

Vervangende toestemming tot erkenning; voorwaardelijke toestemming

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3196, *NJ* 2015/455, m.nt. S.F.M. Wortmann (mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, M.V. Polak, V. van den Brink en T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. F.F. Langemeijer)

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 voordat verzoek bij rechtbank was ingediend, maar nadat verwekker bij brief van zijn advocaat om toestemming aan de moeder had gevraagd. Is de gegeven toestemming voorwaardelijk?

De feiten¹

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- 1 De man en de moeder hebben een affectieve relatie met elkaar gehad. In 2011 is de moeder bevallen van een dochter. De man is de verwekker van de dochter.
- 2 Van meet af aan heeft de man de dochter willen erkennen als zijn kind, maar de moeder heeft daarvoor 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.
- 3 Met toestemming van de moeder is de dochter op 18 december 2012 door de nieuwe partner van de moeder erkend als zijn kind. Sinds 4 maart 2013 zijn de moeder en haar nieuwe partner gezamenlijk belast met het gezag over de dochter.

Het geding in feitelijke instanties²

Voor zover in cassatie van belang, heeft de man bij op 18 februari 2013 ingediend verzoekschrift verzocht voor recht te verklaren dat de erkenning door de nieuwe partner van de moeder nietig is; voorts heeft hij verzocht hem op de voet van artikel 1:204 lid 3 BW vervangende toestemming tot erkenning van de dochter te verlenen, alsmede een regeling voor de omgang tussen hem en de dochter vast te stellen.

De rechtbank heeft de verzochte verklaring voor recht en de vervangende toestemming gegeven, alsmede de man en de moeder verwezen naar Bureau Jeugdzorg voor, kort gezegd, begeleide omgang tussen de man en de dochter.

Het hof heeft de beschikking van de rechtbank vernietigd en de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoeken. Het heeft daaraan, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.

Hoewel de man lange tijd gelegenheid heeft gehad om zich tot de rechter te wenden, heeft hij nagelaten tijdig actie te ondernemen. Niet is komen vast te staan dat de moeder haar bevoegdheid heeft misbruikt door de man toestemming tot erkenning van de dochter te weigeren en haar nieuwe partner wel toestemming daartoe te geven.

Nu geen grond bestaat de erkenning door de nieuwe partner te vernietigen, vervalt ook de grond aan de verzochte vervangende toestemming tot erkenning door de man.

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.

Er zijn onvoldoende aanknopingspunten om een nauwe persoonlijke betrekking tussen de man en de dochter aan te nemen; het verwekkerschap alleen is daartoe onvoldoende. Daarom moet de man niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling tussen hem en de dochter.

Het cassatiemiddel³

Volgens onderdeel 1a van het middel heeft het hof miskend dat in het onderhavige geval, waarin de man reeds een advocaat in de arm had genomen om een procedure tot het verkrijgen van vervangende toestemming in gang te zetten, de moeder niet meer onvoorwaardelijk toestemming aan een ander dan de verwekker kon geven. Het onderdeel betoogt met beroep op de beschikking HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0745, NJ 2002/470, dat de moeder nog slechts voorwaardelijk toestemming aan haar nieuwe partner kon verlenen om de dochter te erkennen. Volgens de klacht had het hof daarom moeten beoordelen of aan de man op grond van artikel 1:204 lid 3 BW vervangende toestemming tot erkenning kon worden verleend.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt onderdeel 1a van het cassatiemiddel als volgt.

‘3.3.2 In de zojuist genoemde beschikking heeft de Hoge Raad als volgt geoordeeld. Met de strekking van art. 1:204 lid 3 BW is onverenigbaar dat in een geval waarin een verzoek om vervangende toestemming aan de rechter is voorgelegd, de moeder de beoordeling daarvan en daarmee de erkenning door de verwekker die reeds om vervangende toestemming heeft gevraagd, zou kunnen blokkeren door aan een ander die het kind wil erkennen, daartoe toestemming te verlenen vóórdat definitief op het desbetreffende verzoek van de verwekker is beslist.

Op grond hiervan moet worden aangenomen dat vanaf het moment waarop een verzoek tot het verlenen van deze vervangende toestemming bij de rechtbank is ingediend en totdat daarop definitief is beslist, de moeder aan een ander slechts voorwaardelijk toestemming tot erkenning kan verlenen. Die toestemming heeft in dat geval alleen gevolg indien de door de verwekker gevraagde vervangende toestemming bij een definitief geworden rechterlijke beslissing is geweigerd.

3.3.3 De Hoge Raad ziet aanleiding de in zijn beschikking van 31 mei 2002 omschreven regel omtrent een slechts voorwaardelijke toestemming tot erkenning, ook te aanvaarden voor het geval de verwekker door middel van een brief van een advocaat aan de moeder (of aan haar advocaat) om toestemming tot erkenning heeft verzocht. Door die brief is voor de moeder immers kenbaar dat de verwekker juridische actie onderneemt om tot erkenning van het kind te komen. Het zou onaanvaardbaar zijn dat, voordat de verwekker bij uitblijven van een (positief) antwoord van de moeder zijn juridische weg kan vervolgen met het indienen van een verzoek tot vervangende toestemming bij de rechtbank, de moeder een voor de verwekker positieve uitkomst daarvan kan blokkeren door, nadat zij die brief heeft ontvangen, toestemming tot erkenning aan een andere man te geven. Evenzeer

is onwenselijk dat (de advocaat van) de verwekker zijn toevlucht zou moeten nemen tot het rauwelijks indienen van een verzoek tot vervangende toestemming bij de rechtbank, teneinde het risico uit te sluiten dat de moeder voor de verwekker de weg om tot erkenning te komen blokkeert. Daarom moet ook in het geval de verwekker door middel van een brief van een advocaat aan de moeder toestemming tot erkenning heeft verzocht, aangenomen worden dat een daarna door de moeder aan een andere man gegeven toestemming tot erkenning slechts een voorwaardelijk karakter heeft zolang niet een (nadien) door de verwekker verzochte vervangende toestemming bij een definitief geworden rechterlijke beslissing is geweigerd. Teneinde te voorkomen dat de situatie te lang ongewis blijft, dient de verwekker het verzoek om vervangende toestemming bij de rechtbank in te dienen uiterlijk drie maanden na de dag waarop de brief van de advocaat aan de moeder is verzonden; bij gebreke daarvan wordt een door de moeder aan een andere man gegeven toestemming onvoorwaardelijk. Deze periode van drie maanden is enerzijds lang genoeg om betrokkenen de gelegenheid tot beraad en overleg te geven, en anderzijds laat zij de betrokkenen niet onnodig lang in onzekerheid.

3.3.4 In het onderhavige geval heeft de man door middel van een brief van zijn advocaat van 4 december 2012 aan de moeder verzocht hem toestemming te verlenen om de dochter te erkennen (zie hiervoor in 3.1 onder ii). Het inleidend verzoekschrift is op 18 februari 2013 bij de rechtbank ingediend (zie hiervoor in 3.2.1), derhalve binnen de zojuist vermelde termijn van drie maanden. Dat brengt mee dat het onderdeel terecht betoogt dat de toestemming van de moeder aan haar nieuwe partner om de dochter te erkennen nog slechts een voorwaardelijk karakter had. Het hof had daarom moeten beoordelen of aan de man op grond van art. 1:204 lid 3 BW vervangende toestemming tot erkenning kon worden verleend. Onderdeel 1a is derhalve gegrond.

3.4 De overige onderdelen behoeven geen behandeling.’

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het Gerechtshof Den Haag van 17 december 2014 en verwijst het geding naar het Gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

Noot

1 Afstamming

Het is alweer een hele tijd geleden dat de Hoge Raad een uitspraak over de vervangende toestemming tot erkenning in de zin van artikel 1:204 lid 3 BW heeft gedaan.⁴ Het grote belang van de onderhavige beschikking is gelegen in de uitbreiding van de toepassing van de door de Hoge Raad in 2002 gegeven regel. Deze regel komt erop neer dat, ingeval de verwekker een verzoek om vervangende toestemming tot erkenning aan de rechter heeft voorgelegd en deze hierover nog niet definitief heeft beslist, de moeder aan een andere man dan de verwekker slechts voorwaardelijk toestemming tot erkenning kan verlenen. Wordt de verwekker vervangende toestemming tot erkenning

³ Ontleend aan punt 3.3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

⁴ Zie de opsomming van de belangrijkste uitspraken van de Hoge Raad sinds 2001 in M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytink, *Personen- en*

familie recht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 185, p. 196, voetnoot 52, waarin ook de in dit verband belangrijkste beschikking HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0745 (concl. A-G i.b.d. J.K. Moltmaker), NJ

2002/470, m.nt. J. de Boer (*vervangende toestemming*), wordt vermeld. De Hoge Raad verwijst zelf ook hiernaar in de onderhavige beschikking (r.o. 3.3.1 t/m 3.3.3).

ning bij een definitief geworden rechterlijke beslissing geweigerd, dan wordt de aan de andere man dan de verwekker gegeven toestemming tot erkenning onvoorwaardelijk. De Hoge Raad zet in de onderhavige beschikking in een overtuigend en goed gemotiveerd betoog uiteen waarom de regel van 2002 ook behoort te gelden als de procedure ter verkrijging van vervangende toestemming tot erkenning nog niet in gang is gezet, maar de verwekker reeds wél door middel van een brief van zijn advocaat aan de moeder om toestemming tot erkenning heeft verzocht (r.o. 3.3.3). De beslissing van de Hoge Raad is volkomen juist en heel redelijk, in het bijzonder ook wat betreft de door hem genoemde termijn van drie maanden (na de dag waarop de brief van de advocaat van de verwekker aan de moeder is verzonden), waarbinnen de verwekker het verzoek om vervangende toestemming tot erkenning bij de rechtbank moet hebben ingediend. De motivering hiervan door de Hoge Raad is kraakhelder en ik heb hieraan niets toe te voegen. Ieder redelijk denkende persoon zou tot dezelfde conclusie als die van de Hoge Raad zijn gekomen.

Zolang de aan de andere man dan de verwekker – de nieuwe partner van de moeder – gegeven toestemming tot erkenning voorwaardelijk is, is een eventueel door hem reeds gedane erkenning nietig op grond van artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder c BW. Een voorwaardelijke toestemming moet men immers voor de toepassing van laatstgenoemde bepaling gelijkstellen met het ontbreken van toestemming. Omdat de erkenning sinds 1 april 2014⁵ ook door een vrouw kan geschieden, is aan het slot van onderdeel c de vader toegevoegd ('zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder of de vader'). Andere belangrijke veranderingen sinds laatstgenoemde datum zijn artikel 1:204 lid 3 onder b BW, op grond waarvan ook de biologische vader van het kind, die niet de verwekker is en in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, dus 'family life' met het kind heeft, vervangende toestemming tot erkenning kan verzoeken, alsmede artikel 1:204 lid 4 BW, op grond waarvan bovendien de zogenaamde instemmende levensgezel (man of vrouw) vervangende toestemming tot erkenning kan verzoeken, zij het alleen als dit in het belang van het kind is.⁶

Wat de toestemming tot erkenning zelf betreft, heb ik vanuit theoretisch/wetenschappelijk standpunt gezien enige moeite met de in de artikelen 1:205 lid 1 aanhef en onder c en – sinds 1 april 2014 – 205a lid 1 aanhef en onder c BW neergelegde constructie. De wetgever regelt in deze bepalingen dat de moeder vernietiging van de

erkenning kan verzoeken, indien zij door een wilsgebrek is bewogen toestemming tot de erkenning te geven. Dat is toch een merkwaardige constructie? Mijns inziens zou het theoretisch zuiverder zijn geweest als de wetgever zou hebben geregeld dat niet de erkenning zelf, maar de toestemming tot erkenning in geval van een wilsgebrek kan worden vernietigd, omdat toestemming een eenzijdige gerichte rechtshandeling is (anders dan de erkenning zelf, die een eenzijdige ongerichte rechtshandeling is⁷) en dus vernietigbaar op grond van artikel 3:59 in verbinding met artikel 3:44 lid 1 BW.⁸ Nadat de toestemming tot erkenning succesvol is vernietigd, heeft de erkenning zelf te gelden als een erkenning zonder toestemming, zodat zij nietig is op grond van artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder c BW.

En hoe zit het als de toestemming tot erkenning onder invloed van een geestelijke stoornis is verleend en het kind inmiddels is erkend? Dit probleem heeft de wetgever niet in de artikelen 1:205 en 205a BW opgelost, maar het kan zich wel degelijk in de praktijk voordoen. Men zal moeten aannemen dat in dit geval de toestemming tot erkenning als eenzijdige gerichte rechtshandeling vernietigbaar is op grond van artikel 3:59 in verbinding met artikel 3:34 lid 2 eerste volzin BW. De aard van de familierechtelijke rechtshandeling 'toestemming tot erkenning' verzet zich naar mijn mening niet daartegen. Onlangs heeft de Hoge Raad immers ook beslist dat de aard van de erkenning zelf als familierechtelijke rechtshandeling zich niet verzet tegen overeenkomstige toepassing van de rechtsfiguur convalescentie of bekrachtiging op grond van artikel 3:59 in verbinding met artikel 3:58 BW, en terecht.⁹

2 Gezag en omgang

Sinds 4 maart 2013 zijn de moeder en haar nieuwe partner gezamenlijk belast met het gezag over de dochter, zeer waarschijnlijk op grond van een aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister krachtens artikel 1:252 in verbinding met artikel 1:244 BW, nu hier sinds 18 december 2012 sprake is van twee juridische ouders, de moeder op grond van artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder a BW en de vader op grond van artikel 1:199 aanhef en onder c BW. Stel nu dat de verwekker vervangende toestemming tot erkenning krijgt en vervolgens de dochter als zijn kind erkent. Wat betekent dit dan voor het gezag? Op het eerste gezicht lijkt het dan mogelijk dat de verwekker langs de weg van artikel 1:253n lid 1 BW de rechtbank verzoekt dat het gezamenlijk gezag van de moeder en

5 Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 480, in werking getreden op 1 april 2014, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie (Wet lesbisch ouderschap).

6 Laatstgenoemde bepaling is ingevoegd bij (gewijzigd) amendement-Hennis-Plasschaert c.s., *Kamerstukken II* 2012/13, 33032, 9-11 en 15, waarover Van Mourik & Nuytinck (zie voetnoot 4), nr. 185.

7 Aldus Van Mourik & Nuytinck (zie voetnoot 4), nr. 182.

8 Met dwaling is hier iets bijzonders aan de hand. Dit wilsgebrek wordt niet genoemd in art. 3:44 lid 1 BW, maar uitdrukkelijk wél in de art. 1:205 lid 1 onder c en 205a lid 1 onder c BW. Formeel is dwaling hier alleen van toepassing langs de weg van beide laatstgenoemde bepalingen, maar niet langs de weg van art. 6:216 i.v.m. art. 6:228 BW, omdat noch de erkenning noch de toestemming tot erkenning een meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling is, maar juist een eenzijdige familierechtelijke rechtshandeling (de erkenning zelf ongericht en de toestemming tot erkenning gericht). Niettemin gaat het materieel ook

hier – dus in het kader van de art. 1:205 en 205a BW – om een onjuiste voorstelling van zaken, zoals de wetgever dwaling in het algemeen overeenkomstenrecht noemt (art. 6:228 lid 1 aanhef BW).

9 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:179 (concl. A-G P. Vlas), AA 2015, afl. 3, p. 215-218, m.nt. A.J.M. Nuytinck, AA20150215 (*bekrachtiging van nietige erkenning I*). Zie voor een soortgelijke beslissing ook HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:186 (concl. A-G P. Vlas), NJ 2015/106, m.nt. S.F.M. Wortmann (*bekrachtiging van nietige erkenning II*).

haar nieuwe partner in de zin van artikel 1:252 lid 1 BW wordt beëindigd, omdat indertijd van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan, nu de nieuwe partner van de moeder nooit ouder blijkt te zijn geweest. Dit zou dan echter neerkomen op een enigszins oneigenlijke toepassing van artikel 1:253n lid 1 BW, omdat dit verzoek niet uitgaat van de moeder of haar nieuwe partner, maar van de verwekker. Daarom ligt het meer voor de hand aan te nemen dat laatstgenoemde de rechtbank met een rechtstreeks beroep op artikel 1:253c lid 1 BW om gezamenlijk gezag van de moeder en hemzelf dan wel om eenhoofdig gezag van hemzelf kan verzoeken. Indien het verzoek van de verwekker ertoe strekt de moeder en hemzelf met het gezamenlijk gezag te belasten en de moeder met gezamenlijk gezag niet instemt, wordt het verzoek op grond van artikel 1:253c lid 2 BW slechts afgewezen indien is voldaan aan het klem- of verloren-criterium dan wel aan het

noodzakelijkheids criterium. Overigens lijkt mij de kans dat de rechter op de zojuist aangegeven manier wijziging in de gezagsrechtelijke situatie aanbrengt, uiterst klein, omdat hij het feitelijke familie- en gezinsleven ('family life') van de moeder, haar nieuwe partner en de dochter in de zin van artikel 8 EVRM zal willen beschermen. Het supranationale recht behoort – zeker in een geval als het onderhavige – krachtens artikel 94 Grondwet voorrang te hebben boven het nationale gezagsrecht. De verwekker zal dus, nadat hij vervangende toestemming tot erkenning heeft gekregen en de dochter als zijn kind heeft erkend, in beginsel genoeg moeten nemen met zijn juridisch ouderschap en geen wijziging in de gezagsrechtelijke situatie kunnen bewerkstelligen. Als de niet met het gezag belaste ouder heeft de verwekker uiteraard wél het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind overeenkomstig de artikelen 1:377a-377g BW.¹⁰ ■

¹⁰ Zie hierover Van Mourik & Nuytinck (zie voetnoot 4), nr. 229-236.