

ANNOTATIE

# **Vernietiging erkenning en vervangende toestemming erkenning. Annotatie bij HR 31 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3196 en HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3244.**

*mr. drs. J. Kok*

*Annotatie bij Hoge Raad, 30-10-2015, ECLI:NL:HR:2015:3196 (PFR-2015-0320)*

De Hoge Raad heeft eind 2015 in twee zaken (ECLI:NL:HR:2015:3196 en ECLI:NL:HR:2015:3244) uitspraak gedaan waarin een verwekker vernietiging van de erkenning en vervangende toestemming tot erkenning heeft verzocht. In de eerste zaak heeft de moeder aan een andere man toestemming verleend om het kind te erkennen voordat een verzoek bij de rechtbank was ingediend, maar nadat de verwekker bij brief van zijn advocaat toestemming aan de moeder had gevraagd tot erkenning. In de tweede zaak is hetzelfde gebeurd, maar in cassatie is met name de vraag aan de orde in hoeverre een rechter ambtshalve en met aanvulling van de rechtsgronden rekening dient te houden met het feit dat de verwekker op het tijdstip dat hij vervangende toestemming tot erkenning verzocht, gehuwd was met een andere vrouw. Dit is van belang omdat in casu op dat moment een wettelijk verbod tot erkenning door een gehuwde man bestond. Dit verbod is op 1 april 2014 opgeheven.[1]

*De feiten*

In de eerste zaak hebben de man en de vrouw een affectieve relatie met elkaar gehad. Op 2 april 2011 is de moeder bevallen van een dochter. De man is de verwekker van de dochter. Van meet af aan heeft de man de dochter willen erkennen als zijn kind, maar de moeder heeft

daarvoor steeds geen toestemming willen geven. De man heeft bij brief van zijn advocaat van 4 december 2012 aan de moeder verzocht hem toestemming te verlenen om de dochter te erkennen. Met toestemming van de moeder is de dochter op 18 december 2012 door de nieuwe partner van de moeder erkend. Sinds 4 maart 2013 zijn de moeder en haar nieuwe partner gezamenlijk belast met het gezag. De man heeft op 18 februari 2013 verzocht voor recht te verklaren dat de erkenning door de nieuwe partner van de moeder nietig is en hem vervangende toestemming tot erkenning te verlenen. De rechtbank heeft de verzochte verklaring voor recht en de vervangende toestemming gegeven, het hof heeft de beschikking van de rechtbank vernietigd en de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoeken.

In de tweede zaak is het kind geboren op 2 december 2010. De moeder vormt samen met haar partner, haar zoon uit een eerdere relatie en het kind, een gezin. Uit een verwantschapsonderzoek van 19 januari 2012 zou blijken dat de partner niet de verwekker is, maar de man. Vervolgens heeft de man meermalen aan de vrouw gevraagd om het kind te mogen erkennen. De advocaat van de man heeft op 23 februari 2012 hierover een brief aan de vrouw gestuurd. De man heeft daarna bij dagvaarding in kort geding van 13 maart 2012 een omgangsregeling verzocht tussen hem en zijn kind. Op 21 maart 2012 heeft de partner van moeder het kind erkend. Op 1 juni 2012 heeft de man verzocht die erkenning nietig te verklaren en vervangende toestemming te verlenen bij de rechtbank. Op 4 maart 2013 is het huwelijk van de man met een ander dan de moeder door echtscheiding ontbonden.

#### *Vernietiging erkenning door verwekker*

In artikel 1:205 BW staat op welke grond, op wiens verzoek en met inachtneming van welke termijnen een erkenning kan worden vernietigd. Een verwekker kan een dergelijk verzoek niet 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 deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt, is er geen reden om hem achteraf de mogelijkheid te bieden de erkenning door een andere man te laten vernietigen.

Op grond van jurisprudentie is dit echter wel mogelijk.[2] Daarbij moeten twee situaties worden onderscheiden. In de eerste situatie heeft de verwekker nagelaten te erkennen terwijl hier wel gelegenheid toe was. Vervolgens heeft een derde het kind erkend. In deze situatie kan de verwekker de latere erkenning aantasten met een beroep op misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 BW door 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 (strikte maatstaf).

In de tweede situatie heeft de verwekker geen reële mogelijkheid gehad om (tijdig)

vervangende toestemming te verzoeken, omdat hij niet bekend was met zijn verwekkerschap. In deze situatie wordt het kind eveneens door een derde erkend. Ook in dat geval kan de rechter de erkenning nietig verklaren 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 daartegenover staande 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 (opnieuw misbruik van bevoegdheid, maar een minder strikte maatstaf).

Een door de moeder aan een andere man gegeven toestemming tot erkenning heeft een voorwaardelijk karakter zolang op de door de verwekker verzochte vervangende toestemming nog niet definitief is beslist (voorwaardelijke toestemming). De voorwaardelijke toestemming was tot nu toe slechts aan de orde in die gevallen dat tijdens de procedure tot vervangende toestemming aan een andere man toestemming tot erkenning werd verleend.

#### *Brief advocaat*

In beide zaken heeft de (nieuwe) partner van moeder het kind erkend nádat de moeder een brief van de advocaat had ontvangen maar vóórdát de zaak aanhangig is gemaakt. Het is de vraag of deze brief kan worden gezien als startpunt van een procedure, waardoor een nadien gedane toestemming tot erkenning geldt als een voorwaardelijke toestemming. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag positief; ook een brief van een advocaat geldt als zodanig. Door die brief is het voor de moeder immers kenbaar dat de verwekker juridische actie onderneemt om tot erkenning van het kind te komen. Wel tekent de Hoge Raad hierbij aan dat de verwekker het verzoek om vervangende toestemming bij de rechtbank uiterlijk drie maanden na de dag waarop de brief van de advocaat aan de moeder is verzonden, moet indienen. Bij gebreke daarvan wordt een door de moeder aan een andere man gegeven toestemming onvoorwaardelijk. Deze periode van drie maanden is – aldus de Hoge Raad – enerzijds lang genoeg om betrokkenen de gelegenheid tot beraad en overleg te geven, en anderzijds laat zij de betrokkenen niet onnodig lang in onzekerheid.

Het is mijns inziens terecht dat de periode van voorwaardelijke toestemming is verruimd door ook een brief van een advocaat als startpunt aan te merken. De moeder is primair degene die toestemming kan verlenen. Daarmee strookt het dat de periode van voorwaardelijk toestemming aanvangt op het moment dat de verwekker aan haar (bij brief van een advocaat) om die toestemming vraagt. In ruimere zin is het juist in het familierecht van belang enige flexibiliteit in te bouwen om tot een rechtvaardige uitspraak te kunnen komen. Maar ook zekerheid is van groot belang. Hoewel de driemaandentermijn in dat verband heel redelijk klinkt, zou deze termijn voor de tweede zaak zuur uitpakken. Hier zou de verwekker precies

een week te laat zijn geweest met het indienen van zijn verzoek. Fatale termijnen zullen in het familierecht altijd lastig blijven en in bepaalde gevallen gevoelens van onrechtvaardigheid oproepen. Mocht een termijn overigens heel onrechtvaardig uitpakken dan kan met een beroep op het EVRM de termijn wellicht nog iets verlengd worden, de belangen van alle betrokkenen afwegende. In dit geval zie ik hier overigens geen aanleiding toe.

Deze zaken bevestigen nog eens dat de verwekker die wil erkennen, zodra dit mogelijk is, toestemming voor erkenning aan de moeder moet vragen en bij weigering vervolgens zo snel mogelijk een procedure moet starten tot vervangende toestemming. Anders is de kans groot dat de verwekker achter het net vist, omdat de door een andere man gedane erkenning, onherroepelijk is. Dat een brief van een advocaat ook als startpunt van de voorwaardelijke toestemming geldt waardoor de termijn met maximaal drie maanden wordt verlengd, doet daar niets aan af.

#### *Verwekker was gehuwd, ambtshalve toetsing?*

In de tweede zaak is de verwekker gehuwd met een andere vrouw op het tijdstip dat de moeder toestemming tot erkenning geeft aan een andere man en hij vervangende toestemming tot erkenning verzoekt. Zijn huwelijk wordt pas ontbonden in de loop van de procedure in eerste aanleg. Het is de vraag in hoeverre een rechter ambtshalve en met aanvulling van de rechtsgronden rekening dient te houden met dit feit. De Hoge Raad is van mening dat de rechter dit wel moet doen, omdat de regels omtrent de erkenning van een kind van openbare orde zijn. Eerst had de rechter moeten onderzoeken of zich een van de uitzonderingen onder het toen geldende recht op de nietigheidsgrond voor erkenning voordeed dat de man niet met een andere vrouw gehuwd mocht zijn.

In haar noot onder deze uitspraak gaat Wortmann uitgebreid in op deze problematiek.[3] In tegenstelling tot wat de Hoge Raad doet, maakt zij een scherp onderscheid tussen de twee rechtsvragen die in deze procedure spelen. Als eerste moet beoordeeld worden in hoeverre de door de nieuwe partner van de moeder gedane erkenning nietig is. Vervolgens dient te worden beoordeeld in hoeverre aan de verwekker vervangende toestemming kan worden verleend.

Wortmann concludeert dat in het kader van de beoordeling van de vraag of de moeder misbruik van haar bevoegdheid tot toestemming heeft gemaakt, een rol kan spelen dat de verwekker om uiteenlopende redenen op het tijdstip van die toestemming niet aan de voorwaarden voor erkenning voldeed. Maar in dat verband gaat het om een te wegen omstandigheid waar de rechter niet ambtshalve en zo nodig met aanvulling van rechtsgronden rekening mee heeft te houden. Bij het verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning zouden wel alle nietigheidsgronden voor erkenning door de rechter ambtshalve en zo nodig

met aanvulling van rechtsgronden te beoordelen kwesties zijn. Het tijdstip van beoordeling is in dat geval het tijdstip van indiening van het verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning, tenzij vaststaat dat in de loop van de procedure aan de desbetreffende voorwaarde voor erkenning zal worden voldaan. Dan kan het tijdstip van de uitspraak worden aangehouden.[4]

Ik sluit mij hierbij aan; het zijn twee te onderscheiden vragen en daar gaat de Hoge Raad aan voorbij. Het zal een hele klus worden voor het Hof Den Haag om deze zaak opnieuw te beoordelen.

[1] *Stb.* 2013, 486 en *Stb.* 2014, 134.

[2] HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386.

[3] *NJ* 2016/28 m.nt. S.F.M. Wortmann.

[4] Zie *NJ* 2016/28 m.nt. S.F.M. Wortmann, onder 8.