

Ontwikkelingen in de rechtspraak over de ongehuwde verwekker: tips voor de praktijk en vragen voor de wetgever

EB 2023/81

1. Inleiding

Steeds meer kinderen worden geboren uit niet-gehuwde ouders.² De rechtspositie van kinderen en de tweede ouder is afwijkend van die van gehuwde families. Met de wet gezamenlijk gezag bij erkenning is het verschil met kinderen geboren in een formele relatie wel kleiner geworden.³ Toch blijven er verschillen. Ouderschap ontstaat, anders dan in geval van huwelijk, voor de tweede ouder niet van rechtswege. De vader/tweede moeder⁴ moet – met toestemming van de moeder – het kind erkennen om een juridische afstammingsband te laten ontstaan. Erkennen is laagdrempelig qua kosten en inspanning, en kan ook voor de geboorte. Toch doen niet alle ouders dat. Daar kunnen veel redenen voor zijn. Als de relatie van de ouders schipbreuk lijdt (of zij hebben nooit een serieuze relatie gehad) en het kind door een ander wordt erkend, moet de rechter eraan te pas komen om de familierechtelijke betrekking tussen het kind en die derde te verbreken, zodat de verwekker het kind alsnog zelf kan erkennen.⁵ Hoe gaat de rechtspraak om met dit soort gevallen en welke lessen zijn er voor de praktijk en wetgever te trekken uit een analyse van de jurisprudentie? Hiertoe zijn vierendertig uitspraken geanalyseerd uit de periode 2018–begin 2023,⁶ waarvan veertien op rechtbankniveau, negentien bij de hoven en een van het gerecht in eerste aanleg Curaçao.

2. Jurisprudentie-analyse

2.1 Strikte of minder strikte maatstaf?

Bij de strikte maatstaf worden de belangen van de verwekker afgewogen tegen die van de moeder. Het belang van het kind wordt door de Hoge Raad niet genoemd in zijn uitspraak van 2004. Het is de vraag of dat in lijn is met de internationale normen, maar rechters wegen dit vaak toch mee (zie hierna). Bij de minder strikte maatstaf worden de belangen van het kind wel genoemd.

In 26 uitspraken was er sprake van een verzoek van de verwekker de vernietiging van de door de derde gedane erkenning en vervangende toestemming tot erkenning voor hemzelf. De wettelijke basis waarop het verzoek wordt gedaan wordt daarbij geregeld niet genoemd. Het zou mooi zijn als in het verzoekschrift duidelijk werd gemaakt dat het een verzoek is ex artikel 1:204 lid 3 BW in combinatie met artikel 1:205, waar de rechtspraakregel van de HR 2004 een rechtsingang voor de verwekker geeft. Het maakt de kans op ongelukken kleiner (zie hierna).

In het merendeel van de zaken paste de rechter de strikte maatstaf toe. Op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad ziet de strikte maatstaf op het geval dat de verwekker tijdig een verzoek heeft kunnen doen tot vervangende toestemming, maar dit (onverschoonbaar) heeft nagelaten. Noodzakelijk is wel dat de man weet dat er een kind geboren is, nog leeft⁷ en dat hij de vermoedelijke verwekker is. In de onderzochte zaken loopt de periode tussen de geboorte van het kind en de wens tot erkenning uiteen van minder dan een jaar tot zeven jaar na de geboorte. Dat tijdsverloop is echter niet per se maatgevend, want de klok begint te tellen bij de eerste mogelijkheid die de verwekker heeft om een procedure te starten. Zo is de strikte maatstaf toegepast in het geval de moeder slechts vijf dagen na de geboorte toestemming aan de erkenner heeft gegeven, maar de verwekker vervolgens twee jaar wacht met stappen zetten om daar wat aan te doen.⁸ Ook is de strikte maatstaf toegepast in geval van een prenatale erkenning, waar de verwekker wel snel actie heeft ondernomen (een maand na de DNA-test).⁹ Dat is mijns inziens te streng, maar omdat de bijzondere curator in die zaak ook een verzoek tot vernietiging van de

1 Wendy Schrama is hoogleraar familierecht en rechtsvergelijking aan de Universiteit Utrecht. Wendela Bos is masterstudent privaatrecht aan de Universiteit Utrecht. Dit artikel is gedeeltelijk gebaseerd op een scriptieonderzoek dat Wendela Bos onder begeleiding van Wendy Schrama heeft geschreven.

2 Waar gesproken wordt van huwelijk, gehuwden etc. wordt tevens verstaan geregistreerd partnerschap.

3 Wet van 7 juni 2022 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet basisregistratie personen in verband met het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag door erkenning, *Sib.* 2022, 242.

4 Hierna wordt slechts ingegaan op de verreweg meest voorkomende situaties, waarin het gaat om de erkenning door een derde van het kind van de verwekker.

5 Zie ook: E.C.C. Punselie, 'Erkenning van een kind door een derde', *EB* 2021/99, afl. 11/12, p. 193-199; W.M. Schrama, 'Over vaders, seks en afstamming: het afstammingsrecht voor verwekkers kritisch beschouwd', *AA* 2016/0212, p. 212-218 en W.M. Schrama, 'Aanpassing afstammings- en gezagsrecht gewenst voor ongehuwd samenwonende ouders', *Justitiële Verkenningen* 2016, nr. 4, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 30-44.

6 Hier is geselecteerd op het rechtsgebied personen- en familierecht in de periode van 01-01-2018 tot en met 31-12-2022. De zoektermen waren achtereenvolgens: 'verwekker', 'vernietiging erkenning', 'vervangende toestemming' en '1:205'. De uitkomst bedroeg 49 zaken waarvan 15 vijftien irrelevant bleken te zijn.

7 Rb. Noord-Holland 15 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1179, waar de moeder de verwekker vertelde dat het kind drie maanden na de geboorte was overleden, wat niet het geval was.

8 Hof Den Haag 2 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:222.

9 Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 22 september 2022, ECLI:NL:OGEAC:2022:266. Verzoek ingediend ongeveer een maand na de uitslag van de DNA-test.

erkenning had ingediend, komt het uiteindelijk toch goed voor de verwekker.

Verwekkers komen met uiteenlopende verklaringen waarom ze niet eerder in actie gekomen zijn: geen geld om een procedure te beginnen,¹⁰ hun leven niet op orde en eerst aan zichzelf moeten werken,¹¹ of dat de advocaat dat het afgeraden.¹² Dit komt voor rekening van de verwekker. Hoe groot het tijdsverloop is, lijkt niet veel uit te maken voor de kans voor de verwekker om, als eenmaal de strikte maatstaf wordt toegepast, zijn zin te krijgen.

Tijdsverloop is wel een factor bij de vraag welke maatstaf moet worden toegepast. Van de 26 zaken werd in zeven zaken de minder strikte maatstaf toegepast. In deze gevallen werd de verwekker niet in staat geacht (tijdig) vervangende toestemming te verzoeken.¹³ In twee zaken was het kind kort na de geboorte door een derde erkend.¹⁴ De verwekker was daarvan niet op de hoogte en wist toen ook niet dat hij de (vermoedelijke) verwekker was en hoefde¹⁵ dit niet redelijkerwijs te verwachten. In twee andere zaken werd geoordeeld dat de minder strikte maatstaf van toepassing was, omdat het kind reeds voor de geboorte was erkend door een ander.¹⁶

Van de zeven minder strikte maatstaf-zaken werd in vijf zaken geoordeeld dat het belang van de verwekker en het kind bij een erkenning van hun biologische band zwaarder woog dan de belangen van de moeder om de bestaande erkenning in stand te laten; ook het belang van identiteitsontwikkeling van het kind wordt genoemd.¹⁷ Bij de verzoeken die werden afgewezen, oordeelde de rechter dat de moeder in redelijkheid toestemming heeft kunnen geven aan de niet-verwekker,¹⁸ onder meer vanwege bestaand familieleven met de erkenner en een gezin waar ook andere kinderen opgroeien.¹⁹

Als aan de hand van een van beide maatstaven wordt bepaald dat het verzoek om vervangende toestemming te verkrijgen ontvankelijk is, is daarmee nog niet gezegd dat het moet worden toegewezen.

10 Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:38.

11 Rb. Den Haag 18 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:611; Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:38.

12 Rb. Limburg 13 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9980.

13 Rb. Den Haag 16 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15452, betrof een minderjarige verwekker, die nog niet mocht erkennen.

14 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:193; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11134.

15 Het kind is geboren en erkend in 2017 en het verzoek tot vernietiging van de erkenning is door de verwekker op 29 augustus 2017 ingediend; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11134.

16 Rb. Noord-Holland 15 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1179 en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:790.

17 Rb. Den Haag 16 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15452; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:790; Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:958; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:11134 en Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2153.

18 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:193 en Rb. Noord-Holland 15 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1179.

19 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:193 en Rb. Noord-Holland 15 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1179.

2.2 Voorwaardelijke toestemming en ontorechte toepassing artikel 1:205 BW

In drie zaken werd de gegeven toestemming van de moeder aan de niet-verwekker door de rechter gezien als een voorwaardelijke toestemming.²⁰ In twee zaken had de man al een verzoek tot vervangende toestemming ingediend toen het kind werd erkend door een andere man.²¹ In de derde zaak had de verwekker voorafgaand aan de gegeven toestemming van de moeder aan de ander, via zijn advocaat een brief aan de moeder verstuurd met daarin het verzoek om de kinderen te erkennen.²² De door de Hoge Raad bepaalde driemaandentermijn loopt vanaf het moment dat de verwekker zekerheid heeft over zijn verwekkerschap.²³ In een zaak had de verwekker gereede twijfel over zijn verwekkerschap, aangezien de moeder in de conceptieperiode van het kind zowel met hem als met haar ex-man seks had gehad. Daarna wilde de moeder lang niet meewerken aan een DNA-test. De verwekker heeft wel binnen drie maanden nadat hij zeker was van zijn verwekkerschap een verzoek tot vervangende toestemming ingediend. Het verzoek tot vervangende toestemming werd toegewezen via artikel 1:204 lid 3 BW en de eerdere erkenning werd doorgehaald.²⁴ In de andere twee zaken beoordeelde de rechter in de verzoeken echter niet via artikel 1:204 lid 3 BW, maar als verzoeken tot vernietiging van de erkenning ex artikel 1:205 BW. In beide zaken leidde de toepassing van de strikte maatstaf tot het oordeel dat van misbruik van bevoegdheid door de moeder geen sprake was. In beide zaken was er sprake van een erkenning hangende de procedure over de vervangende toestemming. Deze beslissing en zijn juridisch onjuist, omdat de strikte of minder strikte maatstaf in dat geval helemaal niet relevant is. Aan toepassing van artikel 1:205 BW komen we pas toe als het verzoek van de verwekker tot vervangende toestemming ex artikel 1:204 BW niet-ontvankelijk zou zijn. Maar omdat de Hoge Raad heeft bepaald dat de toestemming die de moeder aan de erkenner heeft gegeven, nadat de verwekker een procedure is gestart, als voorwaardelijk moet worden aangemerkt, kan dat verzoek van de verwekker gewoon worden ontvangen. De verwekkers hadden hier dus ten onrechte te maken met een te strenge maatstaf en dat leidde tot afwijzing van de verzoeken. Of de uiteindelijke uitkomst anders was geweest als de verzoeken gewoon ex artikel 1:204 lid 3 BW waren beoordeeld, is moeilijk te zeggen.

2.3 Verwekker haalt de drempel (niet): wat dan?

Twee vragen zijn van belang: 1) wat is het gevolg van een negatieve beoordeling van het verzoek tot vernietiging van erkenning door de verwekker? en 2) als de drempel van ontvankelijkheid gepasseerd is (door de verwekker, maar

20 Rb. Den Haag 18 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:611; Rb. Amsterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8338 en Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2838.

21 Rb. Den Haag 18 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:611; Rb. Amsterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8338 en Rb. Zeeland-West-Brabant 2 april 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1629.

22 Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2838.

23 HR 15 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3196.

24 Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2838.

hetzelfde geldt voor een verzoek van de bijzondere curator), hoe moet de rechter dan beoordelen of het verzoek tot vernietiging van de erkenning voor toewijzing in aanmerking komt? Het is van belang om een duidelijk onderscheid tussen deze stappen te maken.

Wat is het gevolg van een negatieve beoordeling van het verzoek van de verwekker: niet-ontvankelijkheid van het verzoek van de verwekker of afwijzing van het verzoek? Beide opties komen voor in de rechtspraak. Naar mijn idee zou niet-ontvankelijkheid het gevolg moeten zijn.²⁵ Gelet op het feit dat het bestaan van de rechtsingang van de verwekker afhankelijk is van een positieve beantwoording, is daaraan in negatieve gevallen niet voldaan en zou dus niet-ontvankelijkheid moeten volgen en niet afwijzing van het verzoek.²⁶

Het volgende punt hang hiermee samen: hoe moet een verzoek tot vernietiging van erkenning beoordeeld moet worden, als op basis van de strikte of minder strikte maatstaf is geoordeeld dat het verzoek ontvankelijk is? De wettekst van artikel 1:205 (aanhef) BW is glashelder: de *enige* grond voor toewijzing van het verzoek tot vernietiging van de erkenning is dat de erkenner niet de biologische ouder van het kind is. Omgekeerd lijkt dit te betekenen dat afwijzing van het verzoek niet mogelijk is als de verwekker (of de bijzondere curator namens het kind) eenmaal de drempel van ontvankelijkheid over is. Er is namelijk op basis van de wettekst geen enkele manoeuvreerruimte voor een belangenafweging. Per definitie is de verwekker in onze casus de biologische vader en de erkenner dus niet. In veel uitspraken wordt aan dit punt voorbijgegaan. Het is echter van belang om expliciet te benoemen dat voldaan is aan de grond die aan het verzoek ten grondslag ligt dat de erkenner niet de biologische vader is van het kind.

Pas daarna komt de vraag op of er, ondanks het feit dat de wet die ruimte niet biedt, er toch een belangenafweging gemaakt mag/moet worden. In de rechtspraak wordt vaak een belangenafweging gemaakt, al dan niet op basis van de strikte en minder strikte maatstaf.²⁷ Dat laatste is naar mijn idee niet correct: eerst dient de vraag naar de ontvankelijkheid positief beantwoord te worden, en dan komt de inhoudelijke beoordeling. De vraag is welke maatstaf daarvoor geldt (aangenomen dat aan de grond dat de erkenner niet de biologische vader is, is voldaan). Daar spelen mensen- en kinderrechten een belangrijke rol.²⁸ De vraag in hoeverre de afstammingsregels die geen ruimte laten voor een

belangenafweging voldoen aan mensenrechtenbepalingen, is eerder al opgeworpen.²⁹

Ook hier is die vraag relevant: er wordt namelijk doorgaans een inbreuk gemaakt op het familie- en gezinsleven van de erkenner. De juridische band met het kind wordt mogelijk doorgesneden. Dat vraagt om het laten meewegen van de belangen van de erkenner en de inbreuk op zijn familielevens moet gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld omdat de belangen van het kind en/of verwekker zwaarder wegen. In de rechtspraak worden echter de belangen van de erkenner doorgaans in geen van beide scenario's (strikt en minder strikt) meegewogen; vanuit artikel 8 EVRM bezien – als er familielevens is tussen erkenner en kind – is dit kwetsief. In 23 zaken is de erkenner als belanghebbende aangemerkt. In negen zaken behoorde de erkenner tot een van de procespartijen, zes keer als verweerder³⁰ en drie keer als verzoeker.³¹ In twee zaken is de procespositie van de erkenner niet bekend.³² Ook het respect voor het gezinsleven van de moeder speelt in de doorsneegevallen een rol, juist omdat dit conflictsituaties zijn. De belangen van de moeder worden bij toepassing van beide maatstaven meegewogen. Niet snel wordt geoordeeld dat angst voor de verwekker zo zwaar weegt dat dit aan erkenning in de weg staat.³³ Of dit altijd conform de internationale normen over bescherming van vrouwen tegen geweld van mannen is, valt te betwijfelen.³⁴ Ook wordt het argument door moeders genoemd dat het vestigen van een afstammingsband de deur opent naar gezag en omgang. Daaraan wordt vaak – mijns inziens wel makkelijk – voorbijgegaan.³⁵ De vrees is niet onterecht, want van de 34 geanalyseerde zaken heeft de verwekker in veertien zaken in diezelfde procedure een verzoek tot gezamenlijk gezag ingediend, al leidde dat slechts in een zaak tot een toewijzing.

De verwekker heeft niet in alle gevallen *family life* met het kind. Maar als er *family life* is, volgt daaruit ook dat zijn belangen moeten worden meegewogen. Het zwaarst wegen echter de belangen van het kind (artikel 3 IVRK), inclusief zijn recht op bescherming van zijn *family life*. Wat dan in deze zaken precies in het belang van het kind is, is niet zo simpel te zeggen. De wetgever heeft als uitgangspunt in artikel 1:205 BW geformuleerd dat biologische afstamming van de verwekker voorgaat op sociaal ouderschap van de erkenner als er conflict is tussen de betrokkenen. Dit heeft

25 Zie bijv. Hof Amsterdam 4 mei 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1437 (niet-ontvankelijkheid verzoek vernietiging erkenning, afwijzing verzoek vervangende toestemming), Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9405 (niet-ontvankelijkheid verzoek vernietiging erkenning, afwijzing verzoek vervangende toestemming).

26 Hof Amsterdam 27 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2730 (afwijzing verzoek verwekker omdat de moeder geen misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt).

27 Bijv. Rb. Noord-Holland 15 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1179; Rb. Limburg 23 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9980 en Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:38.

28 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9328.

29 S. Bou-Sfia, "Het verbreken van de afstammingsband, 'Nimmer een weegschaal nodig', *FJR* 2017, nr. 7/8. p. 203-210.

30 Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6298; Rb. Midden-Nederland 16 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2021:6131; Rb. Noord-Holland 15 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1179; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9405; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9404 en gerecht in eerste aanleg van Curaçao 22 september 2022, ECLI:NL:OGEAC:2022:266.

31 Rb. Zeeland-West-Brabant 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4537; Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:193 en Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2838.

32 Rb. Den Haag 18 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:611 en Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2153.

33 Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:790 en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11134.

34 Zoals het Verdrag van Istanbul en het VN-Vrouwenverdrag.

35 Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9328.

de wetgever – zo mogen we aannemen – mede in het belang van het kind geoordeeld. Het belang van biologische afstamming en het recht een juridische afstammingsband met het kind te hebben, komen vaak naar voren in de rechtspraak. In dat kader wordt vaak het belang van de identiteitsontwikkeling van het kind genoemd, zijn recht om te weten van wie hij afstamt en dat officieel wordt vastgelegd wie zijn vader is.³⁶ In deze context is het relevant dat in de onderzochte zaken uit de uitspraak viel af te leiden dat van de 36 kinderen er negentien al wisten dat de verwekker hun biologische vader was en (regelmatig) contact met hem hadden of dat in het verleden hadden gehad.

Opvallend is dat het recht op het *behoud* van identiteit van het kind – dus het in stand laten van de band met de erkenner – niet vaak wordt geïdentificeerd en meegewogen,³⁷ hetgeen mijns inziens wel zou moeten op basis van artikelen 3, 7 en 8 IVRK.³⁸ Wel wordt soms genoemd dat het belang van het kind dat zijn afstamming conform de biologie wordt vastgesteld zwaarder weegt dan zijn belang de band met de erkenner in stand te houden.³⁹

2.4 Een voorbeeld(ige) uitspraak

Een voorbeeld van een goed gemotiveerde beslissing is een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West Brabant.⁴⁰ De rechtbank overweegt dat het verzoek van de bijzondere curator om de erkenning te vernietigen voldoet aan de in artikel 1:205 lid 1 BW genoemde wettelijke vereiste voor vernietiging van de erkenning (de verwekker is namelijk de biologisch vader), zodat dit verzoek in beginsel voor toewijzing gereed ligt. De wettekst van artikel 1:205 BW lijkt – aldus de rechtbank – immers in beginsel geen ruimte te laten voor een belangenafweging in zaken over de vernietiging van een erkenning. De rechtbank vervolgt met een verwijzing naar het recht op familie- en gezinsleven ex artikel 8 EVRM en het belang van het kind ex artikel 3 IVRK. Vervolgens identificeert de rechtbank de belangen van de moeder, de erkenner, de verwekker en het kind. Ten aanzien van het kind identificeert de rechtbank meerdere belangen die een rol spelen. Enerzijds zijn er belangen gelegen in het behoud van zijn identiteit en alle gevolgen die aan het vaderschap van de erkenner verbonden zijn. Indien de erkenning wordt vernietigd wordt die erkenning geacht nooit gevolgd te hebben gehad. Het gevolg hiervan is niet alleen dat de juridische positie tussen kind en erkenner zal veranderen, maar ook dat (mogelijk) gevoelsmatig meer afstand komt tussen de erkenner en het kind. Anderzijds heeft het kind belang bij duidelijkheid over zijn afstamming en heeft het kind er recht op dat de juridische situatie zoveel mogelijk overeenstemt met de biologische werkelijkheid. De rechtbank komt tot het oordeel dat het belang van het kind bij duidelijkheid

over zijn afstamming en het in overeenstemming brengen van de juridische situatie met de biologische werkelijkheid zwaarder woog dan het belang van het kind bij behoud van zijn huidige identiteit en alle gevolgen die aan het vaderschap van de erkenner verbonden waren.

Dit is een prachtige beschikking. Als kers op de taart zou nog verwezen kunnen worden naar de artikelen 7 en 8 IVRK.

2.5 Wat als de vervangende toestemming niet tot erkenning leidt?

Een nieuwe situatie die bij mijn weten nog niet in de literatuur gesignaleerd is, betreft het geval dat de verwekker uiteindelijk vervangende toestemming heeft gekregen, maar het kind vervolgens niet gaat erkennen. Na een bepaalde periode gaf de moeder opnieuw toestemming aan een andere man om het kind te erkennen. Daarop kwam de verwekker wederom in actie met een nieuw verzoek. Dat ligt echter ingewikkelder, want een nieuw verzoek tot vervangende toestemming kan niet worden toegewezen, omdat die toestemming er al is. Hoe gaat het dan?

In een zaak werd verzocht om vernietiging van de erkenning en oordeelde de rechter dat de erkenning nietig was nu de moeder geen geldige toestemming had kunnen geven, gelet op de al verleende vervangende toestemming aan de verwekker. Er lijkt hier sprake van een soort *a contrario* toepassing van de leer van voorwaardelijke toestemming. Dat de verwekker anderhalf jaar lang geen gebruikmaakte van de vervangende toestemming maakt dit niet anders, omdat er geen (wettelijke) termijn is gekoppeld aan de gebruikmaking van die toestemming. Daarmee had het volgens de rechtbank op de weg van de moeder gelegen om bij de verwekker te informeren of hij nog gebruik wenste te maken van de vervangende toestemming alvorens zij aan een ander toestemming tot erkenning gaf.⁴¹

In de andere zaak had de verwekker bewust nog geen gebruikgemaakt van de vervangende toestemming. Het kind werd twee jaar later erkend door de nieuwe partner van de moeder. De verwekker verzocht om vernietiging van deze erkenning. Geoordeeld werd dat de strikte maatstaf analoog moest worden toegepast. In casu werd geoordeeld dat er sprake was van misbruik van bevoegdheid door de moeder, omdat zij wist dat de verwekker een rol in het leven van het kind wilde spelen.⁴²

In het eerste geval is dus geoordeeld dat er nooit sprake kan zijn van een geldige erkenning door de derde, tenzij de moeder vooraf aan de verwekker heeft gevraagd of hij nog wilde erkennen en hij daarop geen actie ondernam. In het tweede geval ligt de lat voor de verwekker hoger, omdat de strikte maatstaf analoog wordt toegepast. Wat rechtens juist is, is de vraag. Ik neig naar de eerste oplossing: de moeder heeft in deze gevallen geen geldige toestemming kunnen verlenen en daarmee is er sprake van een nietige erkenning op grond van artikel 1:204 BW.

36 Bijv. Rb. Overijssel 11 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2772 en Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6298.

37 Uitzondering: Rb. Zeeland-West-Brabant 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4537.

38 S. Bou-Sfia, *De betekenis van identiteitsrechten voor kinderen in het Nederlandse familierecht. Een onderzoek naar de artikelen 8 IVRK en 8 EVRM* (diss. Utrecht), Amsterdam: Off Page 2021.

39 Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6298.

40 Rb. Zeeland-West-Brabant 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4537.

41 Rb. Zeeland-West-Brabant 2 april 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1629.

42 Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1383.

2.6 De bijzondere curator

Volgens artikel 1:212 BW dient de rechter in afstammingszaken een bijzondere curator te benoemen. Dat gaat bijna altijd goed.⁴³

2.6.1 Jonge leeftijd kind

De Hoge Raad oordeelde in 2003 dat een bijzondere curator ook namens een zeer jeugdig kind een verzoek kan indienen, maar dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin het belang van een zeer jeugdig kind meebrengt dat pas beslist wordt als het kind een weloverwogen oordeel kan vormen. Daarvan is in ieder geval geen sprake indien de betrokken volwassenen het onderling eens zijn over de wijziging in de afstamming van het kind.⁴⁴ Interessant is dat de leeftijd van de kinderen in de onderzochte beslissingen op het moment van de rechtszaak behoorlijk uiteenloopt. In zeven gevallen was het kind onder de twee jaar oud, acht kinderen waren tussen de twee en vier jaar, twaalf kinderen tussen de vier en zes jaar en zes kinderen waren tussen de zes en negen jaar. Van een aantal kinderen is de leeftijd niet af te leiden uit de uitspraak.

Dat maakt de vraag van belang hoe vertegenwoordiging van een jong kind door een bijzondere curator wordt gezien in de geanalyseerde rechtszaken. Doorgaans wordt niet ingegaan op deze kwestie. In geen van de gevallen is geoordeeld dat de jonge leeftijd van het kind in de weg stond aan het indienen van een verzoek door de bijzondere curator. Een enkele keer werd er wel expliciet op ingegaan, maar oordeelde de rechter dat de jonge leeftijd geen belemmering vormde.⁴⁵ In een zaak bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant was de onderbouwing van de bijzondere curator voor zijn advies om de verwekker niet-ontvankelijk te verklaren, dat de verwekker geen verzorgende of verantwoordelijke rol had en geen *family life* had met het kind. Het kind was nog maar drie jaar en kon de implicaties van een vernietiging van de erkenning niet begrijpen. Het was daarom volgens de bijzondere curator nodig om te wachten totdat het kind zelf een weloverwogen oordeel kan vormen over dit onderwerp.⁴⁶ De rechter laat verder onderzoek doen en er is dus in deze beschikking geen oordeel van de rechter op dit punt voorhanden. In een andere zaak werd het verzoek van de verwekker toegewezen, ook al leek het erop dat de bijzondere curator van mening was dat moest worden gewacht tot de minderjarige zelf bekwaam was. De rechter besliste echter dat de vernietiging van de erkenning in het belang van de minderjarige was.⁴⁷

Er is dus duidelijk consensus in de rechtspraak dat het in het belang van het kind is om ook op jonge leeftijd hierover te beslissen. Rechtszekerheid is van belang en voor het kind is belangrijk dat helder is hoe de vork (juridisch) in de steel zit.

Bovendien kan de verwekker op die manier een rol in het leven van het kind krijgen. Wachten tot het kind daar zelf over kan meepraten lijkt, gelet daarop, niet voor de hand te liggen. Het roept in het licht van inspraak en participatie van kinderen wel de vraag op naar de onverbreekbaarheid van biologische afstammingsbanden. Eenmaal gevestigd vaderschap van de verwekker is namelijk onaantastbaar, ook als de verwekker na de erkenning geen of weinig invulling aan zijn vaderschap geeft, terwijl de erkenner wel een rol in het leven van het kind is blijven spelen.⁴⁸

2.6.2 Betrokkenheid bijzondere curator maakt verschil

De betrokkenheid van een bijzondere curator kan veel verschil maken als de rechter oordeelt dat de verwekker niet-ontvankelijk is in zijn verzoek. Het hangt dan af van de bijzondere curator hoe de zaak verder gaat: dient hij een verzoek in tot vernietiging van de erkenning namens het kind? De taak van de bijzondere curator is het belang van het kind te behartigen. Hoe doet hij dat?

De bijzondere curator verzoekt of adviseert in bijna alle gevallen dat de erkenning moet worden vernietigd en de verwekker vervangende toestemming dient te krijgen. Slechts een enkele keer vindt de bijzondere curator dat het verzoek van de verwekker moet worden afgewezen en dient hij niet zelf een verzoek in namens het kind.⁴⁹ Daaraan liggen uiteenlopende feiten ten grondslag die weinig gemeenschappelijk hebben.

Het is de taak van de bijzondere curator om het belang van het kind te behartigen waar het gaat om de vernietiging van de erkenning en het verzoek tot vervangende toestemming. Daarbij is de vraag hoe het belang van het kind in deze zaken invulling zou moeten krijgen en hoe de bijzondere curator tot zijn standpunt moet komen. Overwegingen van de bijzondere curator dat de man eerder om toestemming had kunnen vragen en uitlatingen over de toepassing van de strikte of niet-strikte maatstaf gaan over de toepassing van de juridische normen. Daarover een advies geven, lijkt me niet primair de taak van de bijzondere curator, dat hoort bij het takenpakket van de rechter. Deze feiten kunnen wel relevant zijn als ze in de sleutel van het belang van het kind geplaatst worden. Dus bijvoorbeeld: is het in het belang van het kind om, in plaats van een niet-biologische vader die een actieve rol in zijn leven heeft, alsnog een vader te krijgen die geen interesse toont in het kind en pas in actie komt als de moeder een andere man toestemming tot erkenning heeft gegeven? Of wat is het belang van een kind als de moeder de verwekker verteld heeft dat het kind is overleden, terwijl dat niet waar is?⁵⁰ Wat moet de bijzondere curator als

43 Met uitzondering van Rb. Limburg 23 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9980.

44 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2013:AJ3261.

45 Rb. Overijssel 11 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2772.

46 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:193.

47 Rb. Den Haag 16 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15452. In de uitspraak staat niet letterlijk dat de bijzondere curator dit vindt, maar dit lijkt wel te volgen uit de beoordeling van de rechter.

48 Mijn verwachting is dat deze regel in de toekomst geen stand zal houden en dat ook hier een belangenafweging gemaakt zal moeten worden.

49 Rb. Den Haag 16 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15452; Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:193; Hof 's-Hertogenbosch 4 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4060 en Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:38.

50 Bijv. Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:193; Rb. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6298.

uitgangspunt nemen? Gelet op zijn taak het belang van het kind te behartigen, speelt artikel 3 IVRK een cruciale rol. De bijzondere curator heeft dus als taak te identificeren welke belangen en rechten van het kind een rol spelen in de betreffende zaak, een afweging te maken tussen die belangen als die in uiteenlopende richtingen wijzen en dat goed uiteen te zetten in zijn advies aan de rechter (motiveringsplicht ex art. 3 IVRK). Kennis van het juridische domein en enig inzicht in de ontwikkelingspsychologie en pedagogiek lijken geen overbodige luxe.

2.7 Hoger beroep

Heeft het nut om hoger beroep in te stellen? Van de 34 onderzochte rechtszaken zijn er negentien afkomstig van de hoven. Daarbij is de moeder tien keer in beroep gegaan tegen een toewijzende beslissing van de rechtbank en de verwekker negen keer. Het hoger beroep van de moeder is in alle zaken afgewezen. Bij de negen zaken waarin de verwekker het hoger beroep heeft geïnitieerd, is in vijf zaken de beschikking van de rechtbank bekrachtigd en in vier zaken vernietigd. Dit lijkt – met enige slagen om de arm – te bevestigen dat biologische afstamming de voorkeur heeft boven sociaal ouderschap.

3. Tot slot

In de meeste zaken is de uitkomst dat de erkenning wordt vernietigd en dat de verwekker vervangende toestemming tot erkenning krijgt. Dit past bij het uitgangspunt van de wet, waarin bij een conflict tussen de betrokken volwassenen voorrang wordt gegeven aan biologisch ouderschap. Bovendien is de gedachte dat dit de identiteitsontwikkeling van het kind dient.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat er behoorlijk wat misgaat in de zaken qua procedure en inhoudelijke beoordeling. Het is ook een ingewikkelde materie. Het zou helpen als in verzoekschriften duidelijk wordt aangegeven wat het verzoek inhoudt: vernietiging van de erkenning en vervangende toestemming op basis van artikelen 1:205 en 204 BW, onder verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad. Verder geldt dat er bij de beoordeling drie stappen zijn: 1) is het verzoek van de verwekker ontvankelijk, te beoordelen aan de hand van de strikte of minder strikte maatstaf; zo niet volgt niet-ontvankelijkheid en geen afwijzing; 2) als er een ontvankelijk verzoek is (kan ook van de bijzondere curator zijn) dan dient eerst geoordeeld te worden of aan de grond voor toewijzing van artikel 1:205 BW is voldaan, namelijk dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is. Daarna volgt in het kader van artikel 1:205 BW een zelfstandige belangenafweging op basis van artikel 8 EVRM en artikelen 3, 7 en 8 IVRK (en dat is dus niet hetzelfde als de toets voor de beoordeling van de ontvankelijkheid) waarin alle belangen tegen elkaar worden afgewogen. Doorgaans wordt doorslaggevend gewicht aan de belangen van het kind toegekend. Als de uitkomst van de belangenafweging is dat de erkenning vernietigd moet worden, volgt stap 3) beoordeling van het verzoek tot vervangende toestemming

op grond van de in artikel 1:204 lid 3 BW geformuleerde maatstaf.

Hiervan te onderscheiden is het voorwaardelijke toestemming-scenario, waar de route juist aanvangt met de beoordeling van artikel 1:204 lid 3 BW. In dat geval is er geen plaats voor de strikte of minder strikte maatstaf van artikel 1:205 BW. Ten slotte is er een nieuw scenario, namelijk waarin de moeder voor de tweede keer toestemming aan een andere man dan de verwekker geeft. Welke route daar gevolgd moet worden, is nog niet helder.

Gelet op de complexiteit lijkt het een idee om bepaalde zaken, zoals de rechtsingang van de verwekker, in de wet neer te leggen. De strikte en de minder strikte maatstaf zouden daarin opgenomen kunnen worden als ontvankelijkheidsvoorwaarde. Of we naar een wetswijziging toe moeten waarin de beoordelingsnorm voor artikel 1:205 BW wordt verruimd met een belangenafweging, is een kwestie die om een breder perspectief vraagt dan alleen de vernietiging van de erkenning. Dat roept fundamentele vraagstukken op over de aard van afstamming, over de al dan niet verbreekbaarheid van biologische afstamming en de verhouding tussen verschillende grondslagen voor ouderschap. Naar verwachting zal er in 2024 een proefschrift over deze materie verschijnen.⁵¹ Voorlopig is het mijns inziens nog een stap te ver en kunnen we ook via het verdragenrecht wel uit de voeten, maar in de toekomst zie ik het wel gebeuren dat belangenafwegingen een veel grotere rol krijgen in het afstammingsrecht.

51 Laureen Hu doet hier als promovenda onderzoek naar onder begeleiding van Jet Tigchelaar en Wendy Schrama.