

## Vernietiging door verwekker van erkenning door niet-verwekker

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 12 november 2004, JOL 2004, 578, *RvdW* 2004, 125 (mrs. P. Neleman, D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spakens, J.C. van Oven, F.B. Bakels; A-G mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense)

Verzoek verwekker tot vernietiging erkenning kind door een ander; grondslag; maatstaf (art. 1:204 en 205 BW)

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

De moeder en de man hebben gedurende een jaar, tot medio 1996, een affectieve relatie gehad, uit welke relatie in 1996 M. is geboren. De man is de verwekker van M. Hij heeft M. niet erkend. De moeder is van rechtswege belast met het gezag over M. M. verblijft bij de moeder. Bij akte van 17 april 2001 is M. met toestemming van de moeder erkend door W., waarbij tevens is gekozen voor de naam W. als geslachtsnaam voor M.

### *Het geding in eerste aanleg en in hoger beroep*<sup>2</sup>

Met een op 3 januari 2002 ter griffie van de rechtbank te Middelburg ingekomen verzoekschrift heeft de man zich gewend tot die rechtbank en verzocht:

- de door W. gedane erkenning van de minderjarige M. aan te merken als nietig, althans deze te vernietigen;
- de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente H. te gelasten de akte van die erkenning van M. door W. door te halen;
- aan hem vervangende toestemming te verlenen M. te erkennen;
- de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente H. te gelasten een erkenningsakte op te maken, waarin M. wordt erkend door de man en waarbij zij de achternaam S. zal dragen.

De moeder heeft het verzoek bestreden. De rechtbank heeft bij beschikking van 29 mei 2002 de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek om de door W. gedane erkenning van de minderjarige M. aan te merken als nietig, althans deze te vernietigen, en voorts hetgeen meer of anders is verzocht afgewezen. Tegen deze beschikking heeft de man hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij beschikking van 28 mei

2003 heeft het hof de bestreden beschikking, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, bekrachtigd en het in hoger beroep meer of anders verzochte afgewezen.

De man heeft aan zijn hierboven onder a tot en met d vermelde verzoeken ten grondslag gelegd dat de moeder meermalen heeft geweigerd hem toestemming te geven tot erkenning en dat de erkenning door W. niet rechtsgeldig is, nu volgens de man de moeder uitsluitend om de door hem gewenste erkenning te doorkruisen aan W. toestemming tot erkenning heeft gegeven, zodat sprake was van misbruik van recht en derhalve de vereiste toestemming ontbrak; hij heeft in dat verband betoogd dat hij met M. 'family life' heeft. Hij heeft zijn verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming gegrond op artikel 1:204 lid 3. De moeder heeft zich primair beroepen op niet-ontvankelijkheid van de man in zijn verzoek de erkenning door W. aan te merken als nietig, althans deze te vernietigen. Subsidiar heeft zij verzocht dit verzoek ongegrond te verklaren en de overige verzoeken van de man af te wijzen. Zij heeft daartoe aangevoerd dat de man jarenlang geen enkele poging heeft ondernomen M. te erkennen en dat zij geen misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid W. toestemming tot erkenning te verlenen, nu zij daarbij een rechtens te respecteren belang had, te weten de bevestiging van de hechte band die is ontstaan tussen W. en M., die thans in een hechte gezinssituatie door W. en de moeder wordt verzorgd en opgevoed.

### *Het geding in cassatie en de beoordeling door de Hoge Raad van het middel*

De Hoge Raad gaat in rechtsoverweging 3.5.1 allereerst in op de betekenis van artikel 1:204 lid 3, waarin is geregeld dat de toestemming van de moeder kan worden vervangen door die van de rechtbank, 'indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden, en de man de verwekker is van het kind'. De Hoge Raad herhaalt in deze rechtsoverweging

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

2 Ontleend aan punt 1 (onder *Het geding in feitelijke instanties*)

en punt 3.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

zijn eerdere beslissing<sup>3</sup> over de betekenis van artikel 1:204 lid 3.

'3.5.1. (...) Bij de toepassing van deze bepaling komt het aan op een afweging van de belangen van de betrokkenen, waarbij tot uitgangspunt dient te worden genomen dat zowel het kind als de verwekker aanspraak erop heeft dat hun relatie rechtens wordt erkend als een familierechtelijke rechtsbetrekking. Door de rechter zullen het belang en de aanspraak van de man op erkenning moeten worden afgewogen tegen de belangen van de moeder en het kind bij niet-erkenning (...).'

In rechtsoverweging 3.5.2 gaat de Hoge Raad uitvoerig in op de wetgeschiedenis van artikel 1:204 lid 3 in verbinding met artikel 1:205 lid 1, in welke laatste bepaling een limitatieve opsomming is opgenomen van personen die zijn gerechtigd een verzoek in te dienen tot vernietiging van de erkenning. De Hoge Raad wijst daarbij in het bijzonder op de nota naar aanleiding van het verslag.<sup>4</sup> Hij vervolgt zijn beschikking dan met drie rechtsoverwegingen 3.5.3, 3.5.4 en 3.5.5, die ik hier vanwege hun grote belang integraal citeer.

'3.5.3. Uit dit een en ander<sup>5</sup> moet worden afgeleid dat de wetgever het onder het nieuwe recht 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 moeder gedane erkenning van het kind aantast indien door de moeder toestemming tot erkenning door de niet-verwekker is gegeven met slechts het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden. Gelet op het standpunt van de wetgever dat er geen reden is de verwekker die heeft nagelaten gebruik te maken van de bevoegdheid het kind met vervangende toestemming van de rechtbank te erkennen, achteraf de mogelijkheid te bieden de door een andere man gedane erkenning te laten vernietigen, alsmede op de verstrekende gevolgen die de vernietiging van een erkenning heeft, kan niet worden aangenomen dat bij de beantwoording van de vraag of bij het geven van toestemming aan een ander dan de verwekker sprake is geweest van misbruik van bevoegdheid een ruimere maatstaf moet worden gehanteerd dan zojuist is weergegeven. Indien in de hier bedoelde situatie niet kan worden gezegd dat de moeder bij het geven van toestemming aan een ander dan de verwekker slechts het oogmerk had de belangen van de verwekker te schaden, en waarin derhalve evenmin sprake is van het gebruiken van een bevoegdheid met een ander doel dan waarvoor zij is verleend noch van het ontbreken van een rechtens te respecteren belang bij het geven van die toestemming, heeft de wetgever blijkbaar aanvaard dat dan alleen het kind de erkenning moet kunnen vernietigen.

3.5.4. Daarmee heeft de wetgever het belang van de verwekker dat zijn relatie met het kind rechtens wordt erkend als een familierechtelijke relatie niet uit het oog verloren en is hij (de wetgever) evenmin eraan voorbijgegaan dat in het nieuwe afstammingsrecht is beoogd meer aansluiting te zoeken bij de biologische werkelijkheid. De wetgever heeft immers, kennelijk mede met het oog op het belang van het kind, een regeling willen geven die voorkomt dat een eenmaal met toestemming van de moeder totstandgekomen erkenning en daarmee de juridische status van het kind worden aangevochten, en daarop – afgezien van het geval dat het kind zelf de erkenning wil aantasten – slechts een beperkte uitzondering willen maken.

3.5.5. Opmerking verdient dat het met de hiervóór aangehaalde parlementaire geschiedenis<sup>6</sup> strookt in gevallen waarin de verwekker niet of niet tijdig om vervangende toestemming heeft kunnen vragen, bijvoorbeeld omdat hem niet bekend was dat hij de verwekker van het betrokken kind is, een minder strikte maatstaf te hanteren, 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 beslissing van de Hoge Raad*

Ten slotte past de Hoge Raad deze drie rechtsoverwegingen toe op het onderhavige geval in de rechtsoverwegingen 3.6, 3.7.1 en 3.7.2. Hij wijst erop dat rechtbank en hof geen misbruik van bevoegdheid door de moeder hebben aangenomen. Volgens de Hoge Raad heeft het hof hierbij de juiste maatstaf toegepast en hij sluit zijn beschikking als volgt af.

'3.7.2. Met zijn oordeel dat de moeder een in rechte te respecteren belang heeft bij haar weigering toestemming te verlenen tot de erkenning van M. door de man, waarin gelet op het zojuist overwogene besloten ligt dat zij ook een in rechte te respecteren belang had bij het geven van haar toestemming aan W., heeft het hof niet blij gegeven van miskenning van de juiste, hiervóór in 3.5.3 weergegeven maatstaf. Deze maatstaf is hier terecht toegepast, omdat naar het kennelijke oordeel van het hof zich hier de situatie voordoet dat de man tijdig voordat M. met toestemming van de moeder op 17 april 2001 door W. werd erkend, een verzoek om vervangende toestemming bij de rechtbank heeft kunnen indienen: de man heeft immers gesteld dat hij regelmatig vanaf de geboorte van M. in 1996 tevergeefs aan de moeder toestemming heeft gevraagd en (...) het hof (is) ervan uitgegaan dat de man ook geen verzoek om vervangende toestemming heeft gedaan nadat de moeder aan de advocaat van de man had medegedeeld dat zij en W. erover dachten om M. door W. te laten erkennen.'

3 HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571, m.nt. JdB (vervangende toestemming).

4 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 649, nr. 6, p. 21 en 40, waarin wordt verwezen naar HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598, m.nt. EAAL (weigerig toestemming erkenning).

5 De Hoge Raad bedoelt de wetgeschiedenis van art. 1:204 lid 3 jo. art. 1:205 lid 1, die hij uitvoerig heeft geciteerd in rechtsoverweging 3.5.2 (zie de vorige noten).

6 Zie de vorige twee noten.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de man.

## NOOT

### 1 *Wie kunnen een erkenning vernietigen?*

De wet geeft in artikel 1:205 lid 1 een limitatieve opsomming van personen die zijn gerechtigd een verzoek in te dienen tot vernietiging van een erkenning. Het is logisch dat deze kring van personen beperkt is, omdat vernietiging van een erkenning verstrekkende gevolgen heeft, waarmee de juridische status van een kind wordt aangevochten, zoals de Hoge Raad in de rechtsoverwegingen 3.5.3 en 3.5.4 benadrukt. Het gaat om:

- a. het kind zelf, maar het kan geen verzoek tot vernietiging van de erkenning indienen als de erkenning tijdens zijn meerderjarigheid heeft plaatsgevonden;
- b. de erkenner, maar alleen indien hij door bedreiging, dwaling, bedrog of, tijdens zijn minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden daartoe is bewogen;
- c. de moeder, maar alleen indien zij door bedreiging, dwaling, bedrog of, tijdens haar minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden is bewogen toestemming tot de erkenning te geven.

Aan een dergelijk verzoek moet ten grondslag worden gelegd dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is (art. 1:205 lid 1, aanhef). De vernietiging van de erkenning heeft terugwerkende kracht (art. 1:206 lid 1). In het onderhavige geval is de vraag aan de orde of ook de verwekker de door de niet-verwekker gedane erkenning in rechte kan laten vernietigen. In beginsel is die mogelijkheid er niet, zoals heel duidelijk blijkt uit de door de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.2 geciteerde parlementaire geschiedenis van artikel 1:204 lid 3 in verbinding met artikel 1:205 lid 1. De verwekker is bewust niet opgenomen in de limitatieve opsomming van laatstgenoemde bepaling. Op deze hoofdregel bestaat slechts één uitzondering, te weten het geval van misbruik van bevoegdheid door de moeder.

### 2 *Misbruik van bevoegdheid*

Het leerstuk misbruik van bevoegdheid speelt ook in het personen- en familierecht, in het bijzonder het afstammingsrecht, een belangrijke rol. Dit vloeit voort uit de schakelbepaling van artikel 3:15, die inhoudt dat onder andere artikel 3:13, dat misbruik van bevoegdheid regelt, buiten het

vermogensrecht – lees in dit verband: in het personen- en familierecht – toepassing vindt, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.<sup>7</sup> Het gaat vooral om artikel 3:13 lid 2, waarin de wetgever een enuntiatieve opsomming geeft van drie gevallen van misbruik van bevoegdheid, die ook terugkeren in de onderhavige beschikking van de Hoge Raad. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt:

- a. door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of
- b. door haar uit te oefenen met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of
- c. 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.

Het onderscheid tussen de onder a en b genoemde gevallen enerzijds en het onder c genoemde geval anderzijds is van belang, zoals vooral blijkt uit de rechtsoverwegingen 3.5.3 en 3.5.5 van de beschikking van de Hoge Raad. In zijn visie vallen de beide eerstgenoemde gevallen onder de normale (strikte, niet ruimere) maatstaf (rechtsoverweging 3.5.3) en het laatstgenoemde geval onder de minder strikte maatstaf (rechtsoverweging 3.5.5). De verwekker kan, ondanks het feit dat hij niet in artikel 1:205 lid 1 is genoemd, de door de niet-verwekker met toestemming van de moeder gedane erkenning wél aantasten, indien de moeder bij het geven van toestemming aan een ander dan de verwekker slechts het oogmerk had de belangen van de verwekker te schaden, of indien zij haar bevoegdheid gebruikte met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, of – en nu volgt een niet met zoveel woorden in artikel 3:13 lid 2 genoemde situatie – indien bij de moeder een rechtens te respecteren belang bij het geven van die toestemming ontbrak. Doet geen van deze gevallen zich voor, dan moet alleen het kind de erkenning kunnen vernietigen. De erkenner en de moeder kunnen immers uitsluitend vernietigen in geval van een wilsgebrek, genoemd in artikel 1:205 lid 1, onder b en c. Al deze gevallen van misbruik van bevoegdheid vallen onder de normale maatstaf.

Een minder strikte maatstaf moet worden gehanteerd als het gaat om gevallen waarin de verwekker niet of niet tijdig om vervangende toestemming heeft kunnen vragen, bijvoorbeeld omdat hem niet bekend was dat hij de verwekker van het betrokken kind is. Die minder strikte maatstaf is die van artikel 3:13 lid 2, slot, volgens welke men moet nagaan – vertaald naar het per-

<sup>7</sup> Opvallend is dat de wetgever in art. 3:15 spreekt over 'toepassing' en niet over 'overeenkomstige toepassing', zoals hij dat wél doet in andere schakelbepalingen, bijvoorbeeld de art.

3:15c, 59, 78, 79, 98 en 326, alsmede de art. 6:4, 216, 261 lid 2 en 279 lid 1. Alleen in de schakelbepaling van art. 6:26 ontbreekt evenals in art. 3:15 het woord 'overeenkomstige'.

sonen- en familierecht toe – 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.

Deze laatste situatie was in het onderhavige geval niet aan de orde. De man wist immers dat hij de verwekker van het kind is. Hij had de rechtbank allang om vervangende toestemming in de zin van artikel 1:204 lid 3 kunnen vragen, maar hij is gewoon laks geweest: hij wist dat de moeder en W. erover dachten om het kind M. door W. te laten erkennen (rechtsoverweging 3.7.2, laatste zin, slot), vervolgens wordt het kind op 17 april 2001 door W. erkend en pas op 3 januari 2002, dus bijna negen maanden later, verzoekt de man vervangende toestemming. De man moet dus niet zeuren, juridisch uitgedrukt: hij heeft zijn recht in dit opzicht verwerkt. Het zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, als hij nu nog zijn recht om vervangende toestemming te verzoeken zou kunnen geldend maken. Had de verwekker tijdig om vervangende toestemming gevraagd, dan had de moeder tijdens de procedure ter verkrijging van vervangende toestemming aan een andere man dan de verwekker geen toestemming tot erkenning, althans niet onvoorwaardelijk, kunnen verlenen. Dit heeft de Hoge Raad<sup>8</sup> enkele jaren geleden beslist.

De Hoge Raad overweegt dat met de strekking van artikel 1:204 leden 1 en 3 onverenigbaar is dat in een geval waarin de vraag of de gronden tot weigering van de vervangende toestemming ontbreken, 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.

De Boer merkt in punt 5 van zijn *NJ*-annotatie<sup>9</sup>

op dat uit de laatste zin van de beschikking van de Hoge Raad volgt dat het gaat om een opschortende voorwaarde. Dit betekent dat erkenning door de andere man nog niet mogelijk is. De ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris zal dus moeten weigeren een erkenningsakte op te maken totdat definitief aan de verwekker vervangende toestemming is geweigerd. Ik ben het eens met De Boer. Met name lijkt het mij niet wenselijk dat een erkenningsakte al wordt opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris en wordt ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, voordat de daarin vermelde opschortende voorwaarde van definitieve weigering van vervangende toestemming aan de verwekker is vervuld. Weliswaar kan in beginsel ook een erkenning onder een voorwaarde worden verricht op grond van overeenkomstige toepassing van artikel 3:38 lid 1, maar verdedigbaar is dat – gelet op artikel 3:59 – de aard van de rechtshandeling erkenning zich ertegen verzet dat de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris al een erkenningsakte opmaakt voordat de genoemde opschortende voorwaarde is vervuld. Hier is immers de juridische status van het kind in het geding. Het gaat hier om de rechtspositie van een natuurlijke persoon. Behalve artikel 3:59 houdt ook de aanhef van artikel 3:38 lid 1 zelf al een belangrijke beperking in: ‘Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit (...)’.

### 3 *Recht en biologie*

Betekent de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad dan niet dat het uitgangspunt van het nieuwe, sinds 1 april 1998<sup>10</sup> geldende afstammingsrecht, dat het recht zoveel mogelijk moet aansluiten bij de biologische werkelijkheid, al te zeer geweld wordt aangedaan? Ik denk van niet. Terecht stelt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.4 dat de wetgever niet eraan is voorbijgegaan dat in het nieuwe afstammingsrecht is beoogd meer aansluiting te zoeken bij de biologische werkelijkheid. De Hoge Raad geeft de bedoeling van de wetgever – een mooi voorbeeld van teleologische interpretatie – als volgt weer. ‘De wetgever heeft immers, kennelijk mede met het oog op het belang van het kind, een regeling willen geven die voorkomt dat een eenmaal met toestemming van de moeder totstandgekomen erkenning en daarmee de juridische status van het kind worden aangevochten, en daarop – afgezien van het geval dat het kind zelf de erkenning wil aantasten – slechts een beperkte uitzondering willen maken.’

8 HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470, m.nt. JdB (vervangende toestemming).

9 Zie de vorige noot.

10 Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772, in werking getreden op 1 april 1998, tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie.

Inderdaad kan het kind altijd nog zelf de erkenning vernietigen, behalve als de erkenning tijdens zijn meerderjarigheid heeft plaatsgevonden (art. 1:205 lid 1, aanhef en onder a). Een ander voorbeeld van aansluiting van het recht bij de biologische werkelijkheid komt men tegen in artikel 1:200 betreffende de ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap. Ook deze ontkenning vindt plaats op de grond dat de man niet de biologische vader van het kind is (art. 1:200 lid 1, aanhef). Het Kroon-arrest van het Europese Hof<sup>11</sup> is hier richtinggevend geweest, in het bijzonder de overweging van het Hof dat respect voor 'family life' (art. 8 EVRM) vereist dat de biologische en de sociale werkelijkheid boven een wettelijke presumpctie gaan, in casu het wettelijk vermoeden dat de (eventueel overleden) echtgenoot van de moeder ook wel de biologische vader van het kind zal zijn (art. 1:200 lid 1 jo. art. 1:199, aanhef en onder a en b).<sup>12</sup> Aan de andere kant komt men in de wet ook een voorbeeld van het tegendeel tegen, dus het geval dat het recht juist niet aansluit bij de biologische werkelijkheid. Ik bedoel de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de zogenaamde 'instemmende levensgezel', dat is de man die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:207 lid 1, aanhef), waarbij men dan moet denken aan kunstmatige inseminatie van de moeder met sperma van een donor (KID), die een andere man dan de levensgezel van de moeder is. In dat geval heeft deze levensgezel biologisch-genetisch in het geheel niets met het kind te maken, maar wordt hij wél de juridische vader van het kind. Sterker nog: in deze situatie kan zelfs het kind, als het ontdekt dat deze man niet zijn biologische vader is, diens vaderschap niet ontkennen, nu noch artikel 1:200, noch artikel 1:205 in dit geval van toepassing is!<sup>13</sup>

#### 4 Gezag en omgang

Nu de verwekker niet de juridische vader van het kind kan worden, rijst de vraag of hij gezag over dan wel omgang met zijn biologische kind kan verwerven. De moeder is van rechtswege belast met het gezag over M. (art. 1:253b). De moeder is niet gehuwd met de juridische vader W. Dat bete-

kent echter niet dat de moeder en W. niet gezamenlijk het gezag over M. kunnen uitoefenen. Dat is wel degelijk mogelijk, zij het niet automatisch. Zij moeten als juridische ouders van M., die niet met elkaar zijn gehuwd en ook niet met elkaar gehuwd zijn geweest, de griffier van de rechtbank tezamen verzoeken een aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister ter griffie van de rechtbank op te nemen (art. 1:252 jo. art. 1:244). Voor de verwekker maakt het niet veel uit of de moeder alleen dan wel tezamen met W. het gezag over M. uitoefent: voor hem is de kans op gezag – in dit geval voorgid, omdat de verwekker geen juridische ouder is (art. 1:245 lid 3, tweede zin) – praktisch uitgesloten.

Ik wijs er nog op dat de tekst van artikel 1:252 lid 1 binnenkort wordt gewijzigd in die zin, dat daaraan het geregistreerd partnerschap wordt toegevoegd. De nieuwe tekst luidt als volgt. 'De ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, oefenen het gezag over hun minderjarige kinderen gezamenlijk uit, indien dit op hun beider verzoek in het register, bedoeld in artikel 244, is aangekend. Een verzoek als bedoeld in de eerste volzin kan niet worden gedaan ten aanzien van kinderen over wie zij het gezag gezamenlijk hebben uitgeoefend.'<sup>14</sup> Het geregistreerd partnerschap is toegevoegd naast het huwelijk, omdat sinds 1 januari 2002<sup>15</sup> de ouders of de ouder en de niet-ouder op grond van artikel 1:253aa of 253sa van rechtswege het gezag verkrijgen over het staande hun geregistreerd partnerschap geboren kind. Er is derhalve geen reden meer voor geregistreerde partners om toepassing van artikel 1:252 te vragen, tenzij het gezamenlijk gezag door de rechter is beëindigd. In zo'n situatie is aantekening in het gezagsregister teneinde gezamenlijk gezag te krijgen niet gewenst, omdat slechts een rechterlijke beslissing het gezamenlijk gezag kan beëindigen en het niet voor de hand ligt om een rechterlijke beslissing waarbij het gezamenlijk gezag is beëindigd, met een eenvoudig verzoek tot aantekening ter zijde te schuiven. Op grond van artikel 1:253o kunnen de ouders of één van hen wel een verzoek tot gezamenlijk gezag aan de rechtbank voorleggen.<sup>16</sup>

Kan de verwekker met succes omgang met zijn biologische kind M. verzoeken? Het antwoord op

11 EHRM 27 oktober 1994, NJ 1995, 248, m.nt. JdB (Kroon e.a.-Nederland).

12 Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytincq, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks burgerlijk recht deel 1, 2e druk), Deventer: Kluwer 2002, nr. 178.

13 Aldus M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytincq (zie de vorige noot), nr. 188, p. 171 middenin.

14 Nota van wijziging ter zake van wetsvoorstel 29 353 tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de

geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag (*Kamerstukken II 2004/05, 29 353, nr. 8, p. 1, toegelicht op p. 2-3*).

15 Wet van 4 oktober 2001, *Stb.* 2001, 468, in werking getreden op 1 januari 2002, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap.

16 Aldus de toelichting op het nieuwe art. 1:252 lid 1 (*Kamerstukken II 2004/05, 29 353, nr. 8, p. 3*).

deze vraag luidt bevestigend, zij het dat de verwekker zijn verzoek daartoe niet kan baseren op artikel 1:377a, omdat hij niet de juridische ouder is. De Hoge Raad<sup>17</sup> heeft in 1996 immers beslist dat naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever een verwekker die het kind niet heeft erkend, niet een ouder in de zin van artikel 1:377a is. De verwekker kan echter wel omgangsrecht hebben. Alleen moet hij zijn verzoek baseren op artikel 1:377f, dat een nauwe persoonlijke betrekking tussen de verzoeker en het kind verlangt. Het belang van het onderscheid tussen het omgangsrecht van artikel 1:377a enerzijds en dat van artikel 1:377f anderzijds is gelegen in het feit dat de rechter in het eerste geval het recht op omgang slechts ontzegt, indien zich één van de vier in arti-

kel 1:377a lid 3, onder a tot en met d, genoemde gevallen voordoet, terwijl de rechter in het tweede geval het verzoek kan afwijzen op grond van artikel 1:377f lid 1, tweede zin, indien het belang van het kind zich tegen toewijzing verzet of indien het kind van twaalf jaren of ouder bezwaar maakt.<sup>18</sup> Overigens kan het in het onderhavige geval nog wel eens een probleem voor de verwekker worden om een nauwe persoonlijke betrekking – te vergelijken met ‘family life’ in de zin van artikel 8 EVRM – met zijn biologische kind aannemelijk te maken, nu hij in Groot-Brittannië en het kind M. in Nederland woont. Ten slotte merk ik nog op dat ook het omgangsrecht binnenkort wijzigingen zal ondergaan, zoals die ten gevolge van de introductie van het ouderschapsplan.<sup>19</sup> ✎

17 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 423, m.nt. JdB; zie ook HR 5 juni 1998, *NJ* 1999, 129, m.nt. JdB en HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545, m.nt. SFMW. Deze uitspraken betreffen alle drie het omgangsrecht van de biologische vader.

18 Vergelijk M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck (zie noot 12), nr. 230 en 234.

19 Initiatiefwetsvoorstel Luchtenveld tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en van enkele andere wetten in verband met de invoering van de mogelijkheid van beëindiging van het

huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst alsmede van een gewijzigde vaststelling en effectieve handhaving van de afspraken en rechterlijke beslissingen die in verband met de ontbinding van het huwelijk of nadien tot stand zijn gekomen over de wijze waarop door beide ouders vorm wordt gegeven aan het voortgezet ouderschap (beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap); zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 676, nr. 5 en 10. De minister bereidt een eigen wetsvoorstel ‘Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding’ voor.