

# Vervangende toestemming tot erkenning; misbruik van bevoegdheid

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3244 (mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, G. Snijders, G. de Groot en M.V. Polak; A-G mr. L.A.D. Keus)

Personen- en familierecht. Verzoek verwekker aan rechtbank tot vervangende toestemming tot erkenning kind (art. 1:204 lid 3 BW). Door moeder aan andere man gegeven toestemming. Misbruik van bevoegdheid? Invloed huwelijk verwekker en artikel 1:204 lid 1 onder e BW (oud). Openbare orde. Maatstaf voor misbruik.

## De feiten<sup>1</sup>

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- 1 De vrouw en de verwekker hebben een affectieve relatie met elkaar gehad. Uit deze relatie is op 2 december 2010 een kind geboren. De verwekker was destijds gehuwd met een andere vrouw.
- 2 De vrouw oefent alleen het gezag uit over het kind. Zij woont samen met een andere man dan de verwekker, haar zoon uit een eerdere relatie en het kind.
- 3 Het kind is op 21 maart 2012 erkend door de andere man. Sinds de erkenning draagt het kind de geslachtsnaam van de andere man. Bij diezelfde gelegenheid heeft de andere man ook de zoon uit de eerdere relatie erkend.
- 4 Het huwelijk van de verwekker is op 4 maart 2013 ontbonden.

## Het geding in feitelijke instanties<sup>2</sup>

In het onderhavige geding verzoekt de verwekker, voor zover in cassatie nog van belang, vernietiging van de door de andere man gedane erkenning, alsmede vervangende toestemming tot erkenning van het kind als bedoeld in artikel 1:204 lid 3 BW. De verwekker legt hieraan ten grondslag dat hij de verwekker van het kind is en dat de vrouw misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om het kind door de andere man te laten erkennen, terwijl zij ervan op de hoogte was dat de verwekker het kind wilde erkennen.

De rechtbank heeft – op grond van een rapport van 20 juni 2013 van een door haar bevolen verwantschapsonderzoek – vastgesteld dat de verwekker de verwekker van het kind is. Dit staat in (hoger beroep en) cassatie niet meer ter discussie.

Op de grond dat de vrouw misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid toestemming tot erkenning van het kind aan de andere man te geven, heeft de rechtbank de erkenning door de andere man vernietigd. Zij heeft voorts de verwekker vervangende toestemming tot erkenning van het kind verleend onder de opschortende voorwaarde dat de beslissing tot vernietiging van de door de andere man gedane erkenning in kracht van gewijsde is gegaan.

Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Voor zover in cassatie van belang overwoog het daartoe, samengevat, als volgt.

1 Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

2 Ontleend aan de punten 3.2.1 t/m 3.2.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking

van de Hoge Raad.

Ingevolge artikel 1:205 BW heeft de biologische vader als verwekker niet de mogelijkheid een verzoek tot vernietiging van de erkenning door de juridische vader in te dienen. Uit de parlementaire geschiedenis moet echter worden afgeleid dat de wetgever het mogelijk heeft geacht dat de verwekker, in een situatie waarin hij vervangende toestemming tot de erkenning heeft kunnen vragen, maar zulks heeft nagelaten, met een beroep op misbruik van bevoegdheid de – met toestemming van de vrouw gedane – erkenning van het kind aantast indien door de vrouw toestemming tot erkenning aan een niet-verwekker is gegeven met slechts het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden (r.o. 4.4).

Om te beoordelen of er sprake is van misbruik van bevoegdheid aan de zijde van de vrouw is van belang of zij, reeds voordat zij toestemming aan de andere man gaf om het kind te erkennen, op de hoogte was van de (eventuele) wensen tot erkenning van het kind door de verwekker en zo ja, of zij met die wetenschap in redelijkheid tot het verlenen van toestemming aan de andere man heeft kunnen komen. Op 23 februari 2012 heeft de advocaat van de verwekker een brief aan de vrouw gestuurd, waarin haar onder meer wordt verzocht medewerking te verlenen aan de erkenning van het kind door de verwekker. De vrouw heeft hiervan kennisgenomen, maar stelt dat zij (ondanks de uitslag van een eerder verwantschapsonderzoek van 19 januari 2012, waarin is geconcludeerd dat de verwekker de verwekker van het kind is) er nog van overtuigd was dat de andere man de verwekker van het kind was. Voorts is gebleken dat de verwekker bij dagvaarding in kort geding van 13 maart 2012 heeft verzocht een omgangsregeling tussen hem en het kind te bepalen. Kort na het uitbrengen van deze dagvaarding in kort geding heeft de andere man het kind op 21 maart 2012 met toestemming van de vrouw erkend. Daargelaten of de verwekker tijdig om vervangende toestemming heeft verzocht, is het hof van oordeel dat de vrouw voldoende op de hoogte was van het feit dat de verwekker zich als de biologische vader van het kind beschouwde en de wens tot erkenning van zijn vaderschap had. Daarmee heeft de vrouw zowel het belang van het kind als dat van de verwekker geschaad en misbruik van haar bevoegdheid gemaakt door aan de andere man toestemming tot erkenning van het kind te geven, met het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden. De erkenning van het kind door de andere man dient derhalve te worden vernietigd (r.o. 4.8).

### Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt de verschillende klachten van het cassatiemiddel als volgt.<sup>3</sup>

<sup>3</sup>3.3.1 Volgens de eerste klacht van het middel heeft het hof ten onrechte nagelaten te beslissen op de vraag naar de toepasselijkheid van de uitzonderingen van art. 1:204 lid 1, onder e, (oud) BW. Volgens de klacht had de verwekker geen belang bij zijn verzoeken, als van die uitzonderingen geen sprake was.

3.3.2 Art. 1:204 lid 1, aanhef en onder e, (oud) BW, dat per 1 april 2014 is komen te vervallen, bepaalde dat een erkenning nietig is 'indien zij is gedaan door een op het tijdstip van de erkenning met een andere vrouw gehuwd man, tenzij de rechtbank heeft vastgesteld dat aannemelijk is dat tussen de man en de moeder een band bestaat of heeft bestaan die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat'.

De omstandigheid dat het huwelijk van de verwekker is ontbonden op 4 maart 2013 (in de loop van het geding in eerste aanleg), brengt mee dat vanaf dat moment deze toen nog van kracht zijnde bepaling niet meer in de weg kon staan aan een erkenning door de verwekker. De vraag of de vrouw misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt door (voor of) op 21 maart 2012 toestemming aan de andere man te geven voor erkenning van het kind, moet echter worden beantwoord naar de situatie ten tijde van die toestemming, en in het licht van het toen geldende recht.

Nu de vrouw en de andere man in hoger beroep waren opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat de vrouw misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de andere man toestemming voor erkenning te geven, en in het geding vaststond dat de verwekker toen nog gehuwd was, had het hof ambtshalve en met aanvulling van rechtsgronden de ten tijde van die toestemming van kracht zijnde bepaling van art. 1:204 lid 1, aanhef en onder e, (oud) BW in zijn oordeel moeten betrekken. De regels omtrent de erkenning van een kind zijn immers van openbare orde. Aangezien de verwekker ten tijde van de door de vrouw aan de andere man gegeven toestemming nog gehuwd was, kon hij het kind ingevolge de hoofddregel van de genoemde bepaling niet rechtsgeldig erkennen, tenzij zich één van de in die bepaling genoemde uitzonderingen voordeed. Nu door het hof niet is onderzocht of zich één van die uitzonderingen voordeed, kon het niet (althans niet zonder meer) tot de conclusie komen dat de vrouw slechts met het oogmerk om de belangen van de verwekker te schaden, toestemming tot erkenning van het kind aan de andere man heeft gegeven. De hiervoor in 3.3.1 vermelde klacht is dan ook gegrond.

3.4.1 De klachten 3 en 5 (klacht 4 ontbreekt) strekken ten betoge dat het hof, voor zover het kon toekomen aan een oordeel met betrekking tot misbruik van bevoegdheid door de vrouw, de hier toepasselijke strikte maatstaf van rov. 3.5.3 van de beschikking HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386, NJ 2005/248 heeft miskend, althans zijn oordeel in het licht van die maatstaf en de door de vrouw aangevoerde omstandigheden onvoldoende heeft gemotiveerd.

3.4.2 Op de gronden die in de zojuist genoemde beschikking vermeld zijn, heeft de Hoge Raad aanvaard dat een verwekker die vervangende toestemming tot erkenning heeft kunnen vragen maar dat heeft nagelaten, de met toestemming van de moeder gedane erkenning van het kind kan aantasten met een beroep op misbruik van bevoegdheid, indien de door de moeder aan een andere man gegeven toestemming tot erkenning is gegeven met slechts het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden (de 'strikte maatstaf'). Indien echter de verwekker niet of niet tijdig om vervangende toestemming heeft kunnen vragen, dient een minder strikte maatstaf gehanteerd te worden, te weten: of de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen 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 andere man heeft kunnen komen (de 'minder strikte maatstaf').

3.4.3 De beschikking van het hof moet, gezien zijn oordeel in rov. 4.8 dat de vrouw misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door aan de andere man toestemming tot erkenning van het kind te geven met het oogmerk om de belangen van de verwekker te schaden, aldus verstaan worden dat het de 'strikte maatstaf' heeft toegepast. Voor zover de klachten van een andere lezing uitgaan, kunnen zij derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

<sup>3</sup> Ter wille van de leesbaarheid van de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad heb ik overal [A]

vervangen door 'het kind', [verzoeker 2] door 'de andere man' en [verweerder] door 'de verwekker'.

Het hof heeft zijn oordeel in rov. 4.8 gegrond op de enkele omstandigheid dat de vrouw voldoende op de hoogte was van het feit dat de verwekker zich als de biologische vader van het kind beschouwde en hem wilde erkennen. De tegen dat oordeel gerichte motiveringsklachten zijn gegrond, reeds omdat het hof niet (kenbaar) is ingegaan op de door de vrouw en de andere man in dit verband aangevoerde stellingen, onder meer inhoudende dat de vrouw toestemming aan de andere man tot erkenning van het kind heeft gegeven teneinde de toen reeds geruime tijd bestaande gezinssituatie te bevestigen en de belangen van het kind te behartigen.

3.5 Volgens klacht 7 heeft het hof ten onrechte nagelaten ook de belangen van de andere man te betrekken bij zijn oordeel over de geldigheid van de erkenning van het kind. Deze klacht faalt. Bij de beantwoording van de vraag of de moeder met misbruik van bevoegdheid toestemming aan een andere man heeft gegeven om het kind te erkennen, speelt het belang van die andere man op zichzelf geen rol.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.<sup>7</sup>

## De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het Gerechtshof Amsterdam van 5 augustus 2014 en verwijst het geding naar het Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

## Noot

### 1 Erkenning door een met een andere vrouw dan de moeder van het kind gehuwde man

Erkenning door een met een andere vrouw dan de moeder van het kind gehuwde man was tot 1 april 2014<sup>4</sup> in beginsel nietig op grond van artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder e BW (oud). De wet liet hierop de volgende uitzonderingen toe: de erkenning is rechtsgeldig indien de rechtbank heeft vastgesteld dat aannemelijk is dat tussen de man en de moeder een band bestaat of heeft bestaan die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat.<sup>5</sup>

In het onderhavige geval is het huwelijk van de verwekker, die het kind wilde erkennen, weliswaar op 4 maart 2013 ontbonden, zodat sindsdien het erkenningsbeletsel van laatstgenoemde bepaling niet meer gold, maar in het begin van de procedure was de verwekker nog gehuwd en

had het hof deze bepaling ambtshalve en met aanvulling van rechtsgronden in zijn oordeel moeten betrekken, nu de regels omtrent de erkenning van een kind van openbare orde zijn, zoals de Hoge Raad terecht opmerkt (r.o. 3.3.2, laatste alinea).<sup>6</sup> Het hof had dus moeten onderzoeken of zich één van de in artikel 1:204 lid 1 onder e BW (oud) genoemde uitzonderingen voordeed. Nu het hof dit niet heeft gedaan, kon het niet (althans niet zonder meer) tot de conclusie komen dat de vrouw met misbruik van bevoegdheid toestemming tot erkenning van het kind aan de andere man heeft gegeven.

### 2 Misbruik van bevoegdheid

Toepassing van het leerstuk misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW is allang niet meer beperkt tot het algemene vermogensrecht. Sinds 1992 bepaalt artikel 3:15 BW immers dat onder andere artikel 3:13 BW betreffende misbruik van bevoegdheid buiten het vermogensrecht – dus ook in het personen- en familierecht – toepassing vindt, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. De in artikel 3:15 genoemde bepalingen vinden zelfs *rechtstreekse*, dus niet slechts *overeenkomstige* toepassing, zoals het geval is in bijvoorbeeld de schakelbepalingen van de artikelen 3:59, 78, 79 en 326, alsmede 6:216 BW.

De Hoge Raad bevestigt zijn beschikking van 2004<sup>7</sup> inzake de ‘strikte maatstaf’ en de ‘minder strikte maatstaf’ (r.o. 3.4.2).<sup>8</sup> Ook in de onderhavige beschikking sluit hij met dit onderscheid weer heel nauw aan bij de redactie van artikel 3:13 lid 2 BW, waarbij de ‘strikte maatstaf’ is terug te vinden in de aanhef van laatstgenoemde bepaling (‘Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden’) en de ‘minder strikte maatstaf’ is terug te vinden in het slot daarvan (‘ingeval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen’).

Volgens de Hoge Raad is in het cassatiemiddel ten onrechte geklaagd over miskenning door het hof van de ‘strikte maatstaf’, nu het hof deze maatstaf juist wél heeft toegepast (r.o. 3.4.3, eerste alinea). In het cassatiemiddel is echter wél terecht geklaagd over het gegeven dat het hof zijn oordeel heeft gegrond op de *enkele* omstandigheid dat de vrouw voldoende op de hoogte was van het feit dat de verwekker zich als de biologische vader van het kind

4 Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap.

5 Zie over deze sinds 1 april 2014 vervallen nietigheidgrond en de uitzonderingen hierop M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 185, p. 198-199.

6 Omdat de verwekker in het onderhavige geval nog niet definitief en onaantastbaar had erkend op een tijdstip waarop hij nog was gehuwd (de procedure ter verkrijging van vervangende toestemming tot erkenning liep immers nog), komt bekrachtiging van een nietige erkenning in de zin van art. 3:59 i.v.m. art. 3:58 BW hier niet aan de orde. Zie daarover voetnoot 9 van mijn annotatie bij HR 30 oktober 2015 in ditzelfde nummer van AA (AA20160041), waarin ik verwijs naar de beide beschikkingen van de Hoge Raad van 30 januari 2015.

7 HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386 (concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostenese), *NJ* 2005/248, m.nt. J. de Boer; AA 2005, afl. 9, p. 733-738, m.nt. A.J.M. Nuytinck, AA20050733 (*vernietiging door verwekker van erkenning door niet-verwekker*).

8 Zie over de ‘strikte maatstaf’ en de ‘minder strikte maatstaf’ ook Van Mourik & Nuytinck (zie voetnoot 5), nr. 185, p. 196-197, alsmede mijn in de vorige voetnoot genoemde annotatie bij HR 12 november 2004.

beschouwde en het wilde erkennen. Het hof had (kenbaar) moeten ingaan op de door de vrouw en de andere man in dit verband aangevoerde stellingen, die onder meer inhouden dat de vrouw toestemming aan de andere man tot erkenning van het kind heeft gegeven teneinde de toen reeds geruime tijd bestaande gezinssituatie te bevestigen en de belangen van het kind te behartigen (r.o. 3.4.3, tweede alinea). Naar mijn mening is in dit verband ook van belang dat de vrouw toestemming tot erkenning aan de andere man heeft gegeven, niet alleen betreffende het kind in de onderhavige procedure, maar ook betreffende haar zoon uit een eerdere relatie met weer een andere man. De vrouw woont samen met de andere man, haar zoon uit die eerdere relatie en het kind.<sup>9</sup> Dit alles wijst er inderdaad op dat de vrouw en de andere man hun gezinssituatie – hun feitelijke familie- en gezinsleven, dus hun ‘family life’ in de zin van artikel 8 EVRM – wilden bevestigen en bestendigen.

Ik vind dat de Hoge Raad aan het slot van zijn beschikking met juistheid heeft geoordeeld dat bij de beantwoording van de vraag of de moeder met misbruik van bevoegdheid toestemming aan een andere man heeft gegeven om het kind te erkennen, het belang van die andere man *op zichzelf* geen rol speelt (r.o. 3.5).

### 3 Ten slotte

Ik ben benieuwd wat het Haagse hof na de verwijzing van dit geding door de Hoge Raad gaat beslissen over het al dan niet aanwezig zijn van één van de in artikel 1:204 lid 1 onder e BW (oud) genoemde uitzonderingen op de hoofdregel van nietigheid van de erkenning en – ingeval zich inderdaad één van die uitzonderingen voordeed – over de vraag of de vrouw misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt door toestemming tot erkenning van het kind aan de andere man te verlenen. ■

<sup>9</sup> Zie hierboven onder *De feiten*, punt 2.