naar een principiële omgangsrecht voor de meemoeder los van de bijzonder affectieve band¹⁹⁵. In het laatstgenoemd arrest van het hof van beroep te Brussel, oordeelde het hof voor het eerst dat het belang van het kind gediend wordt, door de kennis van zijn ontstaansgeschiedenis¹⁹⁶. Dat criterium van het belang van het kind blijkt dus meer en meer het enige belangrijke beslissingscriterium te zijn, wat overeenstemt met art. 3 van het Kinderrechtenverdrag. In tegenstelling tot de voorgaande arresten waar de focus eer lag op de bijzonder affectieve band van de meemoeder en er dus slecht sprake was van een virtueel omgangsrecht. Bij het beoordelen van die bijzondere affectieve band hechtte de rechter veel belang aan de uitkomst van het deskundige verslag en het maatschappelijk onderzoek¹⁹⁷. Daarnaast zijn de gezamenlijke kinderwens, de langdurige gezamenlijke zorg voor het kind (samen met de moeder), de duur van de samenwoning, mogelijke verwarring voor het kind en de positieve houding van het kind zelf tegenover het contact met de meemoeder ook belangrijke elementen die bijdroegen tot het bewijs van een bijzonder affectieve band¹⁹⁸. Bovendien speelde ook sociale werkelijkheid en de verstandhouding tussen beide ex-partners een belangrijke rol¹⁹⁹.

56. Deze situatie veranderde echter aanzienlijk in 2006. Voortaan beschikte de gelijkslachtige partner van de juridische moeder over de mogelijkheid om haar statuut als meemoeder juridisch te

¹⁹³ S. EGGERMONT, "Het recht op persoonlijk contact van de lesbische meemoeder gevangen tussen artikel 223 BW en artikel 375bis BW?" (noot onder Vred. Westerlo 16 juni 2008 en Rb. Turnhout 6 april 2009), *T.Fam.* 2009, 124.

¹⁹⁴ Brussel 25 maart 2009, *RW* 2009-10, 1689, noot L. STEVENS; P. SENAVER, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 143.

¹⁹⁵ M. GOEGEBUER (ed.) en A. DE WOLF, "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31, Mechelen, Kluwer, 2011, 28.

¹⁹⁶ L. STEVENS, "Het recht op persoonlijk contact met de lesbische meemoeder: een recht voor het kind?" (noot onder Brussel 25 maart 2009), *RW* 2009-10, 1689.

¹⁹⁷ Antwerpen 21 april 2005, *RW* 2005-06, 745, noot F. SWENNEN.

¹⁹⁸ G. VERSCHULDEN, "Lesbische ex-partner krijgt ruim omgangsrecht" (noot onder Jeugdbr. Mechelen 28 april 2004), *Juristenkrant* 2004, 13.

¹⁹⁹ Jeugdbr. Kortrijk 18 maart 1997, *Journ. Proc.* 1997, 16, noot L. VERSLUYS; L. STEVENS, "Het recht op persoonlijk contact met de lesbische meemoeder: een recht voor het kind?" (noot onder Brussel 25 maart 2009), *RW* 2009-10, 1689.

verankeren²⁰⁰. Dit dankzij de wet van 18 mei 2006 die adoptie mogelijk maakte voor gelijkslachtige paren waaronder dus ook de gelijkslachtige partner van een juridische moeder om alzo een volwaardige afstammingsband op te bouwen²⁰¹. Adoptie door de meemoeder brengt met zich mee dat zij samen met de juridische moeder het ouderlijk gezag kan uitoefenen met toepassing van art. 374 BW. Indien de meemoeder beslist het kind niet te adopteren, dan zal ze zich dus nog steeds op art. 375bis BW moeten beroepen om een recht op persoonlijk contact toegekend te krijgen²⁰². Ik kan me voorstellen dat iedereen dacht dat hiermee alle problemen van de baan waren. Toch was dit niet het geval. BORGHS haalt terecht aan dat er vele nadelen verbonden zijn aan adoptie. Een van die problemen is het feit dat de juridische moeder noodzakelijk op basis van art. 348/3, tweede lid BW, moet toestemmen in de adoptie waardoor bij gebrek aan toestemming, het onmogelijk wordt te adopteren. Daarenboven is adoptie een dure, langslpende en omslachtige procedure²⁰³.

57. Sinds 1 januari 2015 is de bovenstaande regeling nogmaals drastisch veranderd. De wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, waarmee er een einde aan de precaire toestand van de meemoeder werd beoogd, voert een vermoeden van meemoederschap in ten aanzien van kinderen geboren met behulp van medisch begeleide voortplanting binnen het huwelijk (Art. 325/2 BW)²⁰⁴. Zo vestigt deze wet tussen de meemoeder en het kind een volwaardige juridische afstammingsband, die dezelfde ouderlijke rechten en plichten zoals voor een vader en een moeder tot stand brengt, zonder dat er beroep moet worden gedaan op adoptie. Deze wet is op 1 januari 2015 in werking getreden. Zo zal vandaag het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen driehonderd dagen na ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk, de echtgenote tot meemoeder hebben²⁰⁵. Daarnaast bestaat er voor de meemoeder ook de mogelijkheid tot erkenning van het kind buiten het huwelijk en de mogelijkheid tot onderzoek naar het meemoederschap²⁰⁶. Hieruit volgt dat door de vaststelling van een oorspronkelijke afstammingsband tussen meemoeder en het kind, de meemoeder automatisch het recht op persoonlijk contact heeft met het kind als ouder. Met andere woorden, de meemoeder is voortaan principieel omgangsgerechtigd. Dit omwille van het feit dat zij ook titularis is van het ouderlijk gezag. Echter dient er opgemerkt te worden dat niet alle meemoeders onder het toepassingsgebied van de wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder vallen²⁰⁷. Vandaar dat de voorheen besproken rechtspraak onverkort blijft gelden voor deze virtueel omgangsgerechtigde meemoeders. Zij zullen zich nog steeds moeten beroep op art. 375bis BW en bijgevolg een bijzonder affectieve band met het kind moeten aantonen.

²⁰⁰ B. VINCK, "Recht op persoonlijk contact" in G. VERSCHULDEN, K. BOONE, W. SEGERS, S. BROUWERS en L. PLUYM, Overzicht van rechtspraak familierecht 2007-2011, TPR 2012, 2122.

²⁰¹ Wet 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, BS 20 juni 2006, 31.128.

²⁰² B. VINCK, "Recht op persoonlijk contact" in G. VERSCHULDEN, K. BOONE, W. SEGERS, S. BROUWERS en L. PLUYM, Overzicht van rechtspraak familierecht 2007-2011, TPR 2012, 2124.

²⁰³ P. BORGHS, "Rechtspositie meemoeder. Van adoptieve naar oorspronkelijke juridische afstamming", NJW 2013, 387.

²⁰⁴ Wet 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, BS 7 juli 2014, 51.703.

²⁰⁵ Art. 325/2 BW.

²⁰⁶ Art. 325/4 en 325/8 BW.

²⁰⁷ De reden hiervoor is het feit dat deze wet op vele gebieden discriminatoir is. Echter valt de bespreking hiervan buiten het bereik van mijn onderzoek.

3.2.3.3 Biologische vader

58. Het omgangsrecht van de genetische ouder ten aanzien van zijn kind is slecht erkend voor zover de afstammingsband tussen beiden wettelijk is vastgesteld. Hieruit kan worden afgeleid dat de genetische ouder ten aanzien van wie het vaderschap (nog) niet wettelijk is vastgesteld, wordt beschouwd als een derde die het bewijs van een bijzonder affectieve band moet aantonen²⁰⁸. Dit is althans de meerderheidsstelling die ook uit de rechtspraak blijkt.

- Zo stelde in 2004 het hof van beroep te Brussel dat zelfs indien de biologische vader het kind niet heeft erkend (en het destijds niet kon erkennen bij gebrek aan toestemming van de moeder), het bestaan van een bijzondere affectieve band met het kind voldoende voortvloeit alleen al uit het feit van hun samenwoning gedurende de eerste achttien maanden na de geboorte van het kind en uit de contacten die hij nog met het kind heeft kunnen onderhouden tot wanneer het kind de leeftijd van dertig maanden bereikte²⁰⁹. Hieruit blijkt dus dat de wederkerigheid van de bijzonder affectieve band niet vereist was.
- De afwezigheid van de wederkerigheid betreffende bijzonder affectieve band werd in 2006 nogmaals door dezelfde rechter bevestigd. Zo stelde de rechter dat het niet noodzakelijk is dat het kind nog duidelijke herinneringen aan de persoon overhoudt. Hij verantwoordde dit door er op te wijzen dat nergens in de wet wordt bepaald dat de bijzondere affectieve band moet worden beoordeeld op het ogenblik waarop de vordering door de genetische vader wordt ingeleid. Hoewel de band reeds tot stand moet zijn gebracht op het ogenblik van het inleiden van de vordering, is het dus niet vereist dat er op dat ogenblik nog contacten worden gehandhaafd tussen de biologische vader en het kind²¹⁰. Wel dient er opgemerkt te worden dat ook hier de vader een vordering heeft ingeleid tot erkenning van zijn dochter, maar dat zij ondertussen werd erkend door de nieuwe partner van de moeder. De biologische vader had hierop een vordering tot betwisting van de erkenning ingeleid. Echter was deze op het ogenblik van deze uitspraak nog hangende.
- Anderzijds wees de rechter de vordering af in een geval waar een man beweerde de biologische vader te zijn, maar het DNA-onderzoek uitwees dat dit niet het geval was. De rechter argumenteerde dat het kind de man enkel als baby heeft gekend en er geen enkel belang zou hebben om geconfronteerd te worden met een volslagen onbekende derde²¹¹.

59. Deze uitspraken tonen aan dat de biologische vader als een 'ware' virtueel omgangsgerechtigde wordt beschouwd. De uitzondering bevestigt deze regel:

- In één geval werd door de Jeugdrechtbank te Antwerpen een recht op persoonlijk contact toegekend aan de biologische vader die een relatie heeft gehad met de moeder ondanks het feit dat hij er niet in slaagde een affectieve band met het kind te bewijzen. De rechter achtte de biologische vader principieel omgangsgerechtigd zodat hij geen bijzondere affectieve band met het kind diende aan te tonen. De rechter meende dit te kunnen afleiden uit het

²⁰⁸ Opgemerkt dient te worden dat het hier niet gaat om de spermadonor, deze wordt apart behandeld in 3.2.3.4; P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 640.

²⁰⁹ Brussel 7 oktober 2004, *RTDF* 2005, 844.

²¹⁰ Brussel 13 juli 2006, *JLMB* 2007,63; D. CARRÉ, S. DEGRAVE, N. GALLUS, G. HIERNAUX, N. MASSAGER en S. PFEIFF, *Droit des personnes et des familles: chronique de jurisprudence 2005-2010*, Brussel, Larcier, 2012, 478.

²¹¹ Gent 7 februari 2005, *NJW* 2006, 36, noot G. VERSCHULDEN.

naturrecht en meer bepaald uit de genetische- en bloedband tussen de biologische vader en het kind, waaruit genegenheidsbanden voortvloeien die een recht op persoonlijk contact doen ontstaan²¹².

60. Op dit arrest na, behandelt de rechter de biologische vader wel degelijk als een virtuele titularis van het recht op persoonlijk contact door steeds te onderzoeken of de bijzonder affectieve band bewezen is door de verzoeker. Daarenboven kijkt hij of de verzoeker enige tijd heeft samengeleefd of toch vaak contact heeft gehad met het kind na de geboorte.

3.2.3.4 Spermadonor

70. De vraag of de spermadonor recht op persoonlijk contact heeft hangt af van het antwoord op de vraag of de spermadonor heeft gehandeld in het raam van de MBV-wet of niet²¹³. Enkel in dat laatste geval, kan hij mogelijks het recht op persoonlijk contact laten gelden. Het betreft dan de situatie waarbij een vrouw of een lesbisch koppel een vriend of kennis vraagt om spermadonor te zijn en zo haar of hun kinderwens te vervullen. Zo oordeelde de Hoge Raad in Nederland dat aan een niet-anonieme spermadonor, een omgangsrecht kan worden toegekend²¹⁴.

3.2.3.5 Stiefouders

71. Art. 375bis BW biedt ook aan stiefouders de mogelijkheid om de band met hun stiefkinderen in stand te houden ingeval van een overlijden of scheiding van de juridische ouders van de kinderen om alzo het voortbestaan van hun relatie veilig te stellen²¹⁵. Hiertoe dient de stiefouder een bijzonder affectieve band te bewijzen en dient de uitoefening van het omgangsrecht in het belang van het stiefkind gebeuren. Dit is althans de situatie indien het kind niet door de stiefouder werd geadopteerd.

- De Jeugdrechtbank van Brussel weigerde de stiefmoeder het recht op persoonlijk contact met het kind, wiens vader was overleden. Uit het verhoor van het kind bleek dat deze niet echt verlangt om het persoonlijk contact opnieuw aan te knopen. De rechter oordeelde als volgt: *'Het kind verplichten weer contact te zoeken met zijn stiefmoeder na het overlijden van de vader, die het bindteken was tussen het kind en de stiefmoeder, zou erop neerkomen dat de inspanningen van het kind om het verlies van zijn vader te verwerken volkomen worden tenietgedaan'*. Hieruit kan worden afgeleid dat het voorzetten van de relatie tussen het kind en de stiefmoeder geenszins het belang van het kind zou dienen²¹⁶.

Ter zake kan ook verwezen worden naar twee arresten die reeds eerder besproken werden.

²¹² Jeugdrb. Antwerpen 21 januari 2003, *RAGB* 2003, 941, noot A. HEREMANS; P. SENAVER, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 284.

²¹³ Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007, 38.575 (MBV-wet).

²¹⁴ Hoge Raad 30 november 2007, *LJN* BB9094 waarbij de Hoge Raad oordeelde dat hoewel de spermadonor na de geboorte geen enkel contact had met zijn dochter, er reeds voor de geboorte een nauwe persoonlijke betrekking was ontstaan en hem bijgevolg een omgangsrecht toekomt; P. BORGHS en A. GYDÉ (ed.), *Juridische gids over ouderschap voor holebi's en transgenders*, Brussel, Gelijke kansen in Vlaanderen, 2010, 13.

²¹⁵ N. MASSAGER *Droit familial de l'enfance: filiation, autorité parentale, hébergement : nouvelles lois, nouvelles jurisprudences*, Brussel, Bruylant, 2009, 596.

²¹⁶ Jeugdrb. Brussel 28 mei 1999, *RTDF* 2000, 455.

- Zo komt het omgangsrecht van de stiefvader ook aan de orde in het cassatiearrest van 16 januari 2006 waarin de rechter zich verzette tegen een al te strikte toepassing van het actualiteits- en wederkerigheidsvereiste van de bijzonder affectieve band. Het was de mannelijke ex-partner van de moeder die het recht op persoonlijk contact vorderde. De man stelde immers dat hij gedurende de feitelijke relatie steeds voor het kind heeft gezorgd en zich ook naar de buitenwereld toe voortdurend heeft gedragen als een echte vader van het kind. Het hof van beroep te Antwerpen achtte de bijzondere band op basis van voormelde elementen bewezen, maar besloot dat deze bijzondere affectieve band op heden, gelet op het tijdsverloop van het proces, in hoofde van het kind niet langer bestond. Niettemin kon deze volgens het hof spoedig terugkeren, eens er contacten zouden worden aangeknoopt tussen het kind en de stiefvader²¹⁷. In cassatie argumenteerden de moeder en haar nieuwe partner dat de bijzondere affectieve band van de verzoeker noch wederkerig noch actueel was en dat daardoor de stiefvader geen recht heeft op het omgangsrecht²¹⁸. Zoals reeds gesteld oordeelde het Hof van Cassatie bij wijze van uiterst summiere motivering dat ingeval de bijzonder affectieve band van het kind met de verzoeker niet of niet meer bestaat, het aan de jeugdrechtbank toekomt na te gaan of de toekenning van een persoonlijk contact in het belang van het kind is²¹⁹.
- Daarenboven is ook de uitspraak van het hof van beroep te Gent relevant die aangehaald werd bij de bespreking van de rechtspraak betreffende het omgangsrecht van de biologische vader. Na DNA-onderzoek bleek dat het omgangsrecht niet door de biologische vader, maar slechts door de stiefvader gevorderd werd. De rechter besloot dat het recht op persoonlijk contact in dit geval niet aangewezen was en wees de vordering af. Zo motiveerde hij dat een tweejarig kind, dat door de verzoeker enkel als baby gekend werd, er geen enkel belang bij heeft om gedwongen geconfronteerd te worden met een volslagen onbekende die in onmin leeft met de moeder²²⁰.

72. Aldus kunnen we uit de rechtspraak betreffende de stiefouders de volgende determinerende factoren ontleden die een rol spelen bij het onderzoeken van de bijzonder affectieve band: de duur van de relatie tussen het kind en de stiefouder, de zorg voor het kind, de emotionele stabiliteit en persoonlijke en geestelijke ontwikkeling los van de verzuchtingen en wensen van de stiefouder en de sociale werkelijkheid.

73.2.3.6 Stiefgrootouders

73. De band met de (voor-of na)kinderen van een stiefkind levert de stiefgrootouders geen principieel recht op persoonlijk contact op²²¹. Echter kunnen zij aanspraak maken op een virtueel omgangsrecht indien ze het bestaan van een bijzonder affectieve band aantonen en het feit dat de

²¹⁷ Antwerpen 4 juni 2007; R. VASSEUR, "Hof van Cassatie verduidelijkt draagwijdte 'bijzonder affectieve band' ex artikel 375bis BW" (noot onder cass. 16 januari 2009, AR C.07.0563.N.), *T.Fam* 2009, 91.

²¹⁸ B. VINCK, "Recht op persoonlijk contact" in G. VERSCHULDEN, K. BOONE, W. SEGERS, S. Brouwers en L. Pluym, *Overzicht van rechtspraak familierecht 2007-2011*, TPR 2012, 2118.

²¹⁹ Cass. 16 januari 2009, *T. Fam* 2009, 91, noot R. VASSEUR

²²⁰ Gent 7 februari 2005, *NJW* 2006, 36, noot G. VERSCHULDEN.; D. CARRÉ, S. DEGRAVE, N. GALLUS, G. HIERNAUX, N. MASSAGER en S. PFEIFF, *Droit des personnes et des familles: chronique de jurisprudence 2005-2010*, Brussel, Larcier, 2012, 482.

²²¹ P. SENAVER, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 290.

voortzetting van deze contacten in belang van het kind is. *In casu* is er één arrest dat handelde over het recht op persoonlijk contact van de stiefouders. Het betreft namelijk het arrest van het hof van beroep te Brussel van 18 februari 2005²²². Deze zaak werd al aangehaald bij de evaluatie van de rechtspraak aangaande de grootouders (*supra* nr. 35) Toch is deze ook voor de stiefgrootouders van belang.

Het hof van beroep te Brussel kende een recht op persoonlijk contact toe aan de ouders van de stiefvader van het kind. *In casu* had de stiefvader bij de moeder van het kind een tweede kind verwekt zijnde een jongere halfbroer. Zo kregen de grootouders een omgangsrecht toegekend met hun kleinkind, namelijk de jongere halfbroer. Echter wensten zij ook, als stiefgrootouder een recht op persoonlijk contact met hun stiefkleinkind. De eis van de grootouders ten aanzien van hun kleinzoon kaderde in het principiële omgangsrecht, terwijl de tweede eis het virtueel omgangsrecht betrof. Dit onderscheid werd duidelijk benadrukt door de beroepsrechter. Hoewel het hof stelde dat het risico op verwarring reëel was voor de oudere broer door een veelvoud aan contacten bij het toekennen van een recht op persoonlijk contact aan de ouders van de stiefvader, achtte hij dat dit toch in het belang van het kind was. Mijns inziens stelde de rechter terecht dat het feit dat de oudere geen contact meer zou mogen hebben met die personen, waarmee hij immers goede contacten mee heeft gehad, als een uitsluiting zou kunnen voelen ten aanzien van zijn jongere halfbroer. Bovendien zou de uitoefening van dat recht op persoonlijk contact door de stiefgrootouders een hecht broederschap bewerkstelligen. Zo zou de band tussen de kinderen versterken en zou het omgangsrecht van de stiefouders een geruststellende invloed hebben op beide kinderen.

Hoewel de tweede eis van de grootouders een virtueel omgang betrof, heeft de rechter niet zo zeer gefocust op de bijzonder affectieve band, maar voornamelijk op het belang van het kind. Het feit dat de uitoefening van het omgangsrecht het kind zou baten was doorslaggevend.

3.2.3.7 Broers en zussen

74. Eerst en vooral dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen drie categorieën broers en zussen²²³. Ten eerste zijn er de volle broers en zussen. Deze hebben een oorspronkelijke of adoptieve afstammingsband ten aanzien van twee dezelfde ouders. Halfbroers en halfzussen hebben diezelfde afstammingsband, maar dan ten aanzien van slechts één ouder. Specifiek betreft het hier de kinderen van de moeder of vader uit een vorige relatie of van een nieuwe partner. Tot slot zijn er nog de kinderen uit een vorige relatie van de nieuwe partner van de vader of de moeder. Deze worden stiefbroers en stiefzussen genoemd²²⁴.

75. Doorgaans wonen broers en zussen samen en stelt er zich geen probleem betreffende het recht op persoonlijk contact. Wanneer de kinderen door omstandigheden niet meer samenwonen, bijvoorbeeld in geval van scheiding van de ouders wordt er wel degelijk rekening gehouden met de

²²² Brussel (19^{de} k.) 18 februari 2005, *EJ* 2005, 43, noot A. DE WOLF.

²²³ R. HEPs, "Het recht van broers en zussen om niet van elkaar te worden gescheiden: een reeds bestaand recht?", *TJK* 2011, 24.

²²⁴ R. HEPs, "Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling" (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 286.

broer/zusterband bij het uitwerken van een verblijfsregeling voor de kinderen²²⁵. Dit blijkt ook uit het volgende arrest van het hof van beroep te Brussel:

- In het kader van voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure moest een verblijfsregeling worden vastgesteld voor vijf gemeenschappelijke kinderen. Het hof oordeelde dat de afzonderlijke verblijfsregeling voor elk van de vijf kinderen die in het maatschappelijk onderzoek werd voorgesteld, zowel voor de kinderen als voor beide ouders uiterst verwarrend en nodeloos ingewikkeld was. Ter bevordering van het gezinsgevoel en de onderlinge verbondenheid brengen de vijf kinderen hun verblijf bij één ouder bij voorkeur zoveel mogelijk samen door. Bovendien zal het aanbrengen van enige regelmaat en structuur binnen de drukte van een gezin met vijf kinderen waarin de combinatie van professionele activiteiten met het gezinsleven reeds de nodige inspanningen vergt, het belang van het kind ten goede komen²²⁶.

76. Wanneer het een rechter toekomt om een beslissing te nemen betreffende het al dan niet opleggen van dezelfde verblijfsregeling voor verschillende kinderen van het gezin houdt deze volgens HEPS met verschillende elementen rekening bij het beoordelen van het belang van het kind²²⁷. Deze elementen zijn: de leeftijd en mening van het kind, de aanwezigheid van een stiefbroer of -zus dan wel halfbroer of -zus, handhaving van de bestaande situatie, gevaar voor vervreemding, hulp van ouder broer/zus en tot slot de specifieke nood van één of meerdere kinderen (bijvoorbeeld ingeval van handicap)²²⁸. Hoewel de rechter in de regel de kinderen tracht samen te houden, is het echter wel mogelijk dat door bepaalde omstandigheden een verblijfsregeling wordt opgelegd waarin broers en zussen van elkaar worden gescheiden en bijgevolg weinig contact hebben met elkaar. De vraag rijst of de minderjarige in dat geval zelf een recht op persoonlijk contact met zijn broer of zus kan vorderen.

Onder het huidige recht wordt op basis van art. 375bis BW een broer of zus het recht op persoonlijk contact toegekend, indien deze kan aantonen dat hij of zij met de broer of zus een bijzonder affectieve band heeft. Bovendien wordt daarbij geen onderscheid gemaakt tussen de volle, half- en stiefbroers en zussen²²⁹. Zij zijn allemaal virtuele titularissen van het recht op persoonlijk contact. De bijzonder affectieve band dient hier geïnterpreteerd te worden als 'gezinsleven' in de zin van art. 8 EVRM²³⁰. Met betrekking tot de broers en zussen kunnen we stellen dat zij dit vrij gemakkelijk kunnen bewijzen aangezien ze meestal toch enige tijd hebben samengewoond. Bovendien kunnen ook omstandigheden van tijdens de zwangerschap en of na de geboorte het bestaan van een dergelijke band aannemelijk maken. Hierbij kan er gedacht worden aan het feit dat zij bijvoorbeeld intens de zwangerschap hebben mee beleefd en na de geboorte een band hebben opgebouwd met het kind²³¹. Hoewel dit een niet een al te hoge drempel vormt, vind ik het toch niet gerechtvaardigd dat zij die bijzonder affectieve band moeten aantonen. Des te

²²⁵ P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 292.

²²⁶ Brussel (3^{de} k.) 12 mei 2009, *RTDF* 2011, 236, noot R. HEPS.

²²⁷ Niet de bijzonder affectieve band.

²²⁸ R. HEPS, "Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling" (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 288-289.

²²⁹ R. HEPS, "Het recht van broers en zussen om niet van elkaar te worden gescheiden: een reeds bestaand recht?", *TJK* 2011, 32.

²³⁰ B. VANLERBERGHE, "Omgangsrecht in het licht van art. 8 E.V.R.M.", *Jura Falc.* 1990-91, 151.

²³¹ R. HEPS, "Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling" (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 291.

meer gezien vanuit het standpunt dat de grootouders dit niet moeten bewijzen, terwijl zij niet steeds even dicht als de broer of zus staan bij het kind. Gelukkig wordt dit getemperd, want ingeval de uitoefening van het recht op persoonlijk contact niet in belang van het kind is, wordt deze geweigerd²³². Bij de broers of zussen is dit het geval wanneer de broer of zus zich bijvoorbeeld systematisch denigrerend uitlaat over de ouder van het kind of zich voortdurend verzet tegen hun opvoedkundige principes²³³. Een slechte verstandhouding tussen het kind en de gemeenschappelijke moeder daarentegen, belet het recht op persoonlijk contact niet zoals zal blijken uit de volgende zaak:

- Het hof van beroep te Antwerpen heeft in een geval waar het bestaan van de bijzonder affectieve band tussen het kind en zijn halfzus werd bewezen een recht op persoonlijk contact toegekend aan deze persoon, ondanks het feit dat er tussen haar en de moeder die zij met het kind gemeenschappelijk had, een vete bestond. Het feit dat het kind in Zuid-Afrika woonde, werd evenmin als een obstakel beschouwd voor dit contactrecht aangezien de ouders nog geregeld met het kind naar België kwamen²³⁴.

77. Met betrekking tot broers en zussen is er nog één merkwaardig vonnis van de jeugdrechtbank te Namen:

- Een minderjarig meisje had een tijdje bij haar moeder gewoond en aldaar een band opgebouwd met haar vier halfbroers en –zussen. Achteraf wou het meisje terug bij de vader wonen. Vervolgens is ze vrijwillig tussengekomen in de procedure tussen haar ouders betreffende de verblijfsregeling. Opmerkelijk was dat het kind zélf een beroep op art. 375bis BW deed en het recht op persoonlijk contact vorderde met haar halfbroers en –zussen, die intussen geplaatst waren in een instelling door jeugdzorg. De jeugdrechter liet haar toe procespartij te worden in de procedure betreffende het persoonlijk contact en kende haar een omgangsrecht van twee keer per maand toe nadat ze de bijzondere affectieve band bewees. Hiertoe motiveerde namelijk het meisje dat ze voor haar halfbroers en halfzussen had gezorgd toen ze nog bij haar moeder woonde en dat ze daardoor zeer hecht zijn geworden²³⁵.

78. Hoewel de huidige rechtspraak enige aandacht heeft voor het beschermen van de banden tussen broers en zussen, lijkt een wettelijke bescherming wenselijk. Dit mede gezien het feit dat er al wordt gevoeld dat er een probleem ontstaat door het onderscheid tussen grootouders enerzijds en broer en zus anderzijds. Bijgevolg rijst de vraag in welke mate dit onderscheid nog gerechtvaardigd is. Dit wordt verder behandeld in hoofdstuk 4.

²³² G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 323.

²³³ R. HEPES, "Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling" (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 291.

²³⁴ Antwerpen 18 januari 2001, onuitg., aangehaald door K. Verstraete, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 727.

²³⁵ Jeugdrb. Namen (17^{de} k.) 22 oktober 2002, *JDJ* 2004,43; J.-P. MASSON, G. HIERNAUX, N. GALLUS en N. MASSAGER, *Droit des personnes et des familles: chronique de jurisprudence 1999-2004*, Brussel, Larcier, 2006, 603; N. MASSAGER *Droit familial de l'enfance: filiation, autorité parentale, hébergement : nouvelles lois, nouvelles jurisprudences*, Brussel, Bruylant, 2009,597.

3.2.3.8 Ooms en tantes

79. Ooms en tantes vallen eveneens onder het regime van 375bis BW. Ter zake kunnen twee zaken worden aangehaald waar aan deze categorie van omgangsgerechtigden een recht op persoonlijk contact werd toegekend.

- In 2010 beoordeelde het hof van beroep te Gent het recht op persoonlijk contact van de oom en tante langs vaderszijde met een minderjarig kind na echtscheiding van diens ouders en overlijden van diens vader. *In casu* had het kind jarenlang in het gezin verbleven en werd het kind feitelijk opgevoed door de tante en oom. Al tijdens het huwelijk van zijn ouders verbleef het kind door de week regelmatig bij de tante en oom. Na de echtscheiding kwam het weekendverblijf bij de vader neer op een weekendverblijf bij oom en tante. Dit was ook het geval wanneer de moeder vertrok naar het buitenland en het hoofdverblijf aan de vader werd toegewezen. Door deze feiten achtte het hof de bijzondere affectieve band zonder twijfel bewezen. Daarnaast stelde hij dat het omgangsrecht absoluut noodzakelijk was voor de emotionele ontwikkeling van het kind. Bovendien was het belangrijk dat het kind nog steeds op voldoende ruime wijze contacten zou onderhouden met het vaderlijke familiale milieu. Bijgevolg kende de rechter een recht op persoonlijk contact van een weekend om de maand en één vakantieweek per jaar toe²³⁶.

Uit deze zaak kunnen we het jarenlang feitelijk opvoeden van het kind als doorslaggevend element destilleren. Er dient opgemerkt te worden dat de rechter zich in deze zaak ook moest uitspreken over het omgangsrecht van de grootouders. Deze kregen ook het omgangsrecht toegekend. Hierbij benadrukte het hof dat hoewel het persoonlijk contact van derden ondergeschikt is aan dat van de principieel omgangsgerechtigde grootouders het toch geen invloed had op de omvang van het omgangsrecht van derde. Vandaar dat de rechter dergelijk ruim omgangsrecht passend achtte voor de oom en tante.

- Drie jaar eerder kwam het ook aan de jeugdrechtbank van Charleroi toe om zich uit te spreken over het omgangsrecht van een tante. *In casu* werden twee nichtjes, wiens moeder overleden was, sinds twee jaren opgevoed door de tante langs moederszijde. Vervolgens vorderde de tante een recht op persoonlijk contact uitgebreid tot een recht op huisvesting in hoofdzaak. Op die manier trachtte ze zich te verzetten tegen de vader die na een contactverbreking van één jaar opeens wou dat de meisjes bij hem zouden wonen. De rechter sprak het vonnis uit in het voordeel van de tante. Daarbij stelde hij dat zij wel moest meewerken aan het hervatten van de contacten tussen de meisjes en de vader, die een omgangsrecht van drie uur, één keer om de drie weken in een ontmoetingsruimte kreeg toegewezen²³⁷.

²³⁶ Gent (15e k.) 17 juni 2010, *RTDF* 2012, 341; B. VINCK, "Recht op persoonlijk contact" in G. VERSCHULDEN, K. BOONE, W. SEGERS, S. BROUWERS en L. PLUYM, *Overzicht van rechtspraak familierecht 2007-2011*, *TPR* 2012, 2125; SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHULDEN, G. (eds), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 293.

²³⁷ Jeugdrechtbank Charleroi (14^{de} k.) 19 maart 2007, *RTDF* 2007, 1216; CARRÉ, D., DEGRAVE, S., GALLUS, N., HIERNAX, G., MASSAGER, N. en PFEIFF, S., *Droit des personnes et des familles: chronique de jurisprudence 2005-2010*, Brussel, Larcier, 2012, 482.

Naast het feit dat de vader niet omkeek naar zijn dochter en de moeder overleden was, achtte de rechter ook hier het feitelijk opvoeden van de kinderen door de tante doorslaggevend voor het bewijs van de bijzonder affectieve band.

3.2.3.9 Dooppeters en doopmeter

80. In de rechtspraak zijn er ook enkele voorbeelden gevonden waar de doopmeters en dooppeters op basis van art. 375bis BW een omgangsrecht vorderen. Zo heb ik twee gepubliceerde zaken over de meter gevonden:

- In 1998 vorderde de meter van een driejarig kind die enkele maanden als opvangouder had gefungeerd een omgangsrecht voor de jeugdrechtbank van Nijvel. Dit contact werd voorlopig geregeld door een vorig vonnis en verliep tot voldoening van alle betrokkenen. De moeder van het kind was derhalve van oordeel dat de morele verbintenis om dit contact voort te zetten, volstond. De meter daarentegen wenste een wettelijk kader. De jeugdrechter volgde de meter en achtte een vastgesteld omgangsrecht noodzakelijk in het belang van het kind, gezien de spanningen die in het verleden plaatsvonden. Hierbij kende hij de meter een omgangsrecht toe van een dag per maand, bij gebrek aan akkoord tussen de moeder en de meter, bepaald op de laatste zaterdag van de maand tussen 10 uur en 20 uur²³⁸.
- Ook het hof van beroep te Luik besloot een meter van een vijfjarig kind een omgangsrecht toe te kennen. De bijzondere affectieve band werd door de meter bewezen doordat ze kon aantonen dat gedurende drie jaar de relaties tussen haarzelf, de ouder en het doopkind goed verliepen. Bovendien koesterde ze het doopkind zoals dat van een doopmeter verwacht kan worden. Zo werd haar door het hof een recht op persoonlijk contact toegekend bestaande uit een dag per maand van 12 uur tot 19 uur. Daarbij wees het hof op het feit dat verschil in sociaal milieu of fortuin, hierbij geen enkele rol mag spelen en geenszins de uitoefening van het omgangsrecht mag verhinderen²³⁹.

81. Tevens heb ik ook een zaak gevonden betreffende de dooppeter die een omgangsrecht vorderde als familie van de meemoeder:

- Op 8 februari 2012 besloot de jeugdrechtbank de peetoom een omgangsrecht met zijn zesjarig petekind toe te kennen. *In casu* was het kind geboren na kunstmatige inseminatie van de juridische moeder. Enkele maanden na de geboorte liep de relatie spaak waardoor partneradoptie door de meemoeder niet meer mogelijk werd. Vervolgens verbrak de juridische moeder alle contacten tussen het kind en de meemoeder, waarna de meemoeder via de jeugdrechtbank een recht op persoonlijk contact opeiste en toegewezen kreeg. Tijdens de uitoefening van dat recht kwam het kind op regelmatige basis ook in contact met zijn sociale grootouders en de bij hen inwonende oom. Na het overlijden van de meemoeder en volle adoptie door de nieuwe partner van de juridische moeder werd het contact verbroken. De

²³⁸ Jeugdrechtbank Nijvel 22 september 1998, JDJ 1999, 41, noot B.VAN KEIRSBILCK; N. MASSAGER *Droit familial de l'enfance: filiation, autorité parentale, hébergement : nouvelles lois, nouvelles jurisprudences*, Brussel, Bruylant, 2009, 598.

²³⁹ Luik 23 december 1996, JDJ 1997, 87; GOEGEBUER, M. (ed.) en DE WOLF, A. "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 29.

sociale grootouders en de peter besloten niet stil te zitten en vorderden een omgangsrecht voor de jeugdrechtbank te Turnhout. Door de regelmatige contacten en het feit dat de oom als peter vermeld stond op het geboortekaartje achtte de rechter de bijzonder affectieve band bewezen. Tevens meende hij dat het kind niet belast moest worden door een deskundige en stelde hij bovendien dat het vrij zinloos was om naar de exacte inhoud van deze band te peilen. Dit mede gezien door het feit dat de uitoefening van het recht op persoonlijk contact uitermate in het belang van het kind was. 'Niets wijst erop', aldus de jeugdrechtbank, 'dat enkele bijkomende liefhebbende mensen in het leven van het kind een belasting zullen opleveren'²⁴⁰. Vandaar dat naast de grootouders ook aan de dooppeter een omgangsrecht werd toegewezen.

82. Deze uitspraken tonen aan dat naast het fungeren als opvangouder zowel regelmatige contacten als het goede verloop van relaties tussen de peter/ meter en het doopkind (en de ouders daarvan) de bijzondere affectieve band kunnen staven.

3.3 Tussenbesluit

83. Onderstaande tabel geeft weer welke criteria de Belgische rechtscolleges in aanmerking nemen teneinde al dan niet een recht op persoonlijk contact toe te kennen²⁴¹:

Titularis	Criteria ter staving van de bijzonder affectieve band
Overgrootouders	<ul style="list-style-type: none"> • Het belang van het kind • De leeftijd van het kind • Het regelmatig contact met het kind
Meemoeder	<p>Vóór de wet van wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder of ingeval dat de meemoeder niet binnen het toepassingsgebied van de die wet valt:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Het belang van het kind • De sociale werkelijkheid • De uitkomst van het deskundige verslag en het maatschappelijk onderzoek • De gezamenlijke kinderwens • De langdurige gezamenlijke zorg voor het kind • De positieve houding van het kind zelf tegenover het contact met de meemoeder • De verwarring van het kind door een verwarrende contactregeling • De verstandhouding tussen beide ex-partners • Het recht van het kind op kennis van zijn ontstaansgeschiedenis

²⁴⁰ Jeugdrrb. Turnhout 8 februari 2012 en Voorz. Rb. Turnhout 29 maart 2012, *Juristenkrant* 2012, 16, noot P. BORGHS.

²⁴¹ De resultaten van de rechtspraakanalyse betreffende de spermadonor die niet onder de niet onder de MBV-wet valt, werden niet verwerkt in de tabel wegens gebrek aan Belgische rechtspraak.

	<p>Na de wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder voor zover dat de meemoeder binnen het toepassingsgebied van die wet valt:</p> <p>→ Principieel omgangsrecht voor de meemoeder</p>
Biologische vader	<ul style="list-style-type: none"> • Het belang van het kind • De samenwoont met het kind • Het regelmatig contact met het kind
Stiefouders	<ul style="list-style-type: none"> • Het belang van het kind • De duur van de relatie tussen het kind en de stiefouder • De zorg voor het kind • De emotionele stabiliteit en persoonlijke en geestelijke ontwikkeling van het kind los van de verzuchtingen en wensen van de stiefouder • De sociale werkelijkheid
Stiefgrootouders	<ul style="list-style-type: none"> • Het belang van het kind • Het regelmatig contact met het kind • Het 'hecht broederschap': geen uitsluiting tegenover andere broer of zus
Broers en zussen	<ul style="list-style-type: none"> • Het belang van het kind • De samenwoont met het kind • De zorg voor broer of zus • Het intens meebeleven van de zwangerschap (voor de geboorte) • De opgebouwde band met het kind
Ooms en tantes	<ul style="list-style-type: none"> • Het belang van het kind • De feitelijke opvoeding van het kind
Dooppeters en Doopmeters	<ul style="list-style-type: none"> • Het belang van het kind • De functie als opvang ouder • Het regelmatig contact met het kind • Het goede verloop van de relaties tussen de partijen: <ul style="list-style-type: none"> ○ Relatie tussen het doopkind en de dooppeter en doopmeter ○ Relatie tussen derde (bv. Ouder) en de dooppeter en doopmeter

Tabel 1: Resultaten rechtspraakanalyse omtrent de virtueel omgangsgerechtigden

84. Uit de tabel kan geconcludeerd worden dat er enkele gemeenschappelijke noemers geïdentificeerd kunnen worden. Wat meteen opvalt, is dat uit de geanalyseerde rechtspraak duidelijk blijkt dat in overeenstemming met art. 3, eerste lid van het Kinderrechtenverdrag het criterium van het belang van het kind een centrale plaats inneemt. Zo wordt dit criterium terecht bij elke titularis in aanmerking genomen ter staving van de bijzonder affectieve band. Logisch, aangezien er geen enkele rechter een omgangsrecht zal toekennen, indien dit strijdig is met het belang van het kind. Daarnaast toont rechtspraak aan dat het criterium betreffende het regelmatig contact met het kind ook een belangrijk element vormt voor de rechtscolleges bij het bewijs van de bijzonder affectieve band. Dit geldt eveneens, weliswaar in mindere mate, voor het criterium betreffende de zorg voor het kind, de sociale werkelijkheid en de samenwoning met het kind.

Daarnaast blijkt uit de geanalyseerde rechtspraak dat er zich een belangrijke evolutie heeft voorgedaan inzake het recht op persoonlijk contact van de meemoeder. Voortaan wordt de meemoeder principieel omgangsgerechtigd voor zover zij onder het toepassingsgebied valt van de wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder. Dankzij deze wet wordt er tussen de meemoeder en het kind een volwaardige juridische afstammingsband gevestigd. Daardoor geniet de meemoeder, zonder beroep te moeten doen op adoptie, dezelfde ouderlijke rechten en plichten zoals een vader en een moeder. Echter dient erop gewezen te worden dat indien de meemoeder niet onder het toepassingsgebied van de wet valt, zij dan virtueel omgangsgerechtigd blijft en nog steeds de bijzonder affectieve band met het kind zal moeten bewijzen.

4. Is het onderscheid tussen principieel en virtueel omgangsgerechtigden gerechtvaardigd?

85. In dit hoofdstuk zal de aandacht worden gevestigd op het beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag van deze masterscriptie, namelijk: "In welke mate is het onderscheid tussen een principieel en virtueel omgangsrecht nog gerechtvaardigd?". Hiertoe zal het bestaande onderscheid tussen de principiële en virtuele titularissen uit art. 375bis BW worden onderworpen aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Specifiek zal worden onderzocht hoe het Grondwettelijk Hof zou oordelen indien hem de volgende prejudiciële vraag zou worden voorgelegd: "Schenkt art. 375bis BW de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met de artikelen 8²⁴² en 14 EVRM, artikel 26 BUPO-Verdrag en artikel 3, eerste lid van het Kinderrechtenverdrag door het feit dat grootouders op basis van hun hoedanigheid van grootouder quasi automatisch het recht hebben op persoonlijk contact met hun kleinkinderen, terwijl de broers en zussen van het kind een bijkomende voorwaarde dienen te vervullen, namelijk het bewijs leveren van een bijzonder affectieve band met het kind, opdat zij aanspraak zouden kunnen maken op het recht op persoonlijk contact?". Deze toetsing zal gebeuren aan de hand van de toetsingscriteria van het Grondwettelijk Hof. Alvorens de effectieve toets te maken, zullen eerst de meest relevante internationale, Europese en Belgische bronnen betreffende het omgangsrecht worden uiteengezet. Daarbij zal ook de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aan bod komen. Gezien de grote hoeveelheid uitspraken van het EHRM betreffende het omgangsrecht, zal deze hier beperkt worden tot de categorie van de grootouders en de broers en zussen. Tot slot zal een tussenbesluit volgen.

4.1 Relevante internationale, Europese en Belgische bronnen

86. Het Kinderrechtenverdrag, dat op 20 november 1989 aangenomen werd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, vormt een eerste belangrijke internationale bron betreffende het omgangsrecht²⁴³. Het verdrag werd door 194 lidstaten geratificeerd, waaronder zowel België als Nederland. Zo is het op 15 januari 1992 in werking getreden in België en drie jaar later ook in Nederland²⁴⁴. Ondanks het juridisch bindend karakter van het verdrag, kunnen niet alle bepalingen rechtstreeks worden ingeroepen voor de Belgische rechtbank. Hiervoor dienen de bepalingen directe werking hebben²⁴⁵. Zo heeft het Hof van Cassatie in 1999 gesteld dat art. 3 van het Kinderrechtenverdrag geen directe werking heeft²⁴⁶. Echter, blijkt uit de dwingende formuleringen zoals 'erkennen', 'eerbiedingen', 'zich ertoe verbinden', 'waarborgen' dat heel wat bepalingen wel degelijk directe werking hebben²⁴⁷. In overeenstemming met art. 9, eerste lid dienen de Staten die

²⁴² Art. 8 EVRM wordt aangehaald omwille van het accessoir en complementair karakter van art. 14 EVRM waardoor het alleen ingeroepen kan worden in combinatie met een ander recht van het EVRM en zijn Protocollen; K. Henard, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 247.

²⁴³ www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx (consultatie 10 maart 2015).

²⁴⁴ www.indicators.ohchr.org/ (consultatie 10 maart 2015).

²⁴⁵ J. VANDE LANOTTE en Y, HAECK, *Handboek EVRM: Deel 1 Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 12.

²⁴⁶ Cass. 4 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1378; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen-en familierecht, een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 382.

²⁴⁷ J. VANDE LANOTTE en Y, HAECK, *Handboek EVRM: Deel 1 Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 12; E. VERHELLEN, "Dossier: 18 jaar IVRK (1989-2007): Het Verdrag inzake de rechten van het kind meerderjarig: Enkele beschouwingen over de implementatie in België", *TJK 2008*, 15.

partij zijn te waarborgen dat een kind niet zal worden gescheiden van zijn of haar ouders²⁴⁸. Daarenboven stelt het derde lid van art. 9 het volgende: *“De Staten die partij zijn, eerbiedigen het recht van het kind dat van een ouder of beide ouders is gescheiden, op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind”*²⁴⁹. Bijgevolg heeft de Belgische wetgever getracht het nodige te doen om dit in Belgisch recht om te zetten. Dit resulteerde in het wetsvoorstel van de heer Beaufays. Hij pleitte voor het invoeren van een nieuw wetsartikel dat het recht van het kind bevestigde om persoonlijk contact te onderhouden met zijn beide ouders (zijn grootouders, zijn broers en zussen en ‘met iedere andere persoon waarmee hij of zij een bijzonder affectieve band had’)²⁵⁰. Hieruit bleek de intentie om in navolging van het verdrag een eigen recht op omgang in hoofde van de minderjarige te erkennen, zodat het kind zelf titularis werd van het omgangsrecht. Dus hoewel onder het Kinderrechtenverdrag het recht op persoonlijk contact wordt benaderd als subjectief recht in hoofde van het kind, wordt in het Belgisch BW alleen een vorderingsrecht toegekend aan rechtsbekwame personen. Zoals al besproken in hoofdstuk 2 achtte de wetgever het (nog) niet opportuun om aan de minderjarige op dit vlak bijzondere procesrechtelijke bekwaamheid toe te kennen (*supra* nr. 20). Opgemerkt dient te worden dat art. 9 enkel verwijst naar ‘ouders’, de principieel omgangsgerechtigden. Weliswaar dienen zij volgens DE WOLF ruim te worden geïnterpreteerd zodat naast de juridische ouders, ook de biologische en ouders na adoptie worden bedoeld²⁵¹. Echter, wordt er nergens in het Verdrag verwezen naar andere virtueel omgangsgerechtigden. Evenmin wordt er verwezen naar de grootouders als titularissen van het principieel omgangsrecht. Om de eenvoudige reden dat dit artikel niet bepaald bijdraagt tot de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag, komt dit niet verder aan bod. Vervolgens stelt het Kinderrechtenverdrag in art. 3, eerste lid dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind de eerste overweging vormen²⁵². Deze bepaling herkennen we duidelijk in huidige Belgische omgangsregeling aangezien het omgangsrecht kan worden geweigerd wanneer deze in strijd zou zijn met het belang van het kind. Tevens voorziet art. 2, eerste lid in een non-discriminatiebepaling²⁵³. Een laatste relevante bepaling vormt art. 16, eerste lid die willekeurige of onrechtmatige inmenging in het gezins- en privéleven verbiedt²⁵⁴.

87. Het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (BUPO-Verdrag) vormt een tweede bron van de Verenigde Naties²⁵⁵. In het BUPO-verdrag worden voornamelijk klassieke burgerlijk en politieke rechten en vrijheden erkend. Het betreft rechten die in wezen aan de overheid de verplichting opleggen om zich te onthouden van het stellen van bepaalde handelingen. Op 21 juli 1983, drie maanden na de ratificatie, is het Verdrag in werking getreden in België²⁵⁶. Tevens is het

²⁴⁸ Art. 9, eerste lid Kinderrechtenverdrag; K. JACOBS, “Het omgangsrecht in België en Nederland”, *TPR* 1996, 868.

²⁴⁹ Art. 9, derde lid Kinderrechtenverdrag.

²⁵⁰ Wetsvoorstel (BEAUFAYS) betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1430/1, 6.

²⁵¹ A. DE WOLF, “De nieuwe regeling van het omgangsrecht” in P. Senaev, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 251.

²⁵² Art. 3, eerste lid Kinderrechtenverdrag.

²⁵³ Art. 2, eerste lid Kinderrechtenverdrag.

²⁵⁴ Art. 16, eerste lid Kinderrechtenverdrag.

²⁵⁵ Internationaal Verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, goedgekeurd door de wet van 15 mei 1981, *BS* 6 juli 1983, 8.815 (BUPO-Verdrag);

²⁵⁶ M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van het internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 770.

merendeel van de bepalingen inroepbaar in de Belgische rechtsorde²⁵⁷. Betreffende het omgangsrecht zijn er vijf artikelen van belang. Ten eerste is er een non-discriminatie bepaling vervat in artikel 2 van het Verdrag²⁵⁸. Ten tweede art. 23, eerste lid BUPO-Verdrag dat stelt dat het gezin de natuurlijke en fundamentele kern van de maatschappij vormt en bijgevolg door die maatschappij en de Staat beschermd moet worden²⁵⁹. Volgens SENAËVE en JACOBS kan daaruit een omgangsrecht voor de ouders ten aanzien van hun kinderen worden afgeleid²⁶⁰. Behoudens uitzonderlijke omstandigheden, blijft dit recht op omgang voortduren na de verbreking van het samenleven tussen de ouders, aangezien er dan nog steeds sprake is van een gezin in de zin van art. 23 BUPO-Verdrag²⁶¹. De vraag rijst of dit verdrag ook een omgangsrecht tussen broers en zussen waarborgt. Desondanks het feit dat het artikel in de overige leden spreekt over huwelijk, kan men deze vraag bevestigend beantwoorden. Zij zijn tenslotte ook leden van het gezin. Hieromtrent merkt het Comité inzake Mensenrechten op dat de invulling van het begrip 'gezin' kan verschillen van land tot land en zelfs van regio tot regio binnen een staat waardoor het onmogelijk is om deze term te definiëren. Echter benadrukt het Comité dat wanneer onder de wetgeving en de praktijk van een staat een groep personen als familie wordt beschouwd, dat dezelfde personen de in artikel 23 bescherming moeten genieten²⁶². Ten derde stelt art. 26 BUPO-Verdrag dat allen gelijk zijn voor de wet en zonder discriminatie aanspraak hebben op gelijke bescherming door de wet²⁶³. Interessant is het breed toepassingsgebied van dit artikel. Het beschermt namelijk ook de buiten in het Verdrag gewaarborgde grondrechten, waardoor het ruimer is dan art. 2 van hetzelfde Verdrag²⁶⁴. Vervolgens zijn er nog twee andere artikelen die inhoudelijk vergelijkbaar zijn met de bepalingen uit het Kinderrechtenverdrag. Het betreft enerzijds art. 17, eerste lid die elke willekeurige of onwettige inmenging in het privé- en gezinsleven verbiedt (*cf.* art. 16, eerste lid Kinderrechtenverdrag) en de non-discriminatiebepaling uit art. 24, eerste lid BUPO-Verdrag (*cf.* art. 2, eerste lid Kinderrechtenverdrag) anderzijds²⁶⁵. Ook hier dient het begrip 'gezin' in art 17 van het Verdrag naar analogie met art. 23 BUPO-Verdrag eerder breed geïnterpreteerd worden, namelijk met in begrip van alle personen die als familieleden worden gezien in de lidstaten²⁶⁶. De twee laatst genoemde artikelen worden tevens vernoemd in de preambule van het Kinderrechtenverdrag.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Art. 2 BUPO-Verdrag; K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 240.

²⁵⁹ Art. 23, eerste lid BUPO-Verdrag; A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. Senaëve, *Coouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 251.

²⁶⁰ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 634; K. JACOBS, "Het omgangsrecht in België en Nederland", *TPR* 1996, 832.

²⁶¹ Mensenrechtencomité V.N. 27 juli 1988, Hendriks/ Nederland, onuitg., aangehaald door P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 634.

²⁶² UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses, 27 July 1990, 2 beschikbaar via: <http://www.refworld.org/docid/45139bd74.html> (consultatie 18 maart 2014).

²⁶³ Art. 26 BUPO-Verdrag; K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 249.

²⁶⁴ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 November 1989, 12 beschikbaar via: <http://www.refworld.org/docid/453883fa8.html> (consultatie 18 maart 2014); M. BOSSUYT, *De betekenis van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten voor de interne rechtsorde*, Antwerpen, Maklu, 1993, 90; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 907.

²⁶⁵ Art. 17, eerste lid en 24, eerste lid BUPO-Verdrag; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 907.

²⁶⁶ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation, 8 April 1988, 5 beschikbaar via: <http://www.refworld.org/docid/453883f922.html> (consultatie 18 maart 2014).

88. Naast de Verenigde Naties heeft ook de Raad van Europa op Europees niveau relevante bronnen betreffende het omgangsrecht aangenomen. Zo dient eerst en vooral het EVRM aangehaald te worden, waarvan de bepalingen directe werking hebben²⁶⁷.

89. Art. 8 EVRM waarborgt het recht op eerbiediging van privé-, familie-en gezinsleven, kortom het recht op 'family life'. Het eerste lid van voornoemd artikel luidt als volgt: "Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie"²⁶⁸. Al eind jaren vijftig stelde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) vast dat dit eerste lid een recht op contact omvat²⁶⁹. Bovendien maken niet enkel gezinsleden, maar ook familieleden aanspraak op het recht op omgang op basis van dit artikel²⁷⁰. Echter specificeert het EVRM niet tussen welke personen precies er een gezinsleven kan bestaan. Uit vaste rechtspraak van het EHRM blijkt wel dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen een 'wettig'²⁷¹ en een 'natuurlijk'²⁷² gezin²⁷³. Zo valt ook de onderlinge verhouding tussen gelijkslachtige partners die samen een kind opvoeden onder het toepassingsgebied van art. 8 EVRM²⁷⁴. Het dient dus een de facto gezin te zijn²⁷⁵. Doordat art. 8, eerste lid EVRM uitdrukkelijk 'een ieder' vermeldt, kan gesteld worden dat de bescherming van het gezins-en familieleven niet beperkt wordt tot de verhouding tussen ouders en kinderen. Ook buiten de ouder-kindrelatie kan toepassing gemaakt worden van art. 8 op voorwaarde dat er een daadwerkelijk, beleefde relatie bestaat tussen de volwassene en het kind²⁷⁶. In het *Marckx*-arrest stelde het EHRM: "The 'family life', within the meaning of Article 8, includes at least the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life"²⁷⁷. Voorts kan art. 8 bescherming bieden aan de relatie tussen ooms en tantes en hun neven en nichten alsook tussen broers en zussen²⁷⁸.

90. De vraag rijst hoe het EHRM omgangsverzoeken van zowel grootouders als broers en zussen beoordeeld. Worden deze categorieën van omgangsgerechtigden onder het EVRM ook ongelijk behandeld net zoals onder het Belgische recht? Doordat art. 8 EVRM directe werking heeft, kan

²⁶⁷ K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 106.

²⁶⁸ Art. 8, §1 EVRM.

²⁶⁹ ECRM 20 december 1957, nr. 172/56, YEARBOOK 1, 211 (*X. v. Sweden*); B. Vanlerberghe, "Ongangsrecht in het licht van art. 8 E.V.R.M.", *Jura Falc.* 1990-91, 160.

²⁷⁰ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 633; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen-en familierecht, een mensenrechterlijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 32; M. Bossuyt en J. Wouters, *Grondlijnen van het internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 770.

²⁷¹ Een wettig gezin is een gezin dat gebaseerd is op een huwelijk.

²⁷² Een natuurlijk gezin betreft een gezin dat niet gebonden is door het huwelijk.

²⁷³ EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979, §31, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{).

²⁷⁴ EHRM, *Schalk and Kopf v. Austria*, 2010, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{); P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 625.

²⁷⁵ D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen-en familierecht, een mensenrechterlijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 32.

²⁷⁶ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. Senaëve, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 250; B. Vanlerberghe, "Ongangsrecht in het licht van art. 8 E.V.R.M.", *Jura Falc.* 1990-91, 149; P. Senaëve, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 625 en 634.

²⁷⁷ EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979, §45, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{).

²⁷⁸ P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 625; B. Vanlerberghe, "Ongangsrecht in het licht van art. 8 E.V.R.M.", *Jura Falc.* 1990-91, 149; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen-en familierecht, een mensenrechterlijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 32 en 37.

degene die omgang wenst dit artikel inroepen voor de Belgische familierechtbank²⁷⁹. Indien de rechter weigert een omgangsrecht toe te kennen, dient deze beslissing gegrond te worden op art. 8, §2 EVRM²⁸⁰. Dit tweede lid stelt namelijk dat de inmenging bij wet bepaald en nodig dient te zijn in een democratische samenleving²⁸¹. Bovendien moet deze beantwoorden aan een wettig doel²⁸². Na uitputting van de nationale rechtsmiddelen kan de verzoeker van het omgangsrecht zich vervolgens wenden tot het EHRM en daar eveneens de bescherming van art. 8 EVRM inroepen²⁸³. Ter beantwoording van de hierboven gerezen vraag zal hieronder een korte uiteenzetting volgen van enkele uitspraken van het EHRM en ECRM.

- De zaak *Angela en Rodney Price tegen Het Verenigd Koninkrijk* handelde over adoptieve grootouders die recht om omgang met hun kleinzoon D. wilden bekomen. Nadat hen het omgangsrecht werd geweigerd klaagden zij bij de ECRM dat het omgangsverbod een schending uitmaakte van art 8, §1 EVRM. De ECRM haalde het *Marckx*-arrest waarin door het EHRM werd erkend dat de grootouders een belangrijke rol in het gezinsleven kunnen spelen en waarin werd aanvaard dat voornoemd artikel ook een omgangsrecht voor de grootouder inhoudt. Vervolgens onderzocht de Commissie de relatie tussen de grootouders en hun kleinzoon. Wanneer D. na huiselijke incidenten voor lange periodes in het ziekenhuis belandde, waren de grootouders steeds erg bezorgd en bezochten ze hem dagelijks. Ook na zijn ziekenhuisverblijf toonden de grootmoeder en grootvader grote interesse. Zo kwamen ze bijvoorbeeld regelmatig (twee keer per week) langs om hun kleinzoon te bezoeken. Volgens de ECRM volgde hieruit dat er een daadwerkelijk familie-en gezinsleven bestond tussen D. en zijn grootouders. Uiteindelijk werd het kind uit huis geplaatst en werd de grootouders elk contact geweigerd. De ECRM oordeelde dat het omgangsverbod een schending uitmaakte van art. 8, §1 EVRM, maar dat deze gerechtvaardigd kon worden op basis van art. 8, § 2 EVRM. Het omgangsverbod werd namelijk noodzakelijk geacht voor de psychische en lichamelijke gezondheid van het kind²⁸⁴.
- In *Scozzari en Giunta tegen Italië* was het de grootmoeder (mevrouw Giunta) die voor het EHRM stelde dat haar recht op gezins-en familieleven uit art. 8, §1 EVRM werd geschonden²⁸⁵. De Italiaanse jeugdrechtbank kende de grootmoeder een omgangsrecht toe met haar twee kleinkinderen G. en M. Echter werd hieraan een voorwaarde gekoppeld, namelijk dat de kinderen voorafgaand psychologische begeleiding zouden ontvangen. Uiteindelijk duurde het enkele maanden vooraleer het omgangsrecht kon worden uitgeoefend, dit mede gezien door het feit dat de grootmoeder enige tijd niets van zich liet horen en niet aanwezig was op de voorbereidende begeleiding. Bovendien had ze zelfs geen enkele geldige reden ter verantwoording van haar afwezigheid. Vervolgens kwam de zaak voor het EHRM waar de grootmoeder de schending van art. 8, eerste lid EVRM inriep. Ook hier werd het standpunt uit

²⁷⁹ A. DE WOLF, "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. Senaev, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 250.

²⁸⁰ R. HEPS, "Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling" *TBBR* 2010, 287; B. Vanlerberghe, "Ongangsrecht in het licht van art. 8 E.V.R.M.", *Jura Falc.* 1990-91, 151.

²⁸¹ Art. 8, §2 EVRM.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Art. 34 - 35, eerste lid EVRM.

²⁸⁴ ECRM, *Angela and Rodney v. United Kingdom*, 1987, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-254#{\"itemid\":\[\"001-254\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-254#{\).

²⁸⁵ In deze zaak beperken we de bespreking slecht tot de vordering van de grootmoeder.

het *Marckx*-arrest aangehaald dat het gezins-en familielevens uit art. 8, §1 EVRM minstens de banden tussen nauwe verwanten bevat, waaronder ook de grootouders. Het EHRM wees erop dat Italië als staat ervoor diende te zorgen dat die familiale banden zich normaal zouden kunnen ontwikkelen. Het Hof motiveerde zijn oordeel door te stellen dat de houding van de grootmoeder incoherent was. Zo vorderde mevrouw Giunta een omgangsrecht van twee maal per week terwijl ze haar afwezigheid op de psychologische voorbereiding trachtte te verantwoorden door het excuus dat ze te ver woonde. Noch kon ze uitleggen waarom ze de sociale diensten niet heeft geïnformeerd van haar afwezigheid. Dientengevolge besloot het Hof dat het gedrag van de grootmoeder een gebrek aan enthousiasme om haar kleinkinderen terug te zien verraadt en bijgevolg de vertraging van de Italiaanse autoriteiten compenseert. Om deze redenen oordeelde het Hof dat er geen sprake was van enige schending van art. 8, §1 EVRM²⁸⁶.

- In 2000 diende het EHRM te oordelen in een zaak betreffende het omgangsrecht tussen een grootvader en zijn twee kleinkinderen S. en P. Nadat de kinderen werden opgenomen in jeugdzorg en later belandden bij een pleeggezin, werd de grootvader het omgangsrecht ontzegd. De reden hiervoor was het feit dat de grootvader P. seksueel misbruikte. De grootvader stapte naar het EHRM en voerde aan dat zijn recht op familie-en gezinsleven geschonden was. Het EHRM stelde dat het wederzijds genoeg van elkaars gezelschap, namelijk zowel het contact tussen ouder en kind als het contact tussen grootouder en kleinkind een fundamenteel onderdeel vormt van het familie-en gezinsleven uit art. 8, §1 EVRM. Bijgevolg besloot het Hof zonder verdere beschouwing dat het recht op familielevens van de grootvader werd geschonden. Echter gaf het Hof toe dat, hoewel het omgangsverbod een zeer drastische beslissing was, het in deze omstandigheden gerechtvaardigd was op basis van art. 8, §2 EVRM²⁸⁷.
- In *Adam tegen Duitsland* veroordeelde het EHRM Duitsland tot het betalen van een schadevergoeding aan de grootouders van C. De reden hiervoor was het feit dat de nationale procedure om een omgangsrecht met hun kleinkind C. te bekomen te lang aansloep. Zo was onder andere de redelijke termijn uit art. 6, §1 EVRM overschreden. Het Hof oordeelde dat er geen verdere aandacht diende te worden geschonken aan de vraag of er een inbreuk op het familie-en gezinsleven van de grootouders bestond. Dit omwille van het feit dat de impact van de aanslepende procedure op het familielevens van de grootouders al werd meegewogen in art. 6 EVRM.²⁸⁸.

91. Zoals eerder gesteld dient er sprake te zijn van een daadwerkelijk, beleefde relatie tussen de volwassene en het kind, opdat er sprake zou zijn van familie- en gezinslevens in de zin van art. 8 EVRM (supra nr. 89). Bijgevolg kan worden gesteld dat biologische verwantschap niet noodzakelijk is en

²⁸⁶ EHRM, *Scozzari and Giunta v. Italy*, 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58752#{"itemid":\["001-58752"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58752#{).

²⁸⁷ EHRM, *L. v. Finland*, 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-68269-68737#{"itemid":\["003-68269-68737"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-68269-68737#{).

²⁸⁸ EHRM, *Adam v. Germany*, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["adam"\],"documentcollectionid2":\["GRAND CHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-90040"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). 2008,

evenmin volstaat²⁸⁹. Het bestaan van een familie- en gezinsleven moet door bijkomende omstandigheden aannemelijk worden gemaakt²⁹⁰. Wanneer men de vier besproken uitspraken van het EHRM onder de loep neemt, blijkt dat het Hof effectief onderzoekt of er elementen zijn die aantonen dat er sprake is van een beleefde relatie of een hechte band tussen de grootouders en het kleinkind. Bijgevolg kan gesteld worden dat het grootouderschap op zich niet volstond opdat er een omgangsrecht werd toegekend. Zo kan geconcludeerd worden dat art. 375bis, eerste lid BW met betrekking tot de grootouders die als principieel omgangsgerechtigden worden behandeld niet in overeenstemming is met art. 8 EVRM. Omwille van het feit dat de grootouders dus ook het bestaan van een familie- en gezinsleven aannemelijk moeten maken door bijkomende omstandigheden, blijkt de uiteindelijke uitsluiting van de broers en zussen als principieel omgangsgerechtigden in het licht van het EVRM onterecht bekritiseerd²⁹¹. Tot slot dient opgemerkt te worden dat het Nederlandse wel conform art. 8 EVRM, aangezien de grootouders ook nauwe persoonlijke betrekkingen met het kind dienen aan te tonen.

92. Voorts zal hieronder onderzocht worden hoe het Hof oordeelt in zaken betreffende het omgangsrecht tussen broers of zussen.

- De zaak *Mustafa en Armağan Akin tegen Turkije* betreft de situatie waarbij Armağan van zijn zusje Damla permanent werd gescheiden door de aangenomen omgangsregeling na de echtscheiding van hun ouders. Tevergeefs procedeerde de vader in Turkije om de kinderen afwisselend samen een weekend bij hun vader of moeder te laten doorbrengen, zodat zij elkaar toch nog konden zien. De reden waarom het verzoek werd afgewezen was namelijk het feit dat de voorgestelde omgangsregeling te verwarrend zou zijn voor Damla. Vervolgens vertrok de vader naar Staatsburg en beriep hij zich in eigen naam en die van zijn zoon op de schending van art. 8, §1 EVRM. Het EHRM stelde meteen dat er geen twijfel bestaat dat de relatie tussen de vader en de dochter bestempeld kan worden als gezins- en familieleven in de zin van art. 8, §1 EVRM. Bovendien stelde het Hof dat het family life uit voornoemd artikel ook gold voor broers en zussen dus ook van toepassing was op Armağan en zijn zusje Damla. Hierbij was het samenwonen tot de echtscheiding van de ouders een doorslaggevende factor. Bijgevolg ging het Hof verder met het onderzoek of het recht van de vader en zijn zoon wel voldoende werd beschermd. Het was namelijk de plicht van Turkije om het mogelijk te maken dat gezins- en familiebanden zich kunnen ontwikkelen en kunnen voortbestaan. Het bleek echter dat er heel wat was misgelopen voor de nationale rechtbanken. Zo had de Turkse rechter bijvoorbeeld de kinderen niet gehoord en werd de veronderstelde verwarring onvoldoende onderbouwd. Vandaar dat het EHRM besloot dat er sprake was van een niet gerechtvaardigde schending van art. 8 EVRM²⁹².
- Ook de zaak *I. en U. tegen Noorwegen* betrof het omgangsrecht tussen de zussen I. en U. en hun jonger zusje X., dat wegens psychische problemen van de ouders meteen na de geboorte in een ander pleeggezin werd geplaatst dan het pleeggezin waar I. en U. verbleven. De drie

²⁸⁹ P. SENAVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 291.

²⁹⁰ R. HEPS, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 200.

²⁹¹ P. SENAVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 291.

²⁹² EHRM, *Mustafa and Armağan Akin v. Turkey*, 2010, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97957#{\"itemid\":\[\"001-97957\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97957#{\).

zusjes hadden niet de mogelijkheden elkaar te zien en elk verzoek van de ouders om een omgangsregeling vast te stellen werd geweigerd. X. wist zelfs niets af van het bestaan van I. en U. Het EHRM meende dat de term family life in art. 8 EVRM op huwelijk gebaseerde (en daarmee vergelijkbare) relaties omvat en dat een kind geboren uit een dergelijke relatie *ipso iure* deel uitmaakt van dat 'gezin' vanaf het moment van de geboorte. Daarenboven stelt het Hof dat louter biologisch verwantschap, zonder verdere juridische of feitelijke elementen die het bestaan van een hechte persoonlijke band aantonen, echter niet voldoet om de bescherming uit art. 8 EVRM te genieten. *In casu*, werd het bestaan van een gezinsleven aangetoond door het enige feit dat I. en U. meermaals de wens hebben geuit om X. te leren kennen. In deze zaak was er bovendien sprake van een inmenging op het gezins- en familielevens in de zin van art. 8, §1 EVRM. De reden hiervoor was dat elk contact tussen de kinderen verboden was. Vervolgens oordeelde het EHRM dat de belangen van X. om op te groeien in een veilige omgeving prevaleerden op de verlangens van I. en U. om X. te ontmoeten. Daarom besloot het EHRM dat in deze omstandigheden de schending van art. 8, §1 EVRM toch gerechtvaardigd was²⁹³.

93. Voorgaande jurisprudentie bevestigt het feit dat er tussen broers en zussen een gezins- en familielevens, dat bescherming geniet onder art. 8, §1 EVRM, kan bestaan. Net zoals bij de grootouders dienen ook hier bijkomende omstandigheden aangetoond te worden opdat er sprake zou zijn van een familie- en gezinslevens²⁹⁴. Bijgevolg dient ook hier erop gewezen te worden dat blijkt dat het Nederlandse omgangsrecht, in tegenstelling tot het Belgische omgangsrecht, wel conform art. 8 EVRM is. Rechtspraak van het EHRM toont aan dat hiervoor een redelijk soepele maatstaf wordt gehanteerd. Kortom, op basis hiervan vloeit voor broers en zussen voort, dat zij recht hebben op het vestigen van familierechtelijke betrekkingen, op omgang met elkaar en ook het recht op toegang tot de rechter wanneer omgang niet of ongenoegzaam wordt toegelaten²⁹⁵. Dit laatste wordt gewaarborgd door art. 6 EVRM²⁹⁶. Bovendien kan uit de zaak I. en U. tegen Noorwegen worden afgeleid art. 8 EVRM ook bescherming biedt aan relaties buiten het huwelijk om.

94. Een laatste relevante bepaling van het EVRM is het non-discriminatiebeginsel vervat in art. 14 EVRM. Het artikel waarborgt gelijke behandeling voor de andere rechten die beschermd worden in het EVRM²⁹⁷. Zo kan gesteld worden dat de bescherming van het gezinslevens dus niet enkel voor volwassenen dient te gelden, maar ook voor minderjarigen²⁹⁸. Bovendien is art. 14 EVRM een accessoire of complementair recht wat wilt zeggen dat het alleen ingeroepen kan worden in combinatie met een ander recht van het EVRM en zijn Protocollen²⁹⁹. Echter, blijkt uit vaste jurisprudentie van het EHRM dat het volstaat dat de bepaling die moet worden getoetst aan het non-discriminatiebeginsel

²⁹³ EHRM, I. and U. v. Norway, 2004, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Norway","2004."\],"respondent":\["NOR"\],"article":\["8"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-92137"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

²⁹⁴ R. HEPS, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principiële recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), T.Fam. 2010, 200.

²⁹⁵ K. JACOBS, "Het omgangsrecht in België en Nederland", TPR 1996, 869.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Art. 14 EVRM.

²⁹⁸ K. JACOBS, "Het omgangsrecht in België en Nederland", TPR 1996, 869.

²⁹⁹ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 905-906; K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 247-248.

enige link vertoont met een in het Verdrag of zijn Protocollen beschermde recht, zonder dat dit op zichzelf geschonden is³⁰⁰. In 2000 heeft de Raad van Europa Protocol Nr. 12 aangenomen³⁰¹. Dit protocol breidt het toepassingsgebied uit van het verbod van discriminatie door gelijke behandeling te waarborgen voor *elk recht* dus zowel voor de rechten vervat in het EVRM als de rechten gewaarborgd in nationale wetgeving³⁰². Echter heeft België het protocol, in tegenstelling tot Nederland, slechts ondertekend en niet geratificeerd³⁰³.

95. Op 15 mei 2003 heeft de Raad van Europa nog een specifiek verdrag op het gebied van het omgangsrecht aangenomen, namelijk het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen³⁰⁴. Slechts acht van de zeventienveertig Lidstaten van de Raad van Europa hebben dit verdrag geratificeerd³⁰⁵. België, heeft het Verdrag slechts ondertekend³⁰⁶. Nederland, daarentegen heeft geen enkele actie ondernomen met betrekking tot dit Verdrag³⁰⁷. Het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen heeft tot doel de algemene beginselen te bepalen die dienen te worden toegepast op de omgang met kinderen, evenals waarborgen en garanties vast te stellen om ervoor te zorgen dat het omgangsrecht correct wordt toegepast en dat de kinderen na de omgangsperiode onmiddellijk worden teruggegeven. Daarenboven wil het Verdrag de samenwerking voorzien tussen de centrale en justitiële autoriteiten en andere instanties om het omgangsrecht tussen de kinderen en hun ouders en andere personen waarmee ze een familieband hebben te promoten en te bevorderen³⁰⁸. Art.3 van het Verdrag voorziet dat de Staten die partij zijn allerlei maatregelen, waaronder ook wetgevende maatregelen dienen aan te nemen om de rechten en beginselen die in het Verdrag vervat zijn te kunnen uitoefenen. Vooraleer te bespreken wie recht heeft op omgangsrecht, dient er eerste uitgelegd te worden wat wat er precies onder 'contact' wordt verstaan. Zo behelst 'contact' elke vorm van communicatie tussen het kind en de persoon. Bovendien kan het 'contact' inhouden dat het kind een

³⁰⁰ Onder andere EHRM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, 1985, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57416#{\"itemid\":\[\"001-57416\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57416#{\); EHRM, *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, 1968; K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgever, 2008, 248; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 905-906.

³⁰¹ M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van het internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 770.

³⁰² Protocol Nr. 12 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 2012 te Rome, Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Raad van Europa, Handboek over het Europese non-discriminatierecht, Luxemburg, Bureau voor publicaties van de Europese Unie, 2011, 13.

³⁰³ Enkel Vlaanderen dient nog in te stemmen met dit Protocol Nr. 12. Voor de stand van zaken op 16 december 2014 betreffende ondertekeningen en ratificaties van Protocol Nr. 12 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 2012 te Rome zie: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=&DF=&CL=ENG (consulatie 16 december 2014).

³⁰⁴ Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen van 15 mei 2003, *CETS*, nr. 192.

³⁰⁵ P. Senaeve, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 634; Voor de stand van zaken op 17 december 2014 betreffende ondertekeningen en ratificaties van het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen zie: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=192&CM=8&DF=&CL=ENG (consulatie 17 december 2014).

³⁰⁶ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 729; Voor de stand van zaken op 17 december 2014 betreffende ondertekeningen en ratificaties van het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen zie: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=192&CM=8&DF=&CL=ENG (consulatie 17 december 2014).

³⁰⁷ Voor de stand van zaken op 17 december 2014 betreffende ondertekeningen en ratificaties van het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen zie: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=192&CM=8&DF=&CL=ENG (consulatie 17 december 2014).

³⁰⁸ Art. 1 Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen.

bepaalde tijd bij een persoon verblijft of daar op bezoek gaat. Tot slot valt het verschaffen van informatie over het kind aan de persoon of andersom ook onder contact. Voorts maakt het Verdrag een onderscheid tussen twee categorieën omgangsgerechtigden. Ten eerst moet het kind in overeenstemming met art. 4. het recht krijgen om regelmatig contact te onderhouden met zijn ouders³⁰⁹. Dergelijk contact kan beperkt of uitgesloten worden en de uitoefening ervan kan onderworpen worden aan modaliteiten indien dit noodzakelijk is voor het belang van het kind³¹⁰. Ten tweede stelt art. 5, eerste lid dat onder voorbehoud van zijn of haar belang, het kind ook de mogelijkheid moet worden geboden contacten te onderhouden met andere personen dan de ouders. Deze omgangsgerechtigden hebben, in tegenstelling tot de ouders, slechts het recht om een omgangsrecht te verzoeken. Tussen de ouders en het kind, daarentegen, bestaat een vermoeden van contact, waarbij de ouders slechts van hun omgangsrecht beroofd kunnen worden, wanneer dit omgangsrecht strijdig blijkt te zijn met het belang van het kind³¹¹. Vervolgens rijst de vraag wie er 'onder andere personen dan de ouders' dient te worden verstaan. Onder 'andere personen dan de ouders' worden in de eerste instantie de personen waarmee het kind 'family ties' bedoeld³¹². Dit begrip wordt door het verdrag gedefinieerd als een hechte band zoals de band tussen een kind en zijn grootouders of broers of zussen, gebaseerd op een wettelijke of feitelijke familierelatie³¹³. Het toelichtend rapport van het Verdrag stelt dat, aangezien er ook sprake is van een 'feitelijk' familierelatie, de personen die samenwonen of samen hebben gewoond met het kind ook beschouwd kunnen worden als personen die een familieband hebben met het kind³¹⁴. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de voormalige pleegouders of aan de (voormalige) echtgenoot van de ouder die niet de ouder van het kind is. Hoewel de staten vrij zijn om te bepalen welke personen onder het nationale recht familiebanden hebben met het kind, zijn ze enigszins ook gebonden aan de rechtspraak van het EHRM betreffende art. 8 EVRM. In tweede instantie kunnen de Staten die partij zijn art. 5 uitbreiden tot andere personen dan de personen die familiebanden hebben met het kind en waar zo uitgebreid, kunnen zij vrij beslissen tot welke aspecten van contact zij dit doen³¹⁵. Het toelichtend rapport haalt een leerkracht die een hechte persoonlijke band heeft met het kind als voorbeeld aan³¹⁶. Tot slot voorziet het Verdrag in een recht voor het kind om geraadpleegd te worden, om zijn of haar mening te uiten en alle relevante informatie te ontvangen aangaande het omgangsrecht³¹⁷.

96. Het valt op dat het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen ernaar streeft dat de Staten in een zeer ruim omgangsrecht voorzien met betrekking tot zowel de principieel als virtueel omgangsgerechtigden. Bovendien stelt dit verdrag, zoals in Nederland en dus in tegenstelling tot het Belgische omgangsrecht, de grootouders en broers en zussen op gelijke voet. Tevens stelt het verdrag geen enkele extra voorwaarde voorop zoals het aantonen van een bijzonder affectieve band, maar het

³⁰⁹ Art. 4, §1 Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen.

³¹⁰ Art. 4, §2 en §3 Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen.

³¹¹ Toelichtend verslag bij het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen, nr. 48 zie www.conventions.coe.int/treaty/EN/Reports/HTML/192.htm (consulatie 17 december 2014).

³¹² Art. 5, §1 Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen.

³¹³ Art. 2, d Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen.

³¹⁴ Toelichtend verslag bij het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen, nr. 34 zie www.conventions.coe.int/treaty/EN/Reports/HTML/192.htm (consulatie 17 december 2014).

³¹⁵ Art 5, §2 Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen.

³¹⁶ Toelichtend verslag bij het Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen, nr. 51 zie www.conventions.coe.int/treaty/EN/Reports/HTML/192.htm (consulatie 17 december 2014).

³¹⁷ Art. 6, §1 Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen.

toelichtend rapport benadrukt wel vaak dat de Staten gebonden zijn aan de rechtspraak van het EHRM betreffende art. 8 EVRM, waarbij er wel bijkomende omstandigheden het bestaan van een gezins- en familielevens aannemelijk moeten maken.

97. Ook dient het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) worden aangehaald. Zo heeft de Unie onder andere als doel om discriminatie te bestrijden en de rechten van het kind te beschermen³¹⁸. Specifiek stelt het VEU in art. 9 dat de Unie in al haar activiteiten het beginsel van gelijkheid van haar burgers eerbiedigt, die gelijke aandacht genieten van haar instellingen, organen en instanties³¹⁹.

98. Vervolgens bevat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie nog enkele relevante bepalingen³²⁰. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 werd het Handvest juridisch bindend en kreeg het dezelfde rechtskracht als de Verdragen namelijk het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en het VEU³²¹. Het Handvest verenigt in één enkel, coherent en juridisch bindend instrument de rechten die tot nu toe waren opgenomen in verscheidene wetgevingsinstrumenten, zoals de nationale en Europese wetgevingen, de internationale verdragen van de Raad van Europa, de Verenigde Naties en de Internationale Arbeidsorganisatie³²². De fundamentele grondrechten vervat in het Handvest, dienen door de Unie en de lidstaten te worden geëerbiedigd bij de implementatie van de wetgeving van de EU³²³. Inzake het omgangsrecht dient eerst art. 24 te worden aangehaald. Dit artikel stelt in paragraaf 3 uitdrukkelijk dat ieder kind het recht heeft regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist³²⁴. Bovendien vormen de belangen van het kind een essentiële overweging bij alle handelingen met betrekking tot kinderen³²⁵. Zo genieten zij ook van de mogelijkheid om vrijelijk hun mening te uiten³²⁶. Tot slot waarborgt art. 20 Handvest van de grondrechten dat eenieder gelijk voor de wet is³²⁷.

99. Voorts vinden we op Europees niveau nog de Commissie voor Europees Familierecht. Deze Commissie is in september 2001 door een internationale groep van wetenschappers opgericht en is volledig onafhankelijk van elke instelling of organisatie³²⁸. Bijdragen aan de harmonisatie van het familierecht in Europa behoort tot de voornaamste doelstelling van de Commissie³²⁹. Daarnaast wordt er gestreefd naar het promoten van de gemeenschappelijke Europese waarden inzake de rechten van het kind. Betreffende het omgangsrecht vinden we beginselen die opgenomen zijn in de Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid³³⁰. Aangezien het slechts

³¹⁸ Art. 3, §3, tweede lid Verdrag betreffende de Europese Unie, ondertekend te Maastricht op 7 februari 1992, BS 30 oktober 1993, 23.844 (VEU).

³¹⁹ Art. 9 VEU.

³²⁰ Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C* 30 maart 2010, afl. 83, 389 (Handvest van de grondrechten).

³²¹ Art. 6, §1 VEU.

³²² COM(11)160 def.

³²³ http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/nl/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html (consultatie 18 december 2014).

³²⁴ Art. 24, §3 Handvest van de grondrechten.

³²⁵ Art. 24, §2 Handvest van de grondrechten.

³²⁶ Art. 24, §1 Handvest van de grondrechten.

³²⁷ Art. 20 Handvest van de grondrechten.

³²⁸ K. BOELE-WOELKI, "The principles of European family law: its aims and prospects", *Utrecht Law Review* 2005, 160.

³²⁹ <http://ceflonline.net/history/> (consultatie 24 april 2015).

³³⁰ Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid beschikbaar via www.ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf (consultatie 18 december 2014).

beginselen zijn, kan er gesteld worden dat dit soft law is. Aangezien het hier beginselen betreft, kan er gesteld worden dat deze behoren tot soft law. Bijgevolg zijn deze beginselen niet juridisch bindend. In hoofdstuk 5 van de Beginselen vinden we enkele principes over het onderhouden van persoonlijke relaties. Op basis van begins. 3:25 heeft het kind en de ouders het recht regelmatig omgang met elkaar te verkrijgen en te onderhouden. Daarnaast wordt er in het kader van datzelfde beginsel een omgang tot stand gebracht tussen het kind en zijn naaste verwanten en bestaat er de mogelijkheid tot omgang tussen het kind en de personen met wie het kind een nauwe persoonlijke relatie heeft³³¹. Nergens wordt verduidelijkt welke personen daartoe behoren, wat stellig te betreuren valt. Het omgangsrecht omvat het verblijf van het kind voor een beperkte tijd of een ontmoeting met de omgangsgerechtigde alsook elke vorm van communicatie tussen het kind en deze persoon³³². De uitoefening van het omgangsrecht gebeurt in het belang van het kind en kan indien nodig beperkt, beëindigd of aan voorwaarden worden verbonden³³³. Tevens bestaat er de mogelijkheid om een overeenkomst te sluiten betreffende het omgangsrecht³³⁴. Een laatste beginsel betreffende het onderhouden van persoonlijke relaties betreft het recht van de ouder om over aangelegenheden betreffende de persoonlijke situatie van het kind te worden geïnformeerd³³⁵. De Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid bevatten ook enkele kinderrechten. Zo stelt begins. 3:3 dat belangen van het kind een eerste overweging vormen bij alle aangelegenheden op het gebied van ouderlijk gezag³³⁶. Voorts is er ook het non-discriminatierecht en het hoorrecht opgenomen³³⁷.

100. Tot slot moeten ook de nationale bepalingen besproken worden. Zo zijn er in de Gw. toepasselijke bepalingen betreffende discriminatie terug te vinden. Art.10 Gw. stelt namelijk dat alle Belgen gelijk zijn voor de wet en dat er geen onderscheid van standen bestaat. Daarenboven waarborgt art. 11 Gw. dat het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend, zonder discriminatie moet worden verzekerd. Zo wordt er in art. 22, eerste lid Gw. het recht toegekend op eerbiediging van zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald. Als gevolg van art. 11 Gw. dient er dus zonder discriminatie te worden genoten van dit recht. Bovendien moet de bescherming van het gezinsleven in artikel 22 Gw. volgens de wetgever begrepen worden in de zin van de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 8 EVRM³³⁸. Ter afsluiting kan nog het tweede en vierde lid van art. 22bis worden aangehaald. Lid twee stelt dat elk kind het recht heeft zijn mening te uiten in alle aangelegenheden die hem of haar aangaan en dat met die mening rekening wordt gehouden in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en onderscheidingsvermogen³³⁹. Tevens vormen volgens lid vier de belangen van het kind de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaan³⁴⁰.

³³¹ Begins. 3:25 Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid.

³³² Begins. 3:25 Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid.

³³³ Begins. 3:26, §2 en 3:28 Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid.

³³⁴ Begins. 3:27 Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid.

³³⁵ Begins. 3:29 Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid.

³³⁶ Begins. 3:3 Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid.

³³⁷ Begins. 3:5 en 3:6 Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid.

³³⁸ P. SENAËVE, Compendium van het personen-en familierecht, Leuven, Acco, 2013, 626.

³³⁹ Art. 22bis, tweede lid Gw.

³⁴⁰ Art. 22bis, vierde lid Gw.

4.2 Toetsing van art. 375bis BW aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel

100. Op grond van de Bijz. Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof heeft het Hof de bevoegdheid gekregen om wetten, decreten en ordonnanties te vernietigen, ongrondwettig te verklaren en te schorsen wegens schending van Titel II van de Grondwet (artikelen 8 tot en met 32 over de rechten en vrijheden van de Belgen), van de artikelen 170 en 172 (wettigheid en gelijkheid van belastingen) en 191 (bescherming voor vreemdelingen) ervan en van de bevoegdheidverdelende regels in de Grondwet en de wetten tot hervorming der instellingen³⁴¹. Zo stelt art. 26, §1, 3° en §4 Bijz. Wet Grondwettelijk Hof dat het Hof bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak kan doen betreffende de schending door een wet van de artikelen van titel II "De Belgen en hun rechten" van de Gw. en de voor België bindende internationale en Europese normen³⁴². Bijgevolg mag de Belgische wetgever geen normen aannemen die in strijd zijn met de artikelen 10 en 11 Gw., namelijk de twee relevante bepalingen betreffende gelijkheid en non-discriminatie. Zo verbiedt dit grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet alleen de gelijke behandeling van ongelijke toestanden, maar verzet het zich eveneens tegen een ongelijke behandeling van gelijke toestanden³⁴³. Bovendien hebben art. 10 en 11 Gw. een algemene draagwijdte en verbieden zij elke vorm van discriminatie.

101. Echter resulteert niet elk verschil in behandeling automatisch tot discriminatie³⁴⁴. Deze stelling werd reeds in 1968 bevestigd door het EHRM in het *Belgisch Taalarrest* waar het Hof zich voor het eerst diende uit te spreken over het in art. 14 EVRM vervatte non-discriminatiebeginsel³⁴⁵. Het Europees Hof stelde namelijk dat het ongetwijfeld tot absurde situaties zou leiden indien elk verschil in behandeling als discriminatie bestempeld zou worden³⁴⁶. Daarenboven ontwikkelde het EHRM in dit arrest een aantal criteria aan de hand waarvan er kan worden nagegaan of het onderscheid al dan niet verenigbaar is met art. 14 EVRM³⁴⁷. Deze criteria hebben tevens als een belangrijke inspiratiebron gediend, aangezien het Grondwettelijk hof nu een gelijkaardig toetsingsmodel hanteert³⁴⁸. Zo formuleert het Grondwettelijk Hof de draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel neergelegd in de artikelen 10 en 11 Gw., als volgt; *"De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel*

³⁴¹ Bijz. Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, BS 7 januari 1989, 315 (Bijz. Wet Grondwettelijk Hof); www.const-court.be/ (consultatie 10 mei 2015).

³⁴² Art. 26, §1, 3° en §4 Bijz. Wet Grondwettelijk Hof, P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 33.

³⁴³ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 249; S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09,692.

³⁴⁴ K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgever, 2008, 248; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie: Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet- Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn in Bibliotheek Sociaal Recht Larquier*, Brussel, De Boeck en Larquier, 2004, 33.

³⁴⁵ EHRM, *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, 1968.

³⁴⁶ EHRM, *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, 1968, §10: "The competent national authorities are frequently confronted with situations and problems which, on account of differences inherent therein, call for different legal solutions".

³⁴⁷ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 167.

³⁴⁸ S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09,692.

en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel³⁴⁹.

102. Bijgevolg zijn er vijf stappen om te onderzoeken of het verschil in behandeling het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet schendt, met name: (1) de vergelijkbaarheidstoets³⁵⁰ (2) de doeltoets (3) de objectiviteitstoets (4) de pertinentietoets en (5) de evenredigheids- of proportionaliteitstoets³⁵¹. Het is aan de hand van deze toetsingscriteria dat een antwoord geformuleerd zal worden op de hoofonderzoeksvraag van deze masterscriptie namelijk of het onderscheid tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden gerechtvaardigd is. Specifiek zal ik aan de hand van een fictieve casus art. 375bis BW toetsen aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel door middel van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. Omwille van de verscheidenheid aan scenario's en de onmogelijkheid om alle scenario's te behandelen, wordt dit onderzoek tot de volgende fictieve feiten en prejudiciële vraag verengd.

Uit het huwelijk tussen Peter en An is een zoon Alexander (2005) en een dochter Sofie (2008) geboren. De ouders van An (Marian en Jos) hebben het huwelijk van hun dochter met Peter nooit goedgekeurd en om deze reden alle contact met hen verbroken. Ook tijdens de zwangerschap van An onderhielden ze geen enkel contact. Door de totale breuk en heersende haat, hebben de grootouders dan ook nooit Alexander of Sofie gekend. Bovendien hebben zij nooit naar hen omgekeken zelfs niet wanneer Sofie zwaar ziek in het ziekenhuis lag. Nu Alexander 10 jaar oud is en Sofie 7 jaar wordt, zijn de grootouders naar de familierechtbank gestapt en vorderen zij een recht op persoonlijk contact van twee weekenden per maand. Aangezien de grootouders nooit enige interesse hebben getoond, willen de kinderen hun grootouders niet ontmoeten en verzetten zij zich tegen het recht op persoonlijk contact. Bovendien vinden Peter en An het absurd dat de grootouders in overeenstemming met art. 375bis BW louter op basis van hun hoedanigheid van grootouder het recht op persoonlijk contact toegekend krijgen. Op basis van datzelfde artikel dienen de broers of zussen het bestaan van een bijzondere affectieve band met het kind kunnen aantonen opdat zij het recht op persoonlijk contact toegekend zouden krijgen. Bijgevolg zou Alexander aan deze voorwaarde moeten voldoen, ingeval van omstandigheden waarbij hij gescheiden zou worden van zijn zus Sofie. Ook dit vinden de ouders abnormaal. Omwille van deze redenen stellen de ouders voor de familierechtbank dat er sprake is van een discriminatie tussen de grootouders en de broer. Bijgevolg stelt de familierechter de volgende

³⁴⁹ GwH 13 oktober 1989, nr. 23/89, *JLMB* 1989, 1366 (vaste rechtspraak), GwH 13 juli 1989, nr. 21/89, overw. B.4.5.b, *JT* 1990, 2; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 103, J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 351 en J. Vande Lanotte, G. Goedértier en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 334; S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09,692.

³⁵⁰ De vergelijkbaarheidstoets geldt bovendien als toetsingsingang; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 104; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDÉRTIER, *Inleiding tot het publiekrecht handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 356; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 90; K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 251-252.

³⁵¹ GwH 18 november 1989, nr. 117/98, overw. B.3., *TBP* 1999, 203; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 351, J. VANDE LANOTTE en G. GOEDÉRTIER, *Inleiding tot het publiekrecht handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 356; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 251-255; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 103-104; S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09,692.

prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof: "Schendt art. 375bis BW de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met de artikelen 8³⁵² en 14 EVRM, artikel 26 BUPO-Verdrag en artikel 3, eerste lid van het Kinderrechtenverdrag door het feit dat grootouders op basis van hun hoedanigheid van grootouder quasi automatisch het recht hebben op persoonlijk contact met hun kleinkinderen, terwijl de broers en zussen van het kind een bijkomende voorwaarde dienen te vervullen, namelijk het bewijs leveren van een bijzonder affectieve band met het kind, opdat zij aanspraak zouden kunnen maken op het recht op persoonlijk contact?". Hieronder zal ik uiteenzetten hoe het Grondwettelijk Hof naar mijn mening, de prejudiciële vraag zou moeten beantwoorden. Dit zal mij in staat stellen een antwoord te formuleren op de hoofdonderzoeksvraag van deze masterscriptie. Indien het onderscheid tussen de grootouders enerzijds en de broers en zussen anderzijds, alle toetsen doorstaat, dan zal dit leiden tot het besluit dat art. 375bis BW het gelijkheidsbeginsel niet schendt en dat er dus geen sprake is van enige discriminatie.

4.2.1 Vergelijkbaarheidstoets

103. De vergelijkbaarheidstoets is een essentiële stap in het onderzoek. De reden hiervoor is het feit dat het Grondwettelijk Hof de rechtvaardigheid slechts zal onderzoeken indien vaststaat dat gelijke gevallen in een gelijke toestand ongelijk behandeld worden of andersom. Indien het Grondwettelijk Hof echter vaststelt dat de categorieën van personen tussen wie een onderscheid wordt aangeklaagd, in een verzoekschrift of prejudiciële vraag, niet vergelijkbaar zijn of niet duidelijk vermeld worden, dan stopt het onderzoek³⁵³. Meer specifiek moet worden beoordeeld of degene die klaagt over ongelijke behandeling zich wel in een vergelijkbare situatie bevindt als degene die in zijn ogen gunstiger behandeld wordt. Met andere woorden dient er sprake te zijn van een *verschil in behandeling* tussen *vergelijkbare categorieën van personen*³⁵⁴. Met betrekking tot het verschil in behandeling kan gesteld worden dat deze niet ontstaat door een feitelijke situatie maar het gevolg is van de betwiste norm of van een overheidshandeling³⁵⁵. Daarnaast dienen de categorieën van personen waartussen het verschil in behandeling bestaat vergelijkbaar te zijn: "*Om de bestaanbaarheid van de bestreden norm met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te beoordelen dient het Hof eerst te onderzoeken of de categorieën van de personen ten aanzien van wie een ongelijkheid wordt aangevoerd, kunnen worden vergeleken*"³⁵⁶. De vergelijkbaarheid vereist evenwel niet dat het om identieke categorieën gaat, maar zij dient te gebeuren in het licht van de ter discussie staande regeling³⁵⁷. Daarenboven dient de vergelijking in beginsel situaties te betreffen die zich gelijktijdig voordoen. Zo kan de vergelijking

³⁵² Art. 8 EVRM wordt aangehaald omwille van het accessoir en complementair karakter van art. 14 EVRM waardoor het alleen ingeroepen kan worden in combinatie met een ander recht van het EVRM en zijn Protocollen; K. Henard, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 247.

³⁵³ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 103.

³⁵⁴ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die keure, 2013, 335.

³⁵⁵ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die keure, 2013, 335; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 352.

³⁵⁶ GwH 5 februari 2009, nr. 14/2009, overw. B. 3.1., www.const-court.be/public/n/2009/2009-014n.pdf; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 353.

³⁵⁷ MEERSSCHAUT schrijft daarover: "*Uiteraard speelt het referentiekader en de referentieproblematiek hierbij een belangrijke rol om het perspectief van vergelijkbaarheid te bepalen. Om het simplistisch uit te drukken: appels en peren zijn vergelijkbaar als het referentiekader fruit is, maar een Jonagold is niet vergelijkbaar met een Doyenné als het referentiekader 'appelen' is*" in J. VANDE LANOTTE en G. GOEDÉRTIER, *Inleiding tot het publiekrecht handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 354.

bijvoorbeeld betrekking hebben op de manier waarop de wet op eenzelfde tijdstip verschillende categorieën van personen behandelt³⁵⁸.

104. Ter illustratie lijkt het ook gepast te onderzoeken hoe het EHRM de vergelijkbaarheidstoets invult. Echter valt op dat het EHRM de vergelijkbaarheid, hoewel deze een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de toepassing van art. 14 EVRM, slechts summier motiveert of zelfs niet uitdrukkelijk onderzoekt³⁵⁹. Wat dat betreft stelt RIMANQUE: "Het gevolg van de vaak summier gemotiveerde afwijzing van een voldoende mate van analogie is dat het overbodig wordt te onderzoeken of de ongelijke behandeling wel rechtmatig is, aangezien bij afwezigheid van vergelijkbaarheid het gelijkheidsprobleem niet rijst. De lastige vragen betreffende de verantwoording en de ernst van de ongelijkheid worden vermeden"³⁶⁰.

105. Toegepast op onze casus wordt de familierechtbank door de grootouders geconfronteerd met een verzoek tot uitoefening van het recht op persoonlijk contact met Sofie. De vergelijkbaarheidstoets dient doorgevoerd te worden op de situatie waarbij in het ene geval het verzoek uitgaat van de grootouders Marian en Jos, terwijl ik het tweede geval het verzoek uitgaat van de broer Alexander. Zo zal het Grondwettelijk Hof eerst moeten onderzoeken of er een verschil in behandeling is tussen de broers en zussen enerzijds en de grootouders anderzijds. In casu, vormt de betwiste norm namelijk art. 375bis BW het verschil in behandeling. Dat artikel stelt uitdrukkelijk dat de grootouders het recht hebben persoonlijk contact met het kind te onderhouden terwijl datzelfde recht toegekend kan worden aan ieder ander persoon, indien deze persoon aantoonbaar dat hij met kind een bijzonder affectieve band heeft. Dus het feit dat de broers en zussen in tegenstelling tot de grootouders het bewijs dienen te leveren van een bijzonder affectieve band, bewijst dat er ongetwijfeld een verschil in behandeling is.

Vervolgens zal het Hof moeten onderzoeken of de categorieën van de personen ten aanzien van wie de ongelijkheid wordt aangevoerd, kunnen worden vergeleken. Met andere woorden dient er beoordeeld te worden of broers en zussen enerzijds en grootouders anderzijds vergelijkbare categorieën van personen zijn. Zo is er ten eerste sprake van een juridisch verankerde bloedverwantschap tussen beide categorieën en het kind. Tevens bestaat er tussen hen ook een juridische afstammingsband. Ten tweede zijn zowel de grootouders als de broers en zussen tweedegraads verwanten van het kind. Om deze twee redenen zijn beide categorieën naar mijn mening voldoende vergelijkbaar in het licht van het referentiekader 'familieleden'. Dit mede gezien het feit dat de vergelijking betrekking heeft op de manier waarop art. 375bis BW op eenzelfde tijdstip de broers en zussen enerzijds en de grootouders anderzijds behandelt. Bijgevolg betreft het dus een situatie waarbij een gelijk geval in een gelijke toestand ongelijk behandeld wordt waardoor moet worden nagegaan of de verschillende behandeling gerechtvaardigd kan worden. Dit brengt ons meteen naar de volgende stap in het onderzoek, namelijk de doeltoets.

³⁵⁸ GwH 10 november 1990, nr. 120/99, overw. B.3., www.const-court.be/public/n/1999/1999-120n.pdf; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDÉRTIER, *Inleiding tot het publiekrecht handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 355.

³⁵⁹ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 166.

³⁶⁰ K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *RW* 1992-93, 9; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 336; T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 354.

4.2.2 Doeltoets

106. Nu dat vaststaat dat er een verschil in behandeling is, dient er onderzocht te worden of er een aanvaardbaar doel voorhanden is die dit onderscheid kan verklaren³⁶¹. Specifiek vereist de doeltoets dat de Staat het onderscheid kan verantwoorden door het streven naar een wettig doel, dat tevens niet willekeurig is³⁶². Het moet namelijk een aanvaardbaar doel zijn voor de ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Daarenboven moet het doel actueel zijn. Hiermee wordt bedoeld dat de maatregel ten tijde van de toetsing een geldig doel moet nastreven. Bijgevolg is het onvoldoende dat de maatregel bij zijn totstandkoming een redelijk doel nastreefde en dit doel door maatschappelijke veranderingen niet langer geldig is³⁶³.

107. Vervolgens is het interessant om te bestuderen hoe het EHRM de doeltoets doorvoert. Eerst en vooral kan er gesteld worden dat wanneer de toets wordt doorgevoerd en de Staat er niet in slaagt om het nagestreefde doel te omschrijven, het EHRM overgaat tot het besluit dat art. 14 EVRM geschonden is. Ter illustratie kan de zaak *Darby v. Sweden* worden aangehaald waar de Zweedse overheid zelf toegaf dat er geen specifiek doel werd nagestreefd. Ook in *Pine Valley Developments Ltd. And Others v. Ireland* werd de schending van art. 14 EVRM vastgesteld doordat de Ierse overheid geen enkel argument ter verantwoording van het verschil in behandeling kon voorleggen³⁶⁴. Doorgaans ondervinden de Staten toch weinig moeilijkheden wat het aantonen van een wettig doel betreft³⁶⁵. Behoudens de wettigheid, worden er geen andere vereisten betreffende de aard van het doel gesteld. Zo blijkt dat Staten voortdurend het onderscheid verantwoorden door aan het algemeen belang ontleende overwegingen³⁶⁶. Ook het belang van het kind wordt als een wettig doel gekwalificeerd³⁶⁷. Voorts kan, ondanks gebrek aan duidelijke jurisprudentie, gesteld worden dat het EHRM ook enkele inhoudelijke eisen stelt met betrekking tot het vereiste doel. Zo moet het doel minstens verzoenbaar

³⁶¹ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 170; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 358; K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 252.

³⁶² R. HEPES, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 201; D. MENGELS, "De houdbaarheidsdatum van de klassieke gezinsvorm verstreken voor de nabestaandenuitkeringen?", *TSR* 2006, 640; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 107; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie: Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet- Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn in Bibliotheek Sociaal Recht Larcier*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2004, 126.

³⁶³ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 22.

³⁶⁴ EHRM, *Darby v. Sweden*, 1990; EHRM, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57642#{"itemid":\["001-57642"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57642#{); *Pine Valley Developments Ltd. And Others v. Ireland*, 1991, EHRM, *Pine Valley Developments Ltd. And Others v. Ireland*, 1991, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57711#{"itemid":\["001-57711"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57711#{); J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 170 en 184.

³⁶⁵ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 172.

³⁶⁶ Algemeen belang in de zin van goede werking van de staatsinstellingen en de organisatie van de maatschappij; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 170.

³⁶⁷ EHRM, *McMichael v. United Kingdom*, 1995; EHRM, *Rasmussen v. Denmark*, 1984, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57563#{"itemid":\["001-57563"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57563#{); EHRM, *Hoffmann v. Austria*, 1993, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57825#{"itemid":\["001-57825"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57825#{).

; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 172.

zijn met de beginselen van de democratische rechtstaat en mag het niet in strijd zijn met andere internationale of nationale rechten en vrijheden³⁶⁸.

108. Nadat in onze casus is vastgesteld dat er een verschil in behandeling is tussen de broers en zussen enerzijds en grootouders anderzijds, zal het Grondwettelijk hof trachten te achterhalen wat het nagestreefde doel van art. 375bis BW is. Dit is een niet altijd even gemakkelijke taak. Soms komt het voor dat de wetsbepaling zelf een aantal doelen onder de vorm van rechtvaardigingsgronden aangeeft³⁶⁹. *In casu* is dit echter niet het geval. Een tweede mogelijkheid om het nagestreefde doel te achterhalen is door te onderzoeken wat de wetgever in gedachte had bij de opstelling van de bepaling. Hierbij dient er rekening te worden gehouden met het feit dat wanneer het doel niet uitgesproken is in de parlementaire voorbereiding, dit niet noodzakelijk wilt zeggen dat er geen doel aanwezig is³⁷⁰. In ons geval zou dit betekenen dat het Grondwettelijk Hof zou moeten teruggrijpen naar de voorbereidende werken van de wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag. Deze brengen naar mijn mening niet veel soelaas, aangezien er niet uitdrukkelijk een nagestreefd doel wordt geformuleerd. Zo dient het Grondwettelijk Hof volgens mij te oordelen dat er uit art. 375bis BW zélf een nagestreefd doel naar voren wordt gebracht, namelijk het waarborgen van het persoonlijk contact tussen de grootouders en het kind. Bijgevolg dient er beoordeeld te worden of dit doel legitiem en actueel is. Naar mijn mening is het garanderen van het persoonlijk contact tussen een grootouder en zijn kleinkind een legitiem doel. Volgens mij wordt er vanuit gegaan dat de grootouders nauwe verwanten zijn van het kind. Bijgevolg is het verzekeren van het persoonlijk contact tussen deze nauwe verwanten een aanvaardbaar doel. Bovendien was dit zowel een wettig doel op het ogenblik van de redactie van het artikel als vandaag. Vandaar dat er gesteld kan worden dat er voldaan is aan de doeltoets. Toch stelt er zich een probleem. Er kan namelijk gesteld worden dat de broers en zussen eveneens nauwe verwanten zijn van het kind en is het bijgevolg ook aanvaardbaar om tussen hen een recht op persoonlijk contact te garanderen. Echter is er geen doel voorhanden ter verantwoording waarom de broers en zussen wel een bijzonder affectieve band met het kind dienen aan te tonen. Dus ondanks het feit dat de bepaling een legitiem en actueel doel nastreeft, wilt dit niet zeggen dat het verschil waarop de personen worden behandeld ook legitiem is. Echter valt dit probleem eerder binnen het bereik van de proportionaliteitstoets en zal daar verder behandeld worden.

4.2.3 Objectiviteitstoets

109. Indien vergelijkbare gevallen verschillend worden behandeld, dient het onderscheid objectief en verificerbaar te zijn³⁷¹. Specifiek heeft dit objectiviteitsvereiste betrekking op het

³⁶⁸ K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 252; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 358.

³⁶⁹ Zo stelt art. 8, tweede lid EVRM dat een inmenging op iemands privé-, familie-en gezinsleven ongeoorloofd is, tenzij deze inmenging bijvoorbeeld in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid.

³⁷⁰ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 359.

³⁷¹ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 103; A. ALEN en P. LEMMENS (ed.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 105; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 342 ; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 359.

onderscheidingscriterium, namelijk het criterium aan de hand waarvan ongelijke lasten of voordelen worden toegekend³⁷². Indien het onderscheidingscriterium berust op concrete elementen, duidelijk, abstract en wettig is, dan is er sprake van een objectief onderscheidingscriterium³⁷³. Bovendien dient dit te steunen op een feitelijke en evidente vaststelling los van een persoonlijke waardering³⁷⁴.

110. In ons onderzoek is het onderscheidingscriterium het grootouderschap. Op basis van dit gegeven wordt het voordeel toegekend, namelijk het niet moeten bewijzen van de bijzondere affectieve band. De grootouder verwerft als het ware automatisch het recht op persoonlijk contact, louter op basis van zijn hoedanigheid. Er bestaat geen discussie dat het grootouderschap objectief en verifieerbaar is. De reden hiervoor is dat je een grootouder duidelijk kan onderscheiden van een broer of een zus. Het is een evidente vaststelling en is onafhankelijk van een subjectieve appreciatie. Hierdoor kan het bestaan van een objectief onderscheidcriterium niet betwist worden.

4.2.4 Pertinentietoets

111. Met behulp van de pertinentietoets wordt vastgesteld of het door de wetgever nagestreefde doel ook daadwerkelijk te bereiken is door de ongelijke behandeling³⁷⁵. Met andere woorden, het gemaakte onderscheid moet iets bijbrengen aan het beoogde doel³⁷⁶. Specifiek betekent dit dat het onderscheidingscriterium adequaat en relevant dient te zijn ten aanzien van het doel³⁷⁷. Wat de terminologie betreft, wordt er in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof niet over een 'pertinent', maar een 'geschikt' of 'passend' onderscheid gesproken³⁷⁸. Het Hof verduidelijkt echter niet wat de precieze betekenis is van het vereiste dat een ongelijke behandeling 'geschikt' of 'passend' moet zijn om het legitieme doel te bereiken³⁷⁹. Het zal dus uit concrete omstandigheden van de zaak moeten blijken dat het maken van een onderscheid nuttig is om het nagestreefde doel te bereiken³⁸⁰. Vandaar dat er eerder van een feitenkwestie kan worden gesproken. Om het gebrek van pertinentie te illustreren haalt THEUNIS een arrest van het Arbeidshof van Brussel aan. Het feit dat mannen niet en vrouwen wel een tegemoetkoming krijgen in de kosten van een pruik, is gebaseerd op een niet-adequaat criterium omdat "de psychologische gevolgen van totale of nagenoeg totale kaalhoofdigheid en hun omvang worden beïnvloed door allerlei factoren, onder meer door het karakter van de kaalhoofdige persoon, door zijn leeftijd, door het aantal en de menigvuldigheid van zijn persoonlijke en beroepsrelaties, door hun invloed op de betrokkene en niet enkel, zelfs niet noodzakelijk, door het

³⁷² D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 22.

³⁷³ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die keure, 2013, 342 ; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 359.

³⁷⁴ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 106.

³⁷⁵ R. HEPS, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principiële recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 201.

³⁷⁶ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 360.

³⁷⁷ A. ALEN en P. LEMMENS (ed.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 105; K. Henard, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 252; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die keure, 2013, 343.

³⁷⁸ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 99.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 172.

geslacht van die persoon³⁸¹. Bovendien stelt HAECK en VANDE LANOTTE dat ingeval het gemaakte onderscheid op geen enkele manier er voor kan zorgen dat het doel wordt bereikt, dat er vanuit kan worden gegaan dat er geen legitiem doel wordt nagestreefd³⁸². Voorts is het niet de bedoeling dat het Grondwettelijk Hof onderzoekt of het doel ook door andere maatregelen kan worden bereikt, omdat dit de opportuniteit van de maatregel betreft, wat tot de exclusieve bevoegdheid van de overheid behoort³⁸³.

112. Ook hier is het interessant om te onderzoeken hoe het EHRM de pertinentietoets doorvoert. Ter illustratie kunnen de zaken *Mazurek v. France* en *Marckx v. Belgium* worden aangehaald waar het EHRM het gemaakte onderscheid pertinent achtte voor het bereiken van het doel³⁸⁴. Zo kan er gesteld worden dat wanneer de bevordering en ondersteuning van het 'klassieke gezinsleven' het door de overheid nagestreefde doel vormt, het onderscheid tussen 'wettige' en 'natuurlijke' kinderen pertinent is³⁸⁵. Dit ongeacht of het gemaakte onderscheid proportioneel is ten aanzien van het doel, wat pas in de laatste stap wordt onderzocht. Hieruit volgt dat zelfs wanneer het doel, het onderscheid kan verklaren, dit niet automatisch leidt tot het resultaat dat de aangewende middelen proportioneel zijn ten aanzien van het nagestreefde doel³⁸⁶. Met andere woorden, de pertinentie is een noodzakelijke, maar toch geen voldoende voorwaarde voor de proportionaliteit van het onderscheid³⁸⁷. Bovendien blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat het Hof zelden het onderzoek naar een legitiem doel onderscheidt van de proportionaliteitstoets. Meestal vermengt het Europees Hof beide toetsen onder de notie 'objectieve en redelijke verantwoording', waarbij de focus ligt op de 'aanvaardbaarheid' van de door de Staat gegeven verantwoording³⁸⁸.

113. In ons onderzoek betekent dit concreet dat het Grondwettelijk Hof zal moeten onderzoeken of het onderscheid tussen de broers en zussen enerzijds en de grootouders anderzijds nuttig is en iets bijbrengt aan het waarborgen van het persoonlijk contact tussen de grootouder en zijn kleinkind. Er kan gesteld worden dat, doordat de grootouders in tegenstelling tot de broers en zussen op basis van art. 375bis BW geen bewijs dienen te leveren van een bijzonder affectieve band met het kind, er vanuit wordt gegaan dat de grootouders die band in ieder geval hebben. Vermits zij van het bewijs

³⁸¹ Arbh. Brussel 7 november 1985, RW 1986-87, 876; J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen" in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, 1996/1997, (129-181) 139-140.

³⁸² J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 173.

³⁸³ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die keure, 2013, 344 ; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 361.

³⁸⁴ EHRM, *Mazurek v. France*, 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["mazurek"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58456"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{); EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{).

³⁸⁵ EHRM, *Mazurek v. France*, 2000, overw. 49; EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979, §40, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{); J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 173.

³⁸⁶ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 175.

³⁸⁷ K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 252-253; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 173.

³⁸⁸ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 175.

van de bijzondere affectieve band worden ontslaan, wordt het hen zodanig gemakkelijk gemaakt dat naar mijn mening, het doel ongetwijfeld bereikt wordt door het onderscheid. Bijgevolg is het dus een geschikt en passend middel om de grootouders het recht op persoonlijk contact louter op basis van hun hoedanigheid van grootouder toe te kennen en dus hun omgangsrecht te waarborgen. Kortom, is het op basis van het grootouderschap gemaakte onderscheid pertinent om het doel te bereiken. Echter stelt zich net zoals bij de doeltoets een probleem. Ondanks dat het doel bereikt wordt door het onderscheid, wordt door de wetgever een ander, ongewenst effect, gecreëerd. Daar zal hieronder bij de proportionaliteitstoets dieper op worden ingegaan. Tenslotte vormt de pertinentie geen voldoende voorwaarde voor de proportionaliteit van het onderscheid.

4.2.5 Evenredigheids- of proportionaliteitstoets

114. Waar de pertinentietoets focust op de vraag of het nagestreefde doel bereikt kan worden door het onderscheid, moet volgens de proportionaliteits- of evenredigheidstoets het onderscheid in een evenredige verhouding staan tot het beoogde doel van de bepaling³⁸⁹. Met andere woorden, het verschil in behandeling mag niet verder reiken dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken zodat er een evenwichtige verhouding wordt bereikt³⁹⁰. Dit wordt wel eens de proportionaliteitstoets in enge zin genoemd, en vormt meteen een eerste aspect van de proportionaliteitstoets in brede zin. Daarop kunnen nog twee andere aspecten op worden teruggebracht. Ten eerste de subsidiariteitstoets waarbij wordt onderzocht of er geen alternatieven bestaan die een minder ernstige of helemaal geen inbreuk impliceren op het recht op gelijke behandeling³⁹¹. Meer specifiek wordt er gefocust op de vraag of het doel ook bereikt zou kunnen worden door helemaal niet of in mindere mate te discrimineren. Ten tweede wordt er onderzocht of de het onderscheid voldoende nauwkeurig geformuleerd is. Dit houdt in dat de bepaling in verhouding tot het doel moet staan zodanig dat er niet teveel of te weinig personen worden onderworpen aan een bepaalde regeling (overinclusiveness of underinclusiveness)³⁹².

115. Hoewel het oordeel over de proportionaliteitstoets berust op een subjectieve beoordeling, laat het EHRM zich bij de beoordeling ervan leiden door drie criteria, namelijk: (1) het al dan niet bestaan van een 'Europese consensus' betreffende het 'onaanvaardbaar karakter' van een bepaald onderscheid (2) of er alternatieven voorhanden zijn om het vooropgezette doel te bereiken en (3) of er initiatieven bestaan tot wijziging van de bekritiseerde maatregelen³⁹³. Wel dient opgemerkt te worden dat deze criteria geen doorslaggevend bewijs leveren van een gebrek aan proportionaliteit, daar het slechts hulprichtlijnen zijn die de rechter de mogelijkheid bieden om de toetsing enigszins objectieverbaar te

³⁸⁹ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 23; D. MENGELS, "De houdbaarheidsdatum van de klassieke gezinsvorm verstreken voor de nabestaandenuitkeringen?", *TSR* 2006, 646; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 361; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 108.

³⁹⁰ GwH 9 november 2005, nr. 162/2005, overw. B.6.2., AA 2005, 2073; R. HEPES, "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 201; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 361.

³⁹¹ K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 253.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 176-180.

maken³⁹⁴. Voorts beschouwt het EHRM de proportionaliteitstoetsing als een algemeen rechtsbeginsel, in het bijzonder een criterium om een redelijk evenwicht te vinden tussen de bescherming van het algemeen belang van de maatschappij en de eerbied van de individuele en fundamentele rechten van het EVRM³⁹⁵. De beoordeling ervan gebeurt door middel van een marginale toetsing, waarbij de rechter enkel kan nagaan of de genomen maatregelen al dan niet 'kennelijk' onevenredig zijn ten aanzien van het nagestreefde doel³⁹⁶. Daarenboven dient er rekening te worden gehouden met het feit dat de Staten over een zekere beleidsvrijheid, namelijk appreciatiemarge beschikken om te oordelen of en in welke mate een verschillende behandeling gerechtvaardigd is³⁹⁷. Dit werd reeds in 1968 door het EHRM erkend in de *Belgische taalzaak*³⁹⁸. In die zaak oordeelde het Europees Hof bovendien dat er geen evenwicht was tussen de 'bevordering en ondersteuning van het klassieke gezinsleven' en de aantasting van de rechten van buiten het huwelijk geboren kinderen³⁹⁹. Kortom, onderzoekt het EHRM bij de proportionaliteitstoets of de Staten binnen hun appreciatiemarge zijn gebleven. Dienaangaande dient ook opgemerkt te worden dat er een aantal onderscheidingsgronden zijn die aanleiding geven tot een verhoogde toetsingsintensiteit, waarbij het EHRM strenger toetst en dus een kleinere appreciatiemarge aan de Staten wordt overgelaten⁴⁰⁰. Het betreft de zogenaamde 'verdachte' gronden onder andere het geslacht, nationaliteit en geboorte binnen of buiten het huwelijk⁴⁰¹. Dus hoe zwaarder de gevolgen van de maatregel, hoe groter de kans dat de maatregel onevenredig is⁴⁰².

116. Toegepast op onze casus zal het Grondwettelijk Hof moeten onderzoeken of het onderscheid tussen de grootouders Marian en Jos enerzijds en broer Alexander anderzijds, in een evenredige verhouding staat tot het beoogde doel van art. 375bis BW, namelijk het waarborgen van een

³⁹⁴ EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{); J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 173.

³⁹⁵ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 906; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 175.

³⁹⁶ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 362; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 176.

³⁹⁷ K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 253; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 176.

³⁹⁸ Daaromtrent stelde het Hof in het *Belgisch Taalarrest*: "In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, had to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention" EHRM, *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, 1968, §10; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 180.

³⁹⁹ EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534#{); J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 173.

⁴⁰⁰ K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 254; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 181.

⁴⁰¹ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 181; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 361; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 343; K. HENARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 255.

⁴⁰² J. VANDE LANOTTE, G. GOEDÉRTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 361.

persoonlijke omgang tussen de grootouder en het kleinkind. Na jarenlange verwaarlozing, wordt Sofie tegen haar zin, en die van haar ouders geconfronteerd met een verzoek tot een omgangsrecht van haar grootouders. Is het feit dat de grootouders quasi-automatisch het recht hebben op persoonlijk contact en het feit dat Alexander een bijzondere band met haar zou moeten bewijzen, vooraleer hij het recht op omgang verkrijgt evenredig? Naar mijn mening zou het Grondwettelijk hof in eerste plaats moeten stellen dat het doel dat de wetgever voor ogen had gerechtvaardigd is, maar dat datzelfde doel ook voor broers en zussen geldt en dus niet enkel de grootouders. Bijgevolg is de verschillende manier waarop personen worden behandeld niet legitiem en disproportioneel. Dit probleem rees al bij de doel- en pertinentietoets. Ten tweede dient het Grondwettelijk Hof erop te wijzen dat ingevolge art. 3, eerste lid van het Kinderrechtenverdrag, het recht op persoonlijk contact steeds moet worden uitgeoefend in het belang van het kind. Er is geen enkele familierechter die een recht op persoonlijk contact gaat laten uitoefenen indien het strijdig is met het belang van het kind. De vraag die u zich hier kan stellen is wat dan nog het nut is van het vereisen van een bijzonder affectieve band met het kind bij de broers en zussen aangezien er toch nog steeds een controle gebeurt door de familierechter bij de uitoefening van het recht op persoonlijk contact. Zij dienen dus eerst de bijzondere affectieve band aan te tonen om het recht op persoonlijk contact te verkrijgen en daarbovenop nog een tweede controle doorstaan, namelijk bij de uitoefening van dat recht of dat niet strijdig is met het belang van het kind. Dit terwijl de grootouders slechts één keer gecontroleerd worden, namelijk enkel bij de daadwerkelijke uitoefening van het omgangsrecht, want het recht zélf komt hen toe louter op grond van hun hoedanigheid als grootouder. Bijgevolg zou het Grondwettelijk Hof moeten oordelen dat het niet evenredig is om de broers en zussen tweemaal te controleren. Ten derde vind ik het feit op zich dat de grootouders louter op basis van hun hoedanigheid als grootouder het recht op persoonlijk contact toegekend krijgen, absurd. Naar mijn mening is dit te vergaand. Bovendien weegt het nadeel voor de broers en zussen, namelijk dat zij als enige de bijzondere band met het kind dienen te bewijzen en zich daardoor gediscrimineerd voelen, zwaarder door dan het voordeel voor de grootouders. Daarenboven is naar mijn mening het onderscheid te breed geformuleerd waardoor de classificatie niet voldoende nauwkeurig is. Niemand zou louter op basis van zijn hoedanigheid het recht op persoonlijk contact moeten verkrijgen. Dit hangt mijn inziens samen met het feit dat er een alternatief bestaat waarbij het doel eveneens bereikt zou worden zonder of in mindere mate te discrimineren⁴⁰³. Zo zou het doel nog steeds bereikt worden, indien men ook het vereiste van het bewijs van de bijzondere affectieve band met het kind zou opleggen aan de grootouders. Zo zouden beide categorieën van omgangsgerechtigden tweemaal gecontroleerd worden. Tot slot blijkt dat de wetgever ook reeds aanstalten heeft gemaakt dat het onderscheid niet gerechtvaardigd is. Door het indienen van een wetsvoorstel ter bescherming van de persoonlijke banden tussen broers en zussen zendt de wetgever een duidelijk signaal uit dat de huidige regeling niet legitiem is⁴⁰⁴. Dit wetsvoorstel zal in hoofdstuk 5 uitvoerig aan bod komen. Al deze redenen wijzen volgens mij overduidelijk dat er geen redelijke evenwichtige verhouding voorhanden is tussen

⁴⁰³ Rekening houdend met het feit dat het Grondwettelijk Hof zich in beginsel hierover niet mag uitspreken, aangezien een dergelijke beoordeling de opportuniteit betreft en dus tot de exclusieve bevoegdheid van de overheid behoort. De grens tussen de controle van de proportionaliteit en de controle van opportuniteit is namelijk zeer vaag. Zie hierover: J. Vande Lanotte en Y. Haecck(eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 183.

⁴⁰⁴ Wetsvoorstel (MAINGAIN en CAPRASSE) tot wijziging van het burgerlijk wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* BZ Kamer 2014, nr. 0148/001.

het onderscheid en het beoogde doel waardoor niet voldaan is aan de proportionaliteitstoets. Hierdoor zou het Grondwettelijk Hof naar mijn mening moeten stellen dat het in geding zijnde onderscheid zonder redelijke objectieve verantwoording is en dat de prejudiciële vraag bevestigend dient te worden beantwoord, namelijk: "Art. 375bis BW schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met de artikelen 8⁴⁰⁵ en 14 EVRM, artikel 26 BUPO-Verdrag en artikel 3, eerste lid van het Kinderrechtenverdrag door het feit dat grootouders op basis van hun hoedanigheid als grootouder quasi automatisch recht hebben op een recht op persoonlijk contact met hun kleinkinderen, terwijl de broer en zussen van het kind een bijkomende voorwaarde dienen te vervullen, namelijk het bewijs leveren van een bijzonder affectieve band met het kind, opdat zij aanspraak zouden kunnen maken op het recht op persoonlijk contact". Om terug te komen op onze fictieve casus zal dit ongetwijfeld een gunstige uitspraak zijn voor de ouders van Sofie.

4.3 Tussenbesluit

117. Uit de gehele toetsing aan het gelijkheidsbeginsel kan besloten worden dat het onderscheid tussen de grootouders enerzijds en de broers en zussen discriminerend is. De reden hiervoor is dat het voornoemd onderscheid de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, in het bijzonder de proportionaliteitstoets niet doorstaat. Indien het Grondwettelijk Hof in de toekomst de kans zal krijgen om zich over deze aangelegenheid uit te spreken, zal het Hof mijns inziens oordelen dat er geen objectieve redelijke rechtvaardiging voor dit onderscheid voorhanden is. Dankzij deze bevindingen is het eveneens mogelijk om een antwoord te formuleren op de hoofdonderzoeksvraag van deze masterscriptie. Het feit dat de broers en zussen virtueel omgangsgerechtigd zijn, leidt ertoe dat elke persoon die tot deze categorie van omgangsgerechtigden behoort gediscrimineerd zal worden ten opzichte van de grootouders. Ongeacht of het familie van het kind betreft of een derde. Het enige aspect dat een rol speelt is het feit dat deze personen in tegenstelling tot de grootouders het bewijs dienen te leveren van een bijzondere affectieve band. Bijgevolg kan geconcludeerd worden dat het algemeen onderscheid uit art. 375bis BW tussen de principieel omgangsgerechtigden en virtueel omgangsgerechtigden ook ongerechtvaardigd is.

⁴⁰⁵ Art. 8 EVRM wordt aangehaald omwille van het accessoir en complementair karakter van art. 14 EVRM waardoor het alleen ingeroepen kan worden in combinatie met een ander recht van het EVRM en zijn Protocollen.

5. De lege ferenda

118. Op 26 augustus 2014 werd door de heer Maingain en mevrouw Caprasse een wetsvoorstel ingediend dat de bescherming van de persoonlijke banden tussen de broers en zusters beoogt⁴⁰⁶. Het wetsvoorstel neemt de tekst over uit wetsvoorstellen van 2001⁴⁰⁷, 2003⁴⁰⁸, 2007⁴⁰⁹ en 2010⁴¹⁰ die één voor één vervielen door de ontbinding van de wetgevende kamers op het einde van de legislatuur. De indieners trachten op tweeërlei wijze het broeder- en zusterschap te beschermen. Ten eerste willen zij het recht voor broers en zusters invoeren om niet te worden gescheiden en het recht om onderling persoonlijke contacten te onderhouden. Er wordt echter in één uitzondering voorzien die de toepassing van dit beginsel versoepelt door de rechter een criterium te bieden waarmee hij kan afwijken van de regel, namelijk ingeval van 'gewichtige redenen'. Hiermee proberen de indieners alle uitzonderlijke en diverse situaties te kunnen regelen waarin het onmogelijk blijkt het broeder- en zusterschap niet te scheiden, in die zin dat niet scheiden noodlottig zou zijn in het belang van het kind. Zo kan bijvoorbeeld geweld, een slechte verstandhouding tussen de kinderen of een medische behoefte als een gewichtige reden worden aangevoerd die het scheiden van de kinderen rechtvaardigt. Ten tweede beogen de indieners de nieuwe rechten rechtstreeks aan het kind toe te kennen zonder de regel te beperken tot een voorschrift voor degene die verantwoordelijk zijn voor de kinderen. Dit is een stap die de wetgever nooit heeft durven nemen, wat erop wijst dat dit voorstel wel erg innovatief is. Om dit alles te verwezenlijken en om het beginsel van broederschap en de zusterschap als bijzondere relatie te erkennen, willen de indieners van het wetsvoorstel een geheel nieuwe titel in het Burgerlijk Wetboek invoeren, luidend als volgt:

"Titel IXbis Broers en zusters

Art. 387quater In de zin van deze titel dienen onder broers en zusters te worden verstaan, alle personen wier afstamming, zoals de titels VII en VIII van dit boek daarop betrekking hebben, ten aanzien van een gemeenschappelijke ouder in de eerste graad wordt vastgesteld.

Art. 387quinquies Behoudens gewichtige redenen hebben broers en zusters het recht niet te worden gescheiden.

De broers en zusters hebben het recht persoonlijk contact te onderhouden".

119. De toepassing van het tweede lid van voorgesteld art. 387 quinquies BW geschiedt naar analogie met art. 375bis BW dat de grootouders het recht op persoonlijk contact met hun kleinkind toekent. Voortaan zouden de broers en zussen dus ook beschikken over een eigen principieel recht zonder dat

⁴⁰⁶ Wetsvoorstel (MAINGAIN en CAPRASSE) tot wijziging van het burgerlijk wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters, *Parl. St.* BZ Kamer 2014, nr. 0148/001.

⁴⁰⁷ Wetsvoorstel (CAHAYANDRÉ, HERZET en BARZIN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* Kamer 2001, nr. 1554/001.

⁴⁰⁸ Wetsvoorstel (CAHAYANDRÉ, BARZIN en MAINGAIN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* Kamer 2003, nr. 0311/001.

⁴⁰⁹ Wetsvoorstel (MAINGAIN, MARGHEM, DE PERMENTIER en CLERFAYT) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* Kamer 2007, nr. 0276/001

⁴¹⁰ Wetsvoorstel (MAINGAIN en THIÉRY) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* Kamer 2010, nr. 0455/001.

zij nog een bijzonder affectieve band moeten bewijzen. Weliswaar zou in praktijk het recht worden uitgeoefend door de wettelijke vertegenwoordiger van het kind⁴¹¹.

120. Het kan worden toegejuicht dat er initiatieven worden genomen om de rechtstoestand van de broers en zussen te verbeteren. Dankzij het wetsvoorstel zou de bestaande ongelijkheid tussen broers en zussen enerzijds en grootouders anderzijds worden weggewerkt. Ik ben echter van mening dat het toepassingsgebied van het wetsvoorstel veel te beperkt is. Het wegwerken van het ongerechtvaardigd onderscheid tussen grootouders enerzijds en broers en zussen anderzijds, is slechts het topje van de ijsberg. De andere familieleden en derden, die evenzeer hecht verbonden kunnen zijn met het kind, dienen nog steeds de bijzondere affectieve band te bewijzen. Terwijl de grootouders quasi automatisch een recht op omgang krijgen toegekend, wat echter te verregaand is.

121. Vandaar dat ik persoonlijk de voorkeur geef aan een gelijkaardige regeling van het recht op persoonlijk contact zoals in Nederland. Ik ben van oordeel dat een systeem waarbij iedereen, behoudens de ouders, virtueel omgangsgerechtigd zou zijn beter is. Zo moet de grondslag van de omgangsregeling niet zozeer gelegen zijn in het bestaan van een juridische afstammingsband, maar wel in het bestaan van een socio-affectieve band. Ook volgens het EHRM is een familieleven vereist en volstaat een zuiver biologische of juridische band niet om aanspraak te maken op een recht op persoonlijk contact (*supra* nr. 91).

121. Daarenboven zou ik in plaats van het criterium 'gewichtige redenen' opteren voor een specifieke lijst met ontzeggingsgronden zoals in art. 1.377a, in fine NBW (*supra* nr. 36). Hoewel de indieners van het wetsvoorstel door middel van het criterium 'gewichtige redenen' de rechter in staat trachten te stellen om het recht op persoonlijk contact zo goed mogelijk aan te passen aan iedere feitelijke situatie, lijkt met mij aangewezen om de rechter hierbij enkele criteria aan te reiken. Zo zou de familierechter het recht op persoonlijk contact kunnen uitsluiten ingeval dat de omgang een ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind of ingeval de omgangsgerechtigde kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang. Indien er geopteerd zou worden om dezelfde weigeringsgronden wettelijk vast te leggen, zou dit mijn inziens twee voordelen opbrengen. Ten eerste zou dit bijdragen tot de uniciteit van de rechtspraak en bijgevolg leiden tot meer rechtszekerheid. De verzoeker van het omgangsrecht zou dan beter zijn slaagkansen voor de familierechter kunnen inschatten. Ten tweede zou dit leiden tot een grotere bescherming van het kind aangezien het belang van het kind gehanteerd zou worden als criterium waarin de bijzonder ernstige redenen reeds vervat zitten.

⁴¹¹ In geval van moeilijkheden, bijvoorbeeld een belangenconflict tussen het kind en de ouder, kan de familierechter het kind horen of zelfs een voogd aanstellen.

6. Besluit

122. Uit het onderzoek is gebleken dat het onderscheid tussen de principieel en virtueel omgangsgerechtigden niet gerechtvaardigd is en de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel niet kan doorstaan. Een blik over de grens leert ons dat ook in andere rechtsstelsels dit onderscheid niet wordt gehandhaafd. Om deze reden pleit ik voor de invoering van een nieuwe grondslag voor het omgangsrecht. De gewenste grondslag van de omgangsregeling zou niet gelegen zijn in het bestaan van een juridische afstammingsband, maar wel in het bestaan van een socio-affectieve band. Bijgevolg zou iedereen, behoudens de ouders, virtueel omgangsgerechtigd zijn en het bestaan van de bijzonder affectieve band met het kind moeten aantonen. Dit lijkt mij de enige rechtvaardige manier om het omgangsrecht te regelen.

Vandaar dat ik het wetsvoorstel tot wijziging van het burgerlijk wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters, dat de bescherming van de persoonlijke banden tussen de broers en zusters beoogt, te beperkt vind. Het wegwerken van het ongerechtvaardigd onderscheid tussen grootouders enerzijds en broers en zussen anderzijds is slechts het topje van de ijsberg. De andere familieleden en derden, die evenzeer hecht verbonden kunnen zijn met het kind, dienen nog steeds de bijzondere affectieve band te bewijzen. Terwijl de grootouders quasi automatisch een recht op omgang krijgen toegekend, wat naar mijn inziens absurd is.

Uit het rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat de Belgische wetgever er goed aan zou doen indien hij een voorbeeld zou nemen aan het Nederlandse omgangsrecht, aangezien daar geen onderscheid wordt gemaakt. Iedereen, behoudens de ouders, moet de gegrondheidstoets van nauwe persoonlijke betrekkingen met het kind doorstaan om een recht op omgang te bekomen. Bijgevolg is dergelijke regeling conform aan de rechtspraak van het EHRM, die eveneens een familieleven vereist. Tot slot voorziet Nederland in een betere regeling van de weigeringsgronden. Indien de Belgische wetgever zou opteren om dezelfde specifieke lijst met ontzeggingsgronden zoals in art. 1.377a, in fine NBW wettelijk vast te leggen, zou dit mijn inziens twee voordelen teweegbrengen. Ten eerste zou dit bijdragen tot de uniciteit van de rechtspraak en bijgevolg leiden tot meer rechtszekerheid. De verzoeker van het omgangsrecht zou dan beter zijn slaagkansen voor de familierechter kunnen inschatten. Ten tweede zou dit leiden tot een grotere bescherming van het kind aangezien het belang van het kind zou gehanteerd worden als criterium waarin de bijzonder ernstige redenen reeds vervat zitten.

7. Bibliografie

Europa

Wetgeving

Verdrag betreffende de Europese Unie, ondertekend te Maastricht op 7 februari 1992, *BS* 30 oktober 1993, 23.844 (VEU).

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C* 30 maart 2010, afl. 83, 389 (Handvest van de grondrechten).

Verdrag inzake rechten van het kind van 20 november 1989 te New York, *United Nations Treaty Series*, vol. 1577, 3 (Kinderrechtenverdrag).

Internationaal Verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, goedgekeurd door de wet van 15 mei 1981, *BS* 6 juli 1983, 8.815 (BUPO-Verdrag).

Internationaal Verdrag 9 december 1966 inzake economische, sociale en culturele rechten, goedgekeurd door de wet van 15 mei 1981, *BS* 6 juli 1983, 8.808 (ECOSOC-Verdrag).

Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948, *BS* 31 maart 1949, 2.488.

Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 1950, te Rome, *BS* 19 augustus 1955, 5.029 (EVRM).

Protocol Nr. 12 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 2000 te Rome.

Herziene Europees Sociaal Handvest van 3 mei 1996, *BS* 10 mei 2004, 37.405.

Europees Verdrag inzake omgang van en met kinderen van 15 mei 2003, *CETS*, nr. 192.

Vorbereidende documenten

COM(11)160 def.

Beleidvoorbereidende en –ondersteunende documenten

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination*, 10 November 1989, www.refworld.org/docid/453883fa8.html (consultatie 18 maart 2014).

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses*, 27 July 1990, www.refworld.org/docid/45139bd74.html (consultatie 18 maart 2014).

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation*, 8 April 1988, 5, www.refworld.org/docid/453883f922.html (consultatie 18 maart 2014).

Beginselen

Beginselen Van Europees Familierecht Betreffende Ouderlijke Verantwoordelijkheid geraadpleegd op www.ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf (consultatie 18 december 2014).

Rechtspraak

ECRM 20 december 1957, nr. 172/56, YEARBOOK 1, 211 (X. v. Sweden).

EHRM, *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, 1968, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525#{"itemid":\["001-57525"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525#{).

EHRM, *Rasmussen v. Denmark*, 1984, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57563#{"itemid":\["001-57563"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57563#{).

EHRM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, 1985, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57416#{"itemid":\["001-57416"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57416#{).

ECRM, *Angela and Rodney v. United Kingdom*, 1987, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-254#{"itemid":\["001-254"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-254#{).

Mensenrechtencomité V.N. 27 juli 1988, Hendriks/ Nederland, onuitg., aangehaald door P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 634.

EHRM, *Darby v. Sweden*, 1990, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57642#{"itemid":\["001-57642"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57642#{).

EHRM, *Pine Valley Developments Ltd. And Others v. Ireland*, 1991, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57711#{"itemid":\["001-57711"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57711#{).

EHRM, *Hoffmann v. Austria*, 1993, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57825#{"itemid":\["001-57825"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57825#{).

EHRM, *McMichael v. United Kingdom*, 1995, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57923#{"itemid":\["001-57923"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57923#{).

EHRM, *L. v. Finland*, 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-68269-68737#{"itemid":\["003-68269-68737"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-68269-68737#{).

EHRM, *Mazurek v. France*, 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["mazurek"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58456"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

EHRM, *Scozzari and Giunta v. Italy*, 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58752#{"itemid":\["001-58752"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58752#{).

EHRM, *I. and U. v. Norway*, 2004, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Norway","2004."\],"respondent":\["NOR"\],"article":\["8"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-92137"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

EHRM, *Adam v. Germany*, 2008, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["adam"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-90040"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

EHRM, *Mustafa and Armağan Akin v. Turkey*, 2010, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97957#{"itemid":\["001-97957"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97957#{).

EHRM, *Schalk and Kopf v. Austria*, 2010, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{).

Rechtsleer

Boeken

Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Raad van Europa, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht*, Luxemburg, Bureau voor publicaties van de Europese Unie, 2011, 164 p.

Websites

www.ceflonline.net/history/ (consultatie 24 april 2015).

www.ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf (consultatie 18 december 2014).

www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=&DF=&CL=ENG (consultatie 16 december).

www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=192&CM=8&DF=&CL=ENG (consultatie 17 december 2014).

www.conventions.coe.int/treaty/EN/Reports/HTML/192.htm (consultatie 17 december 2014).

www.echr.coe.int/.

www.europarl.europa.eu/aboutparliament/nl/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html (consultatie 18 december 2014).

www.indicators.ohchr.org/ (consultatie 10 maart 2015).

www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx (consultatie 10 maart 2015).

België

Wetgeving

De gecoördineerde Grondwet 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4.054.

Bijz. Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989, 315 (Bijz. Wet Grondwettelijk Hof).

Burgerlijk Wetboek 21 maart 1804, *BS* 3 september 1807.

Gerechtelijk wetboek 10 oktober 1967, *BS* 31 oktober 1967, 11.360.

Wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, *BS* 15 april 1965, 4013 (Jeugdbeschermingswet).

Wet houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de rechten van het kind aangenomen te New York op 20 November 1989, *BS* 17 januari 1992, 803.

Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *BS* 24 mei 1995, 14.484.

Wet 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 28 februari 2003, 9.880.

Wet 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *BS* 20 juni 2006, 31.128.

Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007, 38.575 (MBV-wet).

Wet 13 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *BS* 27 september 2013, 68.429 (Wet familie-en jeugdrechtbank)

Wet 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, *BS* 7 juli 2014, 51.703.

Vorbereidende documenten

Wetsvoorstel (BEAUFAYS) betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St.* Kamer 1993-94, nr. 1430/1.

Wetsvoorstel (BERBEN) inzake een wettelijke omkadering van het omgangsrecht van grootouders met hun kleinkinderen, *Parl.St.* BZ Kamer 1988-89, nr. 848/1.

Wetsvoorstel (VAN VAERENBERGH) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een omgangsrecht voor grootouders met hun kleinkinderen, *Parl.St.* BZ Kamer 1991-92, nr. 85/1.

Wetsvoorstel (MAINGAIN en CAPRASSE) tot wijziging van het burgerlijk wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters, *Parl. St.* BZ Kamer 2014, nr. 0148/001.

Wetsvoorstel (CAHAYANDRÉ, HERZET en BARZIN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* Kamer 2001, nr. 1554/001.

Wetsvoorstel (CAHAYANDRÉ, BARZIN en MAINGAIN) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* Kamer 2003, nr. 0311/001.

Wetsvoorstel (MAINGAIN, MARGHEM, DE PERMENTIER en CLERFAYT) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* Kamer 2007, nr. 0276/001.

Wetsvoorstel (MAINGAIN en THIÉRY) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters. *Parl. St.* Kamer 2010, nr. 0455/001.

Amendement nr. 6 (BEAUFAYS) op het voorstel van wet betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St.* Kamer 1993-94, nr. 1430/2.

Amendement nr. 12 (BEAUFAYS en STENGERS) op het voorstel van wet betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *Parl. St.* Kamer 1993-94, nr. 1430/2.

Hand. Kamer 1993-1994, nr. 1430/4.

Hand. Kamer 1993-1994, nr. 1430/5.

Hand. Senaat 1994-95, nr. 1270/1.

Hand. Senaat 1994-95, nr. 1270/2.

Hand. Senaat 1994-95, nr. 62-63.

Rechtspraak

Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, *JLMB* 1989, 1366.

Arbitragehof 18 november 1989, nr. 117/98, *TBP* 1999, 203.

Arbitragehof 13 juli 1989, nr. 21/89, *JT* 1990, 2.

Arbitragehof 10 november 1990, nr. 120/99, www.const-court.be/public/n/1999/1999-120n.pdf.

Arbitragehof 9 november 2005, nr. 162/2005, *AA* 2005, 2073.

GwH 5 februari 2009, nr. 14/2009, www.const-court.be/public/n/2009/2009-014n.pdf.

Cass. 14 oktober 1915, *Pas.* 1916, I, 455, concl. TERLINDEN.

Cass. 25 september 1930, *Pas.* 1930, I, 310.

Cass. 22 september 1966, *Pas.* 1967, I, 83.

Cass. 11 januari 1973, *Pas.* 1973, I, 488.

Cass. 4 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 767.

Cass. 4 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1378.

Cass. 16 januari 2009, *T. Fam* 2009, 91, noot R. VASSEUR.

Antwerpen 18 januari 2001, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 715.

Antwerpen 17 mei 2001, onuitg., aangehaald door aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 715.

Antwerpen (3^{de} bis k.) 26 juni 2001, onuitg., aangehaald door aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 717.

Antwerpen 4 maart 2004, *RW* 2005-06, 1309.

Antwerpen 21 april 2005, *RW* 2005-06, 745, noot F. SWENNEN.

Antwerpen 3 januari 2007, *NJW* 2007, 704, noot G. VERSCHULDEN.

Bergen 6 december 1979, *RTDF* 1980,292.

Bergen 25 mei 2004, *RTDF* 2006, 1233

Bergen 8 juni 2011, *RTDF* 2011, 721.

Brussel 12 september 2002, *NJW* 2002, 392, noot R. DE CORTE.

Brussel 27 mei 2004, *NjW* 2004, 918, noot G. VERSCHULDEN.

Brussel 7 oktober 2004, *RTDF* 2005, 844.

Brussel (19^{de} k.) 18 februari 2005, *EJ* 2005, 43, noot A. DE WOLF.

Brussel (Jeugd k.) 22 april 2005, *RTDF* 2007, 200 noot M. FALLON.

Brussel 25 maart 2009, *RW* 2009-10, 1689, noot L. STEVENS;

Brussel (31^e k.) 5 januari 2010, *RTDF* 2011, 411.

Gent 30 juni 1989, *RTDF* 1990, 74.

Gent (11^{de} k.) 28 februari 2000, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 715.

Gent (11^{de} k.) 4 september 2000, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 715.

Gent (15^{de} k.) 2 oktober 2000, *TJK* 2001, 114, noot G. DECOCK.

Gent (11^{de} k.) 4 september 2000, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, *TPR* 2007, 715.

Gent 7 februari 2005, *NJW* 2006, 36, noot G. VERSCHULDEN.

Gent 3 maart 2008, *NJW* 1995, 82.

Gent 17 juni 2010, *TGR* 2011, 341.

Luik 30 juni 1983, *RTDF* 1986,94.

Luik 2 december 1974, *Pas.* 1975, II, 78.

Luik 23 december 1996, *JDJ* 1997, 87.

Jeugd rb. Hoei 11 mei 1989, *JT* 1990, 261.

Jeugd rb. Luik 1 april 1974, *JL* 1974-75,44.

Jeugdrb. Gent 28 januari 2000, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, TPR 2007, 721.

Jeugdrb. Gent 31 januari 2000, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, TPR 2007, 714.

Jeugdrb. Gent 25 februari 2000, *TJK* 2001,77.

Jeugdrb. Gent (27ste k.) 2 januari 2002, onuitg., aangehaald door K. VERSTRAETE, *Gezag over de persoon van de minderjarige*, TPR 2007, 720.

Jeugdrb. Gent 28 november 2007, *T. Fam* 2009, 77, noot R. VASSEUR.

Jeugdrb. Kortrijk 18 maart 1997, *Journ. Proc.* 1997, 16, noot L. VERSLUYS.

Jeugdrb. Charleroi (15^{de} k.) 24 juni 2008, *RTDF* 2010, 687.

Jeugdrb. Mechelen 28 april 2004, noot P. BORGHS.

Jeugdrb. Mechelen (8^e k.) 29 april 1998, *AJT* 1989-90, 389, noot K. JACOBS.

Jeugdrb. Bergen 2 oktober 2001, *RTDF* 2002, 340.

Jeugdr. Nijvel 11 januari 2000, *JT* 2000, 428.

Jeugdrb. Brussel 28 mei 1999, *RTDF* 2000,455.

Jeugdrb. Namen (17^{de} k.) 22 oktober 2002, *JDJ* 2004,43.

Jeugdrb. Nijvel 22 september 1998, *JDJ* 1999, 41, noot B.VAN KEIRSBILCK.

Jeugdrb. Turnhout 8 februari 2012, *Juristenkrant* 2012, 16, noot P. BORGHS.

Jeugdrb. Leuven 29 november 2005, *RW* 2006-07, 483, noot A. HUYGENS.

Arbh. Brussel 7 november 1985, *RW* 1986-87, 876.

Voorz. Rb. Turnhout 29 maart 2012, *Juristenkrant* 2012, 16, noot P. BORGHS.

KG Dinant 18 augustus 2008, *TJK* 2009, 354.

Vred. Westerlo 16 juni 2008, *NJW* 2008, 652, noot G. VERSCHULDEN.

Vred. Westerlo 16 juni 2008, *TPR* 2009,116

Rechtsleer

Boeken

ALEN, A. en LEMMENS, P. (ed.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 200 p.

ALEN, A. en MUYLLE, K., *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1055 p.

BAETEMAN, G. en BAMPS, C., *De nieuwe wet betreffende het co-ouderschap: Parlementaire voorbereiding van de Wet van 13 april 1995 met een inleidende commentaar*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 187 p.

BAYART, C., *Discriminatie tegenover differentiatie: Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet- Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn* in *Bibliotheek Sociaal Recht Larcier*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2004, 551 p.

BORGHS, P. en GYDÉ, A. (ed.), *Juridische gids over ouderschap voor holebi's en transgenders*, Brussel, Gelijke kansen in Vlaanderen, 2010, 110 p.

BOSSUYT M. en WOUTERS J., *Grondlijnen van het internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1086 p.

BOSSUYT, M., *De betekenis van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten voor de interne rechtsorde*, Antwerpen, Maklu, 1993, 117 p.

CARRÉ, D., DEGRAVE, S., GALLUS, N., HIERNAUX, G., MASSAGER, N. en PFEIFF, S., *Droit des personnes et des familles: chronique de jurisprudence 2005-2010*, Brussel, Larcier, 2012, 1049 p.

DE PRINS, D., SOTTIAUX, S. en VRIELINK, J., *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 593 p.

DE WOLF, A., "De nieuwe regeling van het omgangsrecht" in P. Senaevé, *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 236 p.

DELI, D., "Nieuw recht. 1 : Het co-ouderschap en het omgangsrecht betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag" in X.,; *Teksten uieenzettingen 1995-1996*, Wilrijk, UIA, Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten, 1996, 15 p.

GERLO, J., DE GROOTE, E. en WYLLEMAN, A., "De uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht (Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag)" in *Gandavus Actueel I*, Gent, Story-Scientia, 1995, 132-152.

GOEGEBUER, M. (ed.) en DE WOLF, A., "Commentaar bij art. 375bis BW" in X., *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I. Burgerlijk Wetboek, Boek I. Personen, Titel IX. Ouderlijk gezag, afd. I., 1-31*, Mechelen, Kluwer, 2011, 30 p.

HENARD K., *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 450 p.

LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 771 p.

LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht : in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 901 p.

MASSAGER, N., *Droit familial de l'enfance: filiation, autorité parentale, hébergement: nouvelles lois, nouvelles jurisprudences*, Brussel, Bruylant, 2009, 616 p.

POPELIER, P., *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 426 p.

SENAEVE, P. (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 285 p.

SENAEVE, P. en HERBOTS, K., *Rechtspraak personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 1998, 376 p.

SENAEVE, P. en BEKKERS, A., "De wet betreffende de familie- en jeugdrechtbank: commentaar, gesystematiseerde uittreksels uit de voorbereidende werken en gecoördineerde wetteksten" in *Nieuwe wetgeving parlementaire voorbereiding 2014*, VII, 696 p.

SENAEVE, P., *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 671 p.

SENAEVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHULDEN, G. (eds), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 310 p.

SWENNEN, F., *Familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 299 p.

THEUNIS J., "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen" in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, 1996/1997, 129-181.

VAN GRUNDERBEECK, D., *Beginselen van personen-en familierecht, een mensenrechterlijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 763 p.

VAN GYSEL, A. (ed.), *Droit familial: actualité législative et jurisprudentielle*, Brussel, Bruylant, 2004, 184 p.

VANDE LANOTTE, J. en GOEDÉRTIER, G., *Inleiding tot het publiekrecht handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 1470 p.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1828 p.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM: Deel 1 Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 949 p.

VANDE LANOTTE, J., GOEDÉRTIER, G. en DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 1470 p.

VANDE LANOTTE, J., GOEDÉRTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch Publiekrecht; Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 791 p.

VERSCHELDEN, G., *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 840 p.

Tijdschriften

BAETEMAN, G. en GERLO, J., "Overzicht van rechtspraak (1975-1980) personen- en familierecht", *TPR* 1981, 749-592.

BAETEMAN, G., GULDIX, E., GERLO, J., DE MULDER, W. en DE WIT, R., "Overzicht van de rechtspraak personen- en familierecht 1981-1987", *TPR* 1988, 514-624.

BAETEMAN, G., GULDIX, E., GERLO, J., WYLLEMAN, A., DE SAEDELEER, V. en JACOBS, K., "Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1988-1994" *TPR* 1994, 2073-2362.

BORGHS, P., "Rechtspositie meemoeder. Van adoptieve naar oorspronkelijke juridische afstamming", *NJW* 2013, 382-408.

BROUWERS, S., "Uitoefening ouderlijk gezag, recht op persoonlijk contact en EOT", *Not.Fisc.M.* 2010, 201-247.

DELI, D., "De uitdrukkelijke wettelijke erkenning van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en van het recht op persoonlijk contact", *RW* 1996-1997, 1-7.

DEMEYERE, B., Van DORPE, M. en Verrijdt W., "De rol van de rechter in het familierecht,

EGGERMONT, S., "Het recht op persoonlijk contact van de lesbische meemoeder gevangen tussen artikel 223 BW en artikel 375bis BW?" (noot onder Vred. Westerlo 16 juni 2008 en Rb. Turnhout 6 april 2009), *T.Fam.* 2009, 118-124.

HEPS, R., "Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling" (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 286-293.

HEPS, R., "Het recht van broers en zussen om niet van elkaar te worden gescheiden: een reeds bestaand recht?", *TJK* 2011, 24-34.

HEPS, R., "Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact?" (noot onder Antwerpen 1 maart 2010), *T.Fam.* 2010, 196-204.

JACOBS, K., "Het omgangsrecht in België en Nederland", *TPR* 1996, 827-882.

MENGELS, D., "De houdbaarheidsdatum van de klassieke gezinsvorm verstreken voor de nabestaandenuitkeringen?", *TSR* 2006, 613-658.

NUYTINCK, H., "het bezoekrecht van grootouders en de wettiging door adoptie" (noot onder Cass. 4 maart 1967), *RW* 1976-77, 291.

RIMANQUE, K., "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *RW* 1992-93, 6-15.

SENAEVE, P., "Het hoorrecht van minderjarigen sinds de wet op de familie-en jeugdrechtbank", *T. Fam.* 2014, 176-195.

SOTTIAUX, S., "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, 690-702.

STEVENS, L. "Het recht op persoonlijk contact met de lesbische meemoeder: een recht voor het kind?" (noot onder Brussel 25 maart 2009), *RW* 2009-10, 1692-1703.

STEVENS, L.;, "Het recht op persoonlijk contact met de lesbische meemoeder: een recht voor het kind?" (noot onder cass. 16 januari 2009), *RW* 2009-10, 1689 en 1692.

VANLERBERGHE, B., "Ongangsrecht in het licht van art. 8 E.V.R.M", *Jura Falc.* 1990-91, 147-176.

VANLERBERGHE, B., "Ongangsrecht in het licht van art. 8 E.V.R.M", *Jura Falc.* 1990-91, 147-176.

VASSEUR, R., "Hof van Cassatie verduidelijkt draagwijdte 'bijzonder affectieve band' ex artikel 375bis BW" (noot onder Cass. 16 januari 2009, AR C.07.0563.N.), *T.Fam* 2009, 91.

VASSEUR, R., "Overgrootouders: principieel of virtueel omgangsgerechtigden?" (noot onder Jeugdrb. Gent 28 november 2007), *T.Fam.* 2009, 79-80.

VERHELLEN, E., "Dossier: 18 jaar IVRK (1989-2007): Het Verdrag inzake de rechten van het kind meerderjarig: Enkele beschouwingen over de implementatie in België", *TJK* 2008, 11-40.

VERSCHELDEN, G. "Artikel 223 B.W. als rechtsgrond voor het principiële (?) recht op persoonlijk contact van een lesbische stiefmoeder" (noot onder Vred. Westerlo 16 juni 2008), *NJW* 2008, 652.

VERSCHELDEN, G., "Vrederechter acht lesbische stiefmoeder principieel contactgerechtigd", *Juristenkrant* 2008, 4-5.

VERSCHELDEN, G., "Lesbische ex-partner krijgt ruim omgangsrecht" (noot onder Jeugdrb. Mechelen 28 april 2004), *Juristenkrant* 2004, 13.

VERSTRAETE, K., "Gezag over de persoon van de minderjarige", *TPR* 2007, 674-742.

VINCK, B., "Recht op persoonlijk contact" in G. VERSCHELDEN, K. BOONE, W. SEGERS, S. Brouwers en L. Pluym, *Overzicht van rechtspraak familierecht 2007-2011*, *TPR* 2012, 1507-2139.

Websites

www.belgium.be.

www.belgiumlex.be.

www.const-court.be.

www.dekamer.be.

www.senat.be.

Nederland

Wetgeving

Nederlands Burgerlijk Wetboek.

Rechtspraak

Hoge Raad 30 november 2007, *LJN* BB9094.

Rechtsleer

Boeken

KOENS, M.J.C. en VONKEN, A.P.M.J., *Personen- en familierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2010, 2587 p.

KOENS, M.J.C., BLANKMAN, K. en DE BRUIJN-LUCKERS, M.L.C.C., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk-Willink, 1995, 120.

WORTMANN, S.F.M. en VAN DUJVENDIJK-BRAND, J., *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 377 p.

Tijdschriften

BOELE-WOELKI, K., "The principles of European family law: its aims and prospects", *Utrecht Law Review* 2005, 160-168.

Websites

www.rechtspraak.nl (consultatie 15 november 2014).

www.wetten.overheid.nl/BWBR0002656/Boek1/Titel15/geldigheidsdatum_10-10-2014 (consultatie 10 oktober 2014).

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Het (on)gerechtvaardigd onderscheid tussen principieel en virtueel omgangsgerechtigden. Een rechtsvergelijkende analyse

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2015**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Maraszek, Joanna

Datum: **15/05/2015**