

ANNOTATIE

**Het belang van het kind bij vernietiging van erkenning. Commentaar bij Rb. Rotterdam 12 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1266, Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:620 en Hof Amsterdam 10 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:824.**

*mr. drs. J. Kok*

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 10-03-2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:824 (PFR-2015-0135)*

In drie recente procedures staat de erkenning van een minderjarig kind ter discussie. In twee procedures (ECLI:NL:RBROT:2015:1266 en ECLI:NL:GHAMS:2015:824) verzoekt de verwekker de vernietiging van de erkenning die is gedaan door de (nieuwe) partner van moeder. In de derde procedure verzoekt de erkenner vernietiging van de erkenning op grond van het feit dat hij niet de biologische vader is en hij hieromtrent gedwaald heeft (ECLI:NL:GHSHE:2015:620). In deze zaken wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake erkenning bevestigd. Wel is er verschil van mening over wat in het belang van het kind is bij al dan niet vernietiging van de erkenning. Heeft de bloedband een doorslaggevende rol of juist de feitelijke opvoedingssituatie? In twee van de drie zaken vernietigt het hof de beschikking van de rechtbank omdat het belang van het kind anders wordt geïnterpreteerd. Verder blijkt de mening van de bijzondere curator tegengesteld aan die in de drie beschreven uitspraken juist omdat een andere invulling aan het belang van het kind wordt gegeven.

## **Vooraf**

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

## **Verzoek verwekker tot vernietiging van erkenning door (nieuwe) partner moeder**

In de eerste zaak hebben de moeder en de verwekker gedurende een jaar een affaire. Uit die relatie wordt de minderjarige geboren. Gedurende de zwangerschap is er maandelijks contact tussen verwekker en de moeder, hetgeen na de geboorte wordt voortgezet. Op enig moment geeft de vrouw te kennen geen frequent contact meer te willen en weer later wordt het contact met de verwekker geheel stopgezet. De partner van moeder erkent de minderjarige. (In de beschikking is de datum van de erkenning opgenomen maar uit de beschikking blijkt niet hoe oud de minderjarige was ten tijde van de erkenning, omdat de leeftijd van het kind is geanonimiseerd.) Bijna drie jaar na de erkenning start de verwekker een procedure tot vernietiging van die erkenning en – vervolgens – tot vervangende toestemming tot erkenning. De bijzondere curator stelt zich op het standpunt dat het in het belang van de minderjarige is indien de bloedband met de verwekker wordt vastgelegd, zodat de minderjarige weet wie haar biologische vader is. Zij verzoekt haar toestemming te verlenen het verzoek van de verwekker tot vernietiging van de erkenning door de partner van de moeder over te nemen. De ongestoorde verhouding tussen de minderjarige en haar moeder en de belangen van de minderjarige zouden door de erkenning door de verwekker niet worden geschaad. De Rechtbank Rotterdam wijst het verzoek tot vernietiging van de erkenning en tot het verlenen van vervangende toestemming tot erkenning af. De rechtbank is van oordeel dat bij de beoordeling van een verzoek als het onderhavige alle omstandigheden in overweging moeten worden genomen teneinde te komen tot een oordeel wat gelet op het belang van de minderjarige wenselijk is. De minderjarige woont vanaf haar geboorte in gezinsverband met moeder en de erkenner. Zij hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat zij de minderjarige, zodra zij daaraan toe is, zullen vertellen wie haar biologische vader is. Gelet hierop komt de rechtbank tot het oordeel dat in deze zaak de enkele vaststelling dat de erkenner niet de biologische vader is onvoldoende is om tot vernietiging van de erkenning over te gaan. Daarbij komt dat de minderjarige is gediagnostiseerd met PDD-NOS. Mede gelet op de gedragsstoornis van de minderjarige is rust in de opvoedingssituatie van groot belang voor de minderjarige. Bij vernietiging van de erkenning door de man en vervolgens het in deze procedure gedane verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning door de man, valt naar

het oordeel van de rechtbank te voorzien dat er risico's zijn dat de minderjarige wordt belemmerd in een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling.

In de tweede zaak hebben moeder en de verwekker een relatie gehad waaruit de minderjarige is geboren. Zij hebben nimmer samengewoond. Tijdens de zwangerschap is de verwekker reeds op de hoogte dat hij de verwekker is. Volgens de verwekker is erkenning lange tijd onderwerp van gesprek geweest, maar heeft de moeder de erkenning afgehouden. Volgens de moeder is erkenning inderdaad meerdere malen ter sprake geweest, maar wilde de verwekker in eerste instantie niet erkennen, omdat hij geen vaderrol op zich wenste te nemen. Gaandeweg heeft de moeder haar standpunt gewijzigd en is zij afwijzend gaan staan tegenover erkenning door de verwekker. Haar nieuwe partner heeft de minderjarige vervolgens erkend. Een kleine maand na de erkenning start de verwekker een procedure tot vernietiging van de erkenning. De bijzondere curator ondersteunt het verzoek van de verwekker en acht vernietiging van de erkenning in het belang van het kind. De Rechtbank Amsterdam wijst het verzoek van de verwekker toe, vernietigt dus de erkenning en gelast doorhaling van de latere vermelding op de geboorteakte. In hoger beroep vernietigt het Hof Amsterdam deze beschikking en verklaart de verwekker niet ontvankelijk.

### **Wettelijk kader**

In artikel 1:205 BW staat op welke grond, op wiens verzoek en met inachtneming van welke termijnen een erkenning kan worden vernietigd. Vernietiging kan alleen worden gevraagd als de erkenner niet de biologische vader van het kind is. Een verzoek hiertoe kan worden ingediend door het kind zelf of de bijzondere curator als vertegenwoordiger van het kind, de erkenner, de moeder of het Openbaar Ministerie. Op grond van de wet kan de verwekker dus niet een dergelijk verzoek indienen. Hiervoor is gekozen omdat de verwekker de mogelijkheid heeft om het kind met vervangende toestemming van de rechter te erkennen (artikel 1:204 lid 3 BW). Indien de verwekker van zijn mogelijkheid om het kind te erkennen geen gebruik heeft gemaakt, is er geen reden om hem achteraf de mogelijkheid te bieden de erkenning door een andere man te laten vernietigen. De erkenner of de moeder kunnen de erkenning door de man die niet de biologische vader is, vernietigen in geval van bedreiging of misbruik van omstandigheden en het verzoek niet later is ingediend dan een jaar nadat deze invloed heeft opgehouden te werken. In geval van bedrog of dwaling dient het verzoek te zijn ingediend binnen een jaar nadat de dwaling of het bedrog is ontdekt. Het belang van het kind speelt hier geen rol. Deze situatie is aan de orde in de derde zaak die hieronder zal worden besproken. Hoewel de verwekker op grond van de wet geen verzoek tot vernietiging van de erkenning kan doen, is dit op grond van jurisprudentie wel mogelijk. Daarbij moeten twee situaties onderscheiden worden. In de eerste situatie heeft de verwekker nagelaten te erkennen terwijl hier wel gelegenheid toe was. Vervolgens heeft een derde het kind erkend. Deze situatie is aan

de orde in bovenstaande twee zaken. In deze situatie kan de verwekker de latere erkenning aantasten met een beroep op misbruik van bevoegdheid van de moeder om toestemming aan een ander tot erkenning te geven. De verwekker moet dan aantonen dat de moeder toestemming aan de ander heeft gegeven met slechts het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden (HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386, NJ 2005/248, m.nt. De Boer). Dat is geen eenvoudige zaak. In de tweede situatie weigert de moeder toestemming tot erkenning, maar geeft wel toestemming aan een ander tot erkenning, voordat de verwekker een procedure bij de rechter tot vervanging van de toestemming kan starten. Ook in dat geval kan de rechter de erkenning vernietigen en alsnog vervangende toestemming verlenen. De rechter moet in dat geval beoordelen of de moeder, in aanmerking genomen de belangen van de verwekker bij erkenning en de daar tegenoverstaande belangen van de moeder, telkens in verband met de belangen van het kind, in redelijkheid tot het verlenen van toestemming aan de niet-verwekker heeft kunnen komen. Bij deze beoordeling moet het belang van het kind dus uitdrukkelijk in ogenschouw worden genomen.

### **Vervolg verzoek verwekker**

In beide zaken heeft de verwekker de mogelijkheid gehad de minderjarige te erkennen of vervangende toestemming erkenning te vragen en er is in beginsel dus geen reden de verwekker achteraf in de gelegenheid te stellen de erkenning te vernietigen. Na deze constatering van de gerechten is de vraag aan de orde of de moeder misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt door haar partner toestemming te geven voor erkenning slechts met het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden. De bijzondere curator concludeert in beide zaken dat het in het belang van het kind is om de erkenning te vernietigen. De gerechten oordelen verschillend. De Rechtbank Rotterdam volgt het oordeel van de bijzondere curator niet, terwijl de Rechtbank Amsterdam dit oordeel wel volgt. In hoger beroep vernietigt het Hof Amsterdam deze beschikking echter weer. Doorslaggevend in de genoemde uitspraken lijkt de feitelijke gezinssituatie te zijn. De kinderen wonen vanaf de geboorte in gezinsverband met de moeder en de erkenner. Ook is er in beide gevallen geen twijfel dat de minderjarige adequaat zal worden voorgelicht over zijn afstamming. In de eerste zaak komt hierbij dat de minderjarige is gediagnosticeerd met PDD-NOS. Gezien de concrete omstandigheden van het geval nemen de Rechtbank Rotterdam en het Hof Amsterdam geen misbruik van bevoegdheid aan.

### **Verzoek erkenner tot vernietiging van erkenning**

In de derde zaak speelt het spiegelbeeld van de vorige twee zaken: de erkenner wil de erkenning vernietigen, omdat hij niet de biologische vader is en hij hieromtrent gedwaald heeft. De erkenner en de moeder hebben een affectieve relatie met elkaar gehad in de periode

van september 2000 tot en met de zomer van 2012. Uit deze relatie zijn twee dochters geboren. In de periode tussen de zomer van 2012 en december 2012 heeft de moeder een kortstondige relatie gehad met een andere man. Sinds december 2012 zijn de man en de moeder weer bij elkaar. In 2013 bevalt moeder van een derde dochter die door erkenner tijdens de zwangerschap wordt erkend. Uit DNA-onderzoek dat nadien is verricht, blijkt dat de erkenner niet haar biologische vader is. Binnen een jaar na deze ontdekking dient de man een verzoek in tot vernietiging van de erkenning, omdat hij gedwaald heeft. De man vindt de vernietiging in het belang van het kind, omdat op deze wijze hopelijk contact tot stand kan worden gebracht met de verwekker. De moeder onderschrijft dit. Ook vindt hij dat de juridische werkelijkheid in overeenstemming moet worden gebracht met de biologische werkelijkheid. Hij betwist dat het meisje door vernietiging van de erkenning een uitzonderingspositie in het gezin zou krijgen. De Rechtbank Oost-Brabant wijst het verzoek af, omdat het een bewuste keuze van de man zou zijn geweest om te erkennen en omdat vernietiging van de erkenning thans niet in het belang van het kind zou zijn. De bijzondere curator heeft ook aangegeven dat vernietiging niet in het belang van het kind is mede omdat het kind hierdoor een uitzonderingssituatie in het gezin zal krijgen. Het Hof 's-Hertogenbosch vernietigt de erkenning van de minderjarige omdat er sprake is van dwaling en de man op goede gronden op vorenbedoelde rechtshandeling is teruggekomen. Het belang van de minderjarige behoeft, aldus het gerechtshof, in dit geval niet bij de beoordeling van het verzoek van de man te worden betrokken.

### **Wat is in het belang van het kind?**

De discussie of de bloedband een doorslaggevende rol of juist de feitelijke opvoedingssituatie bij de weging van de belangen van kinderen een rol moet spelen, is van belang en wordt breder gevoerd. Te denken valt aan de kinderbeschermingsmaatregelen en in het bijzonder aan vraagstukken rond de uithuisplaatsing en terugplaatsing van kinderen bij hun ouders. In die situaties kan na verloop van tijd de feitelijke opvoedingssituatie leidend worden. Maar ook rond afstamming speelt deze discussie. Met de regeling lesbisch ouderschap is een stap gezet in de richting van feitelijk opvoederschap als grond voor ouderschap, ook al is er geen afstamming. Voor deze regeling is gekozen omdat de wetgever het in deze situatie in het belang van het kind acht als de juridische situatie overeenstemt met de feitelijke situatie. In deze drie zaken is het bijzonder dat de mening van de bijzondere curatoren haaks staat op de drie beschreven uitspraken. Maar de gerechten verschillen ook van mening in eerste aanleg en hoger beroep. Blijkbaar verschilt de beoordeling wat in het belang van het kind is van zaak tot zaak en is er geen eenduidige lijn wat in het belang van het kind is. De bijzondere curatoren pleiten in de eerste twee zaken voor, kort gezegd, de bloedband. De erkenningen zouden vernietigd moeten worden en aan de verwekker zou alsnog vervangende toestemming tot

erkenning moeten worden gegeven. In de derde zaak pleit de bijzondere curator juist voor bestending van de feitelijke situatie. De gerechten zijn terughoudend met de vernietiging en kiezen voor het handhaven de feitelijke situatie, omdat vernietiging niet in het belang van het kind zou zijn. Voor juristen zijn dergelijke beoordelingen altijd moeilijk te maken en het belang van het kind lijkt in deze zaken de bekende 'toverformule'. De vraag kan worden opgeworpen of in deze zaken terecht het belang van het kind in de beoordeling is meegewogen. In de eerste twee zaken is de juridische vraag aan de orde of moeder misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt door toestemming tot erkenning aan een ander te verlenen. Heeft de moeder toestemming aan haar (nieuwe) partner gegeven slechts met het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden? Strikt genomen, speelt bij de beoordeling van deze vraag het belang van het kind een ondergeschikte rol, omdat het draait om de vraag of moeder al dan niet misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt. Toch denk ik dat terecht het belang van het kind in deze zaken is meegewogen, omdat voor een goede beoordeling of er sprake is van misbruik de hele situatie in ogenschouw moet worden genomen. Dat is anders in de derde zaak. Bij het verzoek van de erkenner tot vernietiging van de erkenning speelt het belang van het kind geen rol zoals het Hof 's-Hertogenbosch terecht opmerkt. Dit vind ik jammer. Hoewel het uitgangspunt is en moet zijn dat de erkenning wordt vernietigd als de verwekker niet de biologische vader is en hij hieromtrent gedwaald heeft, zouden de concrete omstandigheden van het geval mijns inziens ertoe moeten kunnen leiden dat de erkenning alsnog niet vernietigd wordt, omdat dit in strijd is met het belang van het kind. Een piepklein muizengaatje bijvoorbeeld in het geval waarin het kind door de vernietiging in een heel ingewikkelde situatie binnen het gezin terechtkomt. Dat doet meer recht aan de concrete omstandigheden van het geval.