

Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder

In welke mate heeft de biologische vader het recht het kind te erkennen, hoe werkt prenatale erkenning in deze context en welk recht heeft het kind van duo-moeders op afstammingsinformatie in het licht van het EVRM en IVRK?

door

Professor Caroline Forder
bijzonder hoogleraar Europees Familierecht
Universiteit Maastricht

Eindrapport
2 februari 2009
In opdracht van het Ministerie van Justitie

Inhoudsopgave

Deel 1	Inleiding	1
Deel 2	Het recht van de zaaddonor om het kind te erkennen	3
2.1	Algemeen: uitgangspositie en definities	3
2.1.1	Uitgangspositie.....	3
2.1.2	Definitie biologische vader, verwekker, verwekking en zaaddonor	4
2.1.3	Rechtspositie zaaddonor sterk in ontwikkeling.....	5
2.2	Het recht van de zaaddonor om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind slechts één juridische ouder heeft	6
2.2.1	Het recht van de biologische vader om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind slechts één juridische ouder heeft	7
2.2.1.A	Het recht van de verwekker om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind slechts één juridische ouder heeft	8
	– Hoofregel.....	8
	– Uitzondering: erkenning mag worden geweigerd indien aannemelijk is dat erkenning het belang van het kind zal schaden .	8
	– Hoge Raad: artikel 8 EVRM en het misbruik van recht.....	9
	– De belangenafweging in artikel 1:204 lid 3 BW	10
	– De feiten die de afweging beïnvloeden	11
2.2.1.B	Het recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind slechts één juridische ouder heeft	13
	– Zaaddonor geen verwekker	13
	– Zaaddonor geniet bescherming artikel 8 EVRM, familie- en gezinsleven een vereiste.....	13
	– De feiten die nodig zijn om familie- en gezinsleven tussen de zaaddonor en het kind aan te nemen.....	14
	– Hoge Raad geeft verruimde toepassing aan uitspraak Europees Hof in zaak Lebbink	15
	– Afweging van de belangen van de zaaddonor met familie- en gezinsleven, de moeder en het kind.....	17
	– Is de Nederlandse regeling over het erkenningsverzoek van de zaaddonor met familie- en gezinsleven EVRM-conform?.....	19
	– Onderscheid verwekker en zaaddonor met familie- en gezinsleven	21
	– Discriminatietoets.....	22
	– Beoordeling van de rechtmatigheid van het verschil in rechtsposities van de verwekker en de zaaddonor met familie- en	

	gezinsleven met betrekking tot de verkrijging van vervangende toestemming voor erkenning van het kind.....	22
2.2.2	Tussenconclusie.....	28
2.3	Het recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind reeds twee juridische ouders heeft.....	29
2.3.1	De wijze waarop de man-niet-verwekker het juridische ouderschap heeft verkregen	30
2.3.2	De positie van de biologische vader indien de moeder met een man/vrouw-niet-verwekker in het huwelijk treedt.....	32
2.3.2.1.A	Positie van de verwekker die wil erkennen, terwijl de moeder op het tijdstip van de geboorte met een man of een vrouw is gehuwd....	32
	– Het recht van de verwekker op respect voor zijn privé-leven	32
	– Afspraak tussen de moeder en de verwekker dat deze laatste een rol in het leven van het kind zal krijgen	32
	– Het gewicht dat aan de feitelijke verzorgingssituatie toekomt	33
2.3.2.1.B	Positie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven die wil erkennen, terwijl de moeder op het tijdstip van de geboorte met een man of een vrouw is gehuwd.....	34
	– Intenties van de moeder en de zaaddonor en de afspraak dat deze laatste een rol in het leven van het kind zal hebben	34
	– Het gewicht dat aan de feitelijke verzorgingssituatie toekomt	35
2.3.2.2	Tussenconclusie.....	36
2.3.3	De erkenningspoging van de biologische vader indien de niet-verwekker het kind met toestemming van de moeder het kind heeft erkend	36
2.3.3.1.A	De mogelijkheden van de verwekker om de nietigheid van de door de niet-verwekker gedane erkenning in te roepen en vervangende toestemming te verkrijgen.....	36
	– Europees Hof: ongenueanceerde uitsluiting erkenningspoging door verwekker op grond van erkenning door niet-verwekker is in strijd met het EVRM	36
	– Hoge Raad: Volgens hoofdregel heeft de verwekker geen erkenningsmogelijkheid indien het kind reeds twee ouders heeft.....	37
	– Verwekker mag bij wijze van uitzondering een beroep doen op de nietigheid van de erkenning	39
	– In de eerste uitzonderingssituatie legt de rechter een minder strikte maatstaf aan	39
	– Wanneer is de eerste uitzondering van toepassing?.....	40
	– Mogelijke tweede uitzonderingssituatie: de verwekker heeft een groter aandeel in de verzorging en opvoeding dan gebruikelijk is.....	42
	– De belangenafweging (in de eerste uitzonderingssituatie)	43

2.3.3.1.B	De mogelijkheden voor de zaaddonor om de nietigheid van de door de vrouwelijke partner gedane erkenning in te roepen en vervangende toestemming te krijgen	44
	– Zaaddonor met familie- en gezinsleven behoort (beperkt) recht te hebben om vernietiging van de erkenning te verzoeken ..	44
2.3.3.2	Tussenconclusie	44
	– Erkenningspoging door de verwekker.....	44
	– Erkenningspoging door de zaaddonor met familie- en gezinsleven	46
2.4	Het recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven op afstammings(gerelateerde) informatie	47
2.4.1	Het recht van de biologische vader op afstammings(gerelateerde) informatie	47
2.4.1.A	Het recht van de verwekker op afstammings(gerelateerde) informatie	48
	– Recht op afstammingsgegevens	48
	– Recht van de verwekker op afstammingsgegevens	49
	– Recht op afstammingsinformatie verwekker beperkt in het belang van de gezinsrelatie.....	49
	– Recht op afstammingsinformatie beschermt ook pure nieuwsgierigheid.....	50
2.4.1.B	Recht op afstammings(gerelateerde) informatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven	50
2.4.2	Tussenconclusie	53
	– Recht van de verwekker op afstammings(gerelateerde) informatie	53
	– Recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven op afstammings(gerelateerde) informatie.....	54
Deel 3	Prenatale erkenning door een vrouwelijke partner	55
3.1	Prenatale erkenning	55
3.1.A	Prenatale erkenning door een mannelijke partner van de moeder	55
3.1.B	Prenatale erkenning door een vrouwelijke partner van de moeder ...	56
	Afstand van rechten?	57
3.2	Tussenconclusie	57
Deel 4	Recht van het kind op afstammingsinformatie	59
4.1	Algemeen	59
4.2	Het recht op afstammingsgegevens op grond van het EVRM en het IVRK	60
4.2.1	Vitaal belang van een mens om over persoonlijke informatie te beschikken.....	60
4.2.2	Gerechtelijke procedures tot vaststelling van afstammingsrelaties....	60

4.2.3	Pure afstammingsinformatie.....	61
4.2.4	Recht op informatie formatief voor de persoonlijke ontwikkeling	62
4.2.5	Recht op afstammingsinformatie is beschermd door meerdere verdragsbepalingen.....	62
4.2.6	Botsende belangen.....	63
4.2.7	De af te wegen belangen indien een kind van duo-moeders op zoek gaat naar afstammingsinformatie	65
	– Het belang van het kind	65
	– Het belang van de zaaddonor bij geheimhouding.....	67
	– Het belang van de moeder bij geheimhouding	68
	– Algemeen belang	69
4.2.8	Een belangenafweging door een onafhankelijk orgaan is vereist.....	69
4.2.9	Belangenafweging in de situatie van een kind van duo-moeders.....	71
4.3	Het recht op afstammingsinformatie van een kind geboren ten gevolge van inseminatie door een onbekende zaaddonor	72
4.4	Tenuitvoerlegging van het recht op afstammingsinformatie van een kind geboren door inseminatie door bekende zaaddonor in een relatie tussen duo-moeders.....	74
4.4.1	Problemen bij de tenuitvoerlegging van het recht op afstammingsgegevens	74
4.4.2	Een praktische oplossing om het recht op afstammingsgegevens van het kind veilig te stellen	75
	– In welke situaties dient de ambtenaar van de burgerlijke stand naar de persoonsgegevens van de biologische vader te vragen?	78
	– Hoe komt de ambtenaar van de burgerlijk stand aan zijn informatie?	80
	– Gevolgen van de vermelding	81
	– Inlichting duo-moeders door de overheid.....	81
4.5	Tussenconclusie.....	81
	– Afweging belang kind bij afstammingsinformatie tegen belang duo-moeders en zaaddonor bij geheimhouding	82
Deel 5	Aanbevelingen.....	84
5.1	Recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven	84
5.1.1	Het recht van de zaaddonor om familierechtelijke betrekkingen te vestigen, indien het kind maar één juridische ouder heeft.....	84
5.1.2	Het recht van de zaaddonor om familierechtelijke betrekkingen te vestigen, indien het kind al twee juridische ouders heeft (de mogelijkheid van vernietiging).....	85
5.1.3	Het recht op afstammingsinformatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven.....	86
5.2	Prenatale erkenning door vrouwelijke partner.....	87
5.3	Recht van het kind van duo-moeders op afstammingsgegevens	87

Deel 1 Inleiding

Dit onderzoek is verricht in opdracht van het ministerie van Justitie en vloeit voort uit de kabinetsreactie op het rapport van de commissie Kalsbeek over Lesbisch Ouderschap en Interlandelijke Adoptie (hierna: de *commissie Kalsbeek*). De *commissie Kalsbeek* heeft in haar rapport aanbevolen om het mogelijk te maken dat de lesbische partner van de moeder, door gebruik te maken van de erkenningsprocedure, de juridische ouder van het kind wordt.¹ Blijkens de brief van de Minister van Justitie van 12 augustus 2008 heeft het kabinet besloten het advies op hoofdlijnen over te nemen. Het kabinet trekt de zaak iets breder dan de *commissie Kalsbeek*. Het belooft de Kamer ‘juridisch ouderschap zonder tussenkomst van de rechter’ te regelen. Bovendien is het kabinet voornemens te regelen dat de vrouwelijke echtgenote of de geregistreerde partner van de moeder van rechtswege de juridische ouder van het binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kind kan worden, indien een kind is geboren ten gevolge van kunstmatige inseminatie in een kliniek met sperma afkomstig van een anonieme donor.² Anoniem donorschap is geregeld in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.³

Het voorstel van de *commissie Kalsbeek* grijpt diep in in het familie- en privéleven van de moeder, haar vrouwelijke partner, het kind en de biologische vader. Een onevenwichtige uitwerking van het voorstel kan ertoe leiden dat de nieuwe wet straks voorwerp wordt van een klacht tegen Nederland bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Europees Hof) in Straatsburg. Om dit te voorkomen is het nodig bij twee specifieke vraagstukken stil te staan: de positie van de biologische vader en het recht op afstammingsgegevens van het kind, een en ander in het licht van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van de Raad van Europa (hierna: EVRM) en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind van de Verenigde Naties (hierna: IVRK). Aangezien de beslissing om het instrument van de erkenning in te zetten al is genomen, rest uitsluitend de vraag naar de vormgeving van de erkenning in de situatie van duo-moeders. Hierna zal blijken dat bijzondere aandacht voor de rechtspositie van de biologische vader en voor het recht op afstammingsgegevens van het kind niet overbodig is.

Deze onderzoeksopdracht betreft de positie van de biologische vader die aan de gezinsvorming van duo-moeders meewerkt, alsmede het recht van het kind op afstammingsinformatie in het licht van het EVRM en het IVRK. Er zijn twee specifieke onderzoeksvragen gesteld:

(1) Wat is de rechtspositie van de biologische vader met familie- en gezinsleven in het licht van het EVRM, rekening houdend met de rechtspraak van het Europees

¹ Commissie Lesbisch Ouderschap en Interlandelijke Adoptie, *Rapport Lesbisch Ouderschap*, Den Haag, 31 oktober 2007, p. 27-29.

² TK 2007-2008, 30 551, nr. 22.

³ Wet van 25 april 2002, Stb. 240.

Hof en de Hoge Raad? Houdt hierbij voor zover mogelijk rekening met redelijkerwijs te voorspellen toekomstige ontwikkelingen.

(2) Inventariseer de eisen die de relevante internationale verdragen (IVRK, EVRM) stellen aan het recht op afstammingsinformatie van het kind en de eisen die voortvloeien uit supranationale en nationale rechtspraak.

De analyse van de supranationale en nationale rechtspraak dient een kader te bieden voor de vormgeving van de wettelijke regeling van (of gelijk aan die van) de erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder, waarin aandacht is voor deze punten.

In deel 2 wordt stilgestaan bij het recht van de biologische vader om het kind te erkennen. In deel 3 komt de erkenning vóór de geboorte aan de orde, toegespitst op de relatie tussen de biologische vader en de duo-moeders. Deel 4 gaat over het recht van het kind op afstammingsgegevens. In deel 5 zal de betekenis van de bevindingen uit de voorgaande delen voor het nader uit te werken voorstel van de Minister van Justitie worden uiteengezet. In de kaders voorafgaande aan de respectievelijke delen worden de bevindingen die relevant zijn voor de aanbevelingen in het kort uiteengezet. De tussenconclusies bevatten een samenvatting en conclusie met onderbouwing.

Deel 2 Het recht van de zaaddonor om het kind te erkennen

2.1 Algemeen: uitgangspositie en definities

Dit onderzoek heeft betrekking op de situatie waarbij binnen de relatie van twee lesbiennes (hierna aan te duiden als: duo-moeders) een kind wordt geboren. De vrouw uit wie het kind is geboren, is de juridische moeder van het kind.

Lesbiennes die een gezin willen stichten schakelen regelmatig een mannelijke kennis in, die bereid is als zaaddonor op te treden. Terwijl een anonieme donor geen rechten heeft ten opzichte van het kind, kan dit anders liggen voor een zaaddonor met wie de moeder bekend is. In dit onderzoek wordt besproken welke rechten de zaaddonor heeft, van welke omstandigheden dit afhankelijk is en welke gevolgen de rechten van de zaaddonor kunnen hebben voor het recht van de partner van de moeder om het kind te erkennen.

Omdat er heel weinig jurisprudentie is over de rechtspositie van de zaaddonor, zal een antwoord op de meeste vragen worden gezocht door een vergelijking te maken met de juridische positie van de verwekker. Net als de zaaddonor is de verwekker de biologische vader van het kind van de duo-moeders.

2.1.1 Uitgangspositie

Het rapport van de *commissie Kalsbeek* ziet op de situatie waarin de duo-moeder het kind wil erkennen. Indien de zwangerschap met gebruik van een donor – zoals bepaald in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting – tot stand is gekomen kan de zaaddonor er geen aanspraak op maken om op welke manier dan ook bij het leven van het kind betrokken te worden. Door de Minister van Justitie is voorgesteld om in deze laatste situatie juridisch ouderschap voor de partner van de moeder mogelijk te maken.⁴ Omdat bij deze vorm van spermadonatie de donor volledig afstand van zijn rechten heeft gedaan, is deze keuze EVRM-conform.

Indien de duo-moeders daarentegen gebruik hebben gemaakt van een kennis die bereid is als zaaddonor op te treden, heeft deze zaaddonor onder omstandigheden bepaalde rechten. Deze rechten zijn slechts aan de orde indien er sprake is van een relatie tussen de zaaddonor en het kind die als *familie- en gezinsleven* is aan te merken. Met het oog op de voorgenomen wettelijke regeling van de erkenning door de vrouwelijke partner zal nagegaan moeten worden welke rechten de zaaddonor heeft en van welke omstandigheden dit afhankelijk is. De *commissie Kalsbeek* heeft zich op het standpunt gesteld dat een recht op omgang ten behoeve van de zaaddonor als niet problematisch wordt ervaren.⁵ Daarom zal in dit onderzoek vooral worden ingegaan op het recht van de zaaddonor om het kind te erkennen tegen de wil van de moeder.

⁴ TK 2007-2008, 30 551, nr. 22, p. 2 (brief van 12 augustus 2008).

⁵ Lesbisch ouderschap, *a.w.* n. 1, p. 29 en 34.

Achtereenvolgens zal worden ingegaan op: het erkenningsverzoek door de zaaddonor indien de moeder de enige juridische ouder is van het kind (paragraaf 2.2); het erkenningsverzoek van de zaaddonor indien het kind naast de moeder al een tweede juridische ouder heeft gekregen (paragraaf 2.3) en het recht op afstammingsinformatie van de zaaddonor (paragraaf 2.4).

2.1.2 Definitie biologische vader, verwekker, verwekking en zaaddonor

De *biologische vader* is de persoon wiens sperma de eicel heeft bevrucht, waardoor het embryo tot stand is gekomen. Samen met de biologische moeder levert de biologische vader het genetisch materiaal voor het embryo, waaruit zich vervolgens de foetus en later het kind ontwikkelen. Voor dit onderzoek is van belang dat een biologische vader een *verwekker* kan zijn of een *zaaddonor*. De verwekker veroorzaakt bevruchting van de eicel door geslachtsgemeenschap met de moeder te hebben.⁶ De zaaddonor heeft daarentegen geen geslachtsgemeenschap met de moeder: hij levert het sperma dat vervolgens door middel van een handeling van een ander in de baarmoeder wordt gebracht. De moeder kan kiezen tussen een anonieme of een bekende zaaddonor. Indien zij naar een kliniek gaat voor spermadonatie kan de moeder kiezen om gebruik te maken van een zaaddonor die voor de moeder onbekend is.⁷ De kliniek is dan verplicht bepaalde gegevens over de anonieme zaaddonor, met inbegrip van gegevens over zijn identiteit, op te nemen en te bewaren. Onder omstandigheden moeten de gegevens aan bepaalde personen worden verstrekt. De opslag, bewaring en de verstrekking van de gegevens zijn geregeld in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting,⁸ besproken in paragraaf 4.3. In dit onderzoek komt de anonieme donor nauwelijks aan bod. De aandacht is gericht op de bekende zaaddonor.

Volgens de wet kan er sinds 1 april 1998 in één situatie sprake zijn van een *verwekking* zonder dat er een *verwekker* is. Een man die de juridische vader van een kind is geworden omdat hij op het tijdstip van de geboorte van het kind met de moeder was gehuwd (artikel 1:199 onder a BW) heeft de mogelijkheid het vaderschap te ontkennen indien hij niet de biologische vader is van het kind. In artikel

⁶ TK 1995-1996, 24 649, nr. 3, p. 8 (memorie van toelichting).

⁷ Zij kan ook naar een kliniek gaan met sperma van een bekende. De praktijken in de Nederlandse klinieken verschillen: sommigen werken alleen met eigen zaaddonoren; anderen verzoeken de patiënten het sperma van een bekende mee te nemen. Uit deze praktijk blijkt dat het feit dat de kunstmatige bevruchting in een kliniek plaatsvindt geen garantie biedt dat de donor anoniem is. De vraag is dan of de kliniek de persoonsgegevens van de zaaddonor dient op te vragen. Een suggestie voor een mogelijke oplossing wordt aangereikt in paragraaf 4.4.2.

⁸ Wet van 25 april 2002, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donoren bij kunstmatige bevruchting (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting), Staatsblad 2002, 240. Met uitzondering van artikel 3 lid 2, tweede volzin, en leden 3-5 is de wet in werking getreden op 1 januari 2004 (Besluit van 3 december 2003, Staatsblad 2003, 510). De uitgezonderde bepalingen traden in werking op 1 juni 2004 (artikel 14 van de Wet van 24 april 2002).

1:200 lid 3 BW wordt de mogelijkheid van ontkenning echter ontzegd ‘indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad’. De man heeft bijvoorbeeld ingestemd met kunstmatige inseminatie van zijn vrouw. Ook indien de man zijn vrouw tot prostitutie heeft aangezet, kan hij op grond van artikel 1:200 lid 3 BW het kind niet ontkennen.⁹ Door met de ‘daad’ in te stemmen heeft de man het op deze wijze geboren kind als zijn juridische kind aanvaard. Op soortgelijke wijze kan de man op de voet van artikel 1:207 lid 1 BW als juridische vader van het kind worden aangemerkt, wanneer hij als levensgezel van de moeder heeft ingestemd ‘met een daad die de verwekking van een kind tot gevolg kan hebben gehad’.¹⁰ In deze situaties spreekt de wetgever van verwekking terwijl er geen verwekker is.¹¹

2.1.3 Rechtspositie zaaddonor sterk in ontwikkeling

Op het eerste gezicht lijkt het erop dat de zaaddonor niet veel rechten aan het EVRM kan ontlenuen. Het EHRM heeft zich slechts spaarzaam over de rechten van zaaddonoren uitgesproken. De rechtspraak die er is, is eerder rechtsbeperkend dan verruimend.¹² Zeer behoudend ten opzichte van de zaaddonor is de rechtspraak van de Hoge Raad, althans tot aan het einde van 2007.¹³

Daarmee is nog niet alles gezegd over de rechten van de zaaddonor. Ten eerste is er in de rechtspraak van het Europees Hof in de laatste vijf jaren sprake van een verruiming van de rechten van de verwekker. Er is wat voor te zeggen dat de zaaddonor in deze verruiming deelt, en wel in die gevallen waarin de relatie tussen de zaaddonor en de moeder of het kind als familie- en gezinsleven is aan te merken. Daarom is de *zaaddonor met familie- en gezinsleven* hoofdpersoon in dit onderzoek. De betekenis die het begrip familie- en gezinsleven in deze context heeft zal in paragraaf 2.2.1.B onder het derde subkopje worden uitgelegd.

Ten tweede heeft de Hoge Raad vanaf 2007 enkele uitspraken gedaan waardoor de rechtspositie van zaaddonoren aanzienlijk versterkt is. Bijzonder aan deze rechtspraak is dat de Hoge Raad de zaaddonor met familie- en gezinsleven tot op zekere hoogte met de verwekker gelijk heeft gesteld.

De Nederlandse wetgever dient bij nieuwe wetgeving rekening te houden met deze ontwikkelingen. De rechtspraak van de Hoge Raad over de rechtspositie van

⁹ HR 7 februari 2003, *NJ* 2003, 358 m.nt. S.F.M. Wortmann.

¹⁰ Artikel 1:207 lid 1 BW.

¹¹ Zie ook, Asser-de Boer, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 16^{de} druk, Kluwer, Deventer, 2006, par. 705.

¹² Eur. Commissie H. R. 8 februari 1993, zaaknr. 16944/90 (*M v The Netherlands*), *Nemesis rechtspraak* 1995, nr. 3, 16 EHR 38.

¹³ Vóór ommezwaai: HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 85 (zaaddonor heeft kind erkend en wil omgang); HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 630 (omgang zaaddonor, familie- en gezinsleven vereist) en na: HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. J. de Boer (invulling familie- en gezinsleven tussen zaaddonor en kind); HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 555 m.nt. J. de Boer (onderscheid tussen juridische en biologische vader in omgangsverzoek niet meer gerechtvaardigd).

de zaaddonor is op verdragsbepalingen gefundeerd. Het strekt daarom tot aanbeveling dat de wetgever gelijke tred houdt met de rechtspraak van de Hoge Raad en ervoor zorgt dat de nieuwe regelgeving met deze rechtspraak consistent is. Het Europees Hof staat niet toe dat een lidstaat rechten – zelfs rechten die het Europees Hof niet zelf zou toekennen – op inconsistente wijze toekent. Een sprekend voorbeeld is de recente veroordeling van Frankrijk door het Europees Hof in verband met de redenen voor de weigering om een lesbische begunstiging voor adoptie te verlenen. Het EVRM kent geen recht op adoptie, laat staan dat uit dit verdrag een recht op adoptie zou kunnen worden afgeleid voor homoseksuele of lesbische partners. Maar omdat Frankrijk nu eenmaal éénpersoonsadoptie kent, werd Frankrijk door het Europees Hof verplicht deze rechtsfiguur in verband met het beginsel van gelijke behandeling op consistente wijze toe te passen.¹⁴

De casus van de duo-moeders doet een aantal vragen rijzen met betrekking tot de rechtspositie van de zaaddonor. In veel gevallen is een rechtstreekse uitspraak van het Europees Hof met een klip en klaar antwoord op deze vraag niet voorhanden. In de volgende paragrafen zal de rechtspositie van de zaaddonor worden onderzocht door deze waar mogelijk te vergelijken met die van de verwekker.

2.2 Het recht van de zaaddonor om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind slechts één juridische ouder heeft

Verwekker

- De verwekker heeft op grond van artikel 8 EVRM in beginsel het recht het kind tegen de wil van de moeder te erkennen. Het belang van de verwekker bij erkenning dient volgens het Europees Hof in de zaak *Róžański t. Polen* (2006) te worden afgewogen tegen het belang van het kind en het belang van het nieuwe gezin bij niet-erkenning.
- In Nederland heeft de verwekker op grond van artikel 1:204 lid 3 BW het recht om het kind tegen de wil van de moeder te erkennen. Indien de moeder weigert haar toestemming tot erkenning aan de verwekker te verlenen, kan de verwekker de rechter verzoeken de toestemming van de moeder te vervangen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat dit recht slechts aan de verwekker wordt ontzegd als zich extreme feiten hebben voorgedaan, zoals herhaaldelijke mishandeling door de verwekker van de moeder (HR 16 juni 2006 LJV AW1860), of grote angst van de moeder voor de verwekker (HR 9 november 2007, LJV BB3765).
- Deze regeling is mijns inziens EVRM-conform.

¹⁴ EHRM 22 januari 2008, zaaknr. 43546/02 (*E.B. t. Frankrijk*); *EHRC* 2008, 44 m.nt. J. Gerards, *NJ* 2008, 456 m.nt. E. Alkema; en over de voorafgaande uitspraak van de kamer: C. Forder & J. Whittingham, 'Afwezigheid van vaderfiguur is geen reden om beginseltoestemming aan alleenstaande kandidaat adoptiefouder te weigeren', *NJCM-Bulletin* 2008 afl. p. 817-829.

Zaaddonor met familie- en gezinsleven met het kind

- De zaaddonor heeft volgens de rechtspraak van de Hoge Raad onder omstandigheden het recht om het kind tegen de wil van de moeder te erkennen, maar dit recht is veel zwakker dan dat van de verwekker. De verwekker mag de rechter om vervangende toestemming tot erkenning verzoeken, zonder dat hij behoeft aan te tonen dat de relatie tussen hem en de moeder of tussen hem en het kind als familie- en gezinsleven kan worden aangemerkt (HR 16 februari 2001, NJ 2001, 181). Daarentegen moet de zaaddonor familie- en gezinsleven aantonen (HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386). Indien de rechter oordeelt dat familie- en gezinsleven niet aanwezig is, wordt de zaaddonor niet-ontvankelijk in zijn verzoek verklaard.
- Nadat de zaaddonor ontvankelijk in zijn verzoek is verklaard, wordt zijn verzoek om erkenning aan een andere maatstaf onderworpen dan een verzoek van de verwekker (zie hierboven). Op verzoek van de zaaddonor met familie- en gezinsleven zal de rechter de toestemming vervangen indien de moeder geen enkel rechtens te respecteren belang heeft bij haar weigering de toestemming te verlenen (HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386).
- Het is nog maar de vraag of het Europees Hof de rechtspositie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven en de verwekker onder de noemer van het biologisch vaderschap gelijk zou willen trekken. Om deze reden kan niet worden gesteld dat de twee bovengenoemde verschillen tussen de regeling voor de zaaddonor met familie- en gezinsleven en die voor de verwekker strijd opleveren met het EVRM.
- Desalniettemin is het mijns inziens wenselijk dat in alle situaties waarin een zaaddonor met familie- en gezinsleven om vervangende toestemming verzoekt, de rechter in de gelegenheid wordt gesteld om tot een belangenafweging over te gaan. Dit resultaat kan worden bewerkstelligd door de zaaddonor met familie- en gezinsleven dezelfde rechten toe te kennen als de verwekker heeft op grond van artikel 1:204 lid 3 BW.

2.2.1 Het recht van de biologische vader om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind slechts één juridische ouder heeft

In dit onderdeel staat het conflict tussen de biologische vader en de moeder centraal, in de situatie waarin het kind slechts één juridische ouder heeft, te weten de moeder, die een relatie heeft met een partner die als sociale (niet-juridische) ouder van het kind optreedt. Eerst wordt de positie van de verwekker besproken (paragraaf 2.2.1.A) en vervolgens die van de zaaddonor met familie- en gezinsleven (paragraaf 2.2.1.B). Vervolgens zullen deze beide posities met elkaar worden vergeleken.

2.2.1.A Het recht van de verwekker om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind slechts één juridische ouder heeft

Hoofregel

Op grond van vaste rechtspraak van het Europees Hof moet de Staat, wanneer er een familieband (*family tie*) tussen een volwassene en een kind bestaat, de ontwikkeling van de familieband mogelijk maken en moeten er juridische mechanismen aanwezig zijn om het kind bij de geboorte of zo snel mogelijk daarna in het gezin van de verwekker te integreren.¹⁵

Uitzondering: erkenning mag worden geweigerd indien aannemelijk is dat erkenning het belang van het kind zal schaden

Deze uitzonderingsregel formuleerde het Europees Hof in de zaak *Yousef t. Nederland*.

Toen de dochter zeven jaar oud was overleed de moeder. Op haar sterfbed droeg de moeder de zorg voor haar dochter, S., over aan haar broer en zijn echtgenote, en gaf aan dat zij zich ook in haar graf tegen erkenning door de verwekker zou verzetten. Tot de Hoge Raad toe procedeerde de verwekker om S. te mogen erkennen, maar tevergeefs. Volgens het Hof Arnhem zou de erkenning de verwekker de mogelijkheid geven om voor gezag te procederen, hetgeen onrust in het leven van S. zou brengen. Dat de verwekker ieder tweede weekend omgang met S. mocht hebben was volgens het Hof Arnhem voldoende erkenning van zijn recht op respect voor familie- en gezinsleven. Ook de naamswijziging die een gevolg van de erkenning zou zijn achtte het Hof Arnhem niet in het belang van S. Bij de Hoge Raad hield dit oordeel stand. De verwekker hield vol en diende een klacht in Straatsburg in. De klacht was tevergeefs.

Het Europees Hof overweegt allereerst dat de verzoeker een omgangsrecht heeft. Ten tweede merkt het Europees Hof op dat de verzoeker erop uit was het gezag over S. te verkrijgen en haar om die reden wilde erkennen. Alle Nederlandse instanties waren van oordeel dat het gevecht over het gezag dat hierdoor zou ontstaan niet in het belang van S. zou zijn. Aldus overwoog het Europees Hof:

71. In contrast, in the present case the domestic courts accepted that *the applicant had the intention of disrupting his daughter's family situation*. He wanted recognition of his paternity so that he could have his daughter live with him instead of with her legal family.
72. The Court of Appeal, in its decision of 17 January 1995 (see paragraph 25 above), found that *such a change would be detrimental to S.'s interests*. In so doing it considered, among other things, that S.'s interests would be best served by allowing S. to be brought up as a member of the family in which she had lived since her mother's death. It also had regard to the *harm that might result for S. from the automatic change after recognition of her surname* to that of the applicant, which would set her apart from the other members of the family in which she was living.¹⁶ (cursivering CJF)

¹⁵ EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339 (*Róžański t. Polen*), EHRC 2006, 84 m.nt. H. Jansen § 65; EHRM 27 oktober 1994, NJ 1995, 248 m.nt. J. de Boer (*Kroon t. Nederland*), § 32; EHRM 26 mei 1994, NJ 1995, 247 m.nt. J. de Boer (*Keegan t. Ierland*), § 50.

¹⁶ EHRM 5 november 2002, NJ 2005, 34 m.nt. J. de Boer (*Yousef t. Nederland*) §§ 70 en 71. Zie →

Een belangrijke overweging van het Europees Hof vormde het belang van het kind bij rust in de huidige opvoedingssituatie.

Hoge Raad: artikel 8 EVRM en het misbruik van recht

De regeling van de rechtspositie van de verwekker kent een lange geschiedenis.¹⁷ Op grond van de beginselen die aan het Burgerlijk Wetboek van 1838 ten grondslag lagen had de verwekker, bij weigering van de moeder haar toestemming tot erkenning te verlenen, geen mogelijkheid het kind te erkennen. Het toestemmingsvereiste had tot doel de moeder te beschermen tegen erkenning door mannen die een lagere sociale status hadden dan de moeder en, in recentere tijden, om de feitelijke verzorgingsrelatie waarin het kind wordt opgevoed te beschermen.¹⁸ Volgens deze regel was de weigering door de moeder een voor de verwekker onoverkomelijk struikelblok.

In zijn arrest van 8 april 1988 heeft de Hoge Raad het absolute vetorecht van de moeder doorbroken.¹⁹ Uit artikel 8 EVRM vloeide volgens de Hoge Raad onder omstandigheden voort dat de verwekker en het kind het recht hadden om een juridische betrekking tussen hen tot stand te brengen.²⁰ De grenzen van het recht van de moeder haar toestemming tot erkenning te weigeren lagen daar, waar zij van dit recht misbruik maakte in de zin van artikel 3:13 BW.

In latere rechtspraak heeft de Hoge Raad de grenzen van het vetorecht en het recht van de verwekker verder uitgewerkt. De verwekker moest aantonen dat hij een relatie tot het kind heeft die als familie- en gezinsleven kan worden aangemerkt.²¹ Er werd een onderscheid gemaakt tussen de *gebruikelijke situatie*, waarin de moeder zich bezighield met de verzorging en opvoeding van het kind en de *ongebruikelijke situatie*, waarin het kind niet bij de moeder woont en niet door haar wordt verzorgd en opgevoed. Voor een overzicht zie het stroomschema, figuur 1 in paragraaf 2.2.1.B onder het vijfde subkopje.

mijn bespreking van de uitspraak van het Europees Hof in de zaak *Yousef t. Nederland* in: C. Forder & A. Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit*, Intersentia, Antwerpen-Groningen, 2005, p. 562 en noot 257; *NJCM-Bulletin* 2004, p. 63-72, 'Belangenafweging bij erkenning'. Zie ook C. Forder, *Legal Establishment of the Parent-Child Relationship: Constitutional Principles in Dutch, English and German Law, having regard to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and other applicable international instruments*, proefschrift, Universitaire pers Maastricht, 1995, p. 231.

¹⁷ Een overzicht van deze regels verschaft A-G Moltmaker in zijn conclusie onder HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, par. 2.6; zie ook TK 1995-1996, 24 649, nr. 3 (memorie van toelichting), Asser-de Boer, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 15^{de} druk, Kluwer, Deventer, 1998, par. 739 en C. Forder, *Legal Establishment...*, a.w. n. 16, p. 225-236.

¹⁸ Asser-de Boer, 2006, a.w. n. 11, par. 726.

¹⁹ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E. Luijten, o.w. 3.3.

²⁰ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E. Luijten, o.w. 3.3.

²¹ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E. Luijten, o.w. 3.3.; HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 65.

In de gebruikelijke situatie had de verwekker nauwelijks kans om het kind tegen de wil van de moeder te erkennen. In deze gevallen ging de rechter slechts dan over tot vervanging van de toestemming van de moeder, als de weigering van de moeder haar toestemming te verlenen geen enkel te respecteren belang diende.²²

In de ongebruikelijke situatie – die waarin de moeder niet zelf voor het kind zorgde of de bijdrage van de verwekker aan de opvoeding van het kind groter was dan gebruikelijk – was de positie van de verwekker met familie- en gezinsleven iets beter. Voorbeelden zijn de situaties waarin: de moeder van het gezag was ontheven en zij gedurende langere tijd het kind niet meer had bezocht;²³ de verwekker en de moeder zeven jaren hadden samengewoond en de verwekker tijdens de studies van de moeder het leeuwendeel van de verzorging van de kinderen voor zijn rekening had genomen;²⁴ en de situatie waarin de moeder en de verwekker gehuwd waren geweest en de kinderen na ontbinding van het huwelijk werden geboren.

In de ongebruikelijke situatie onderzocht de rechter of de moeder, gelet op de verhouding tussen de belangen van de verwekker bij erkenning en de moeder bij weigering van de erkenning, mede rekening houdend met de belangen van het kind, in redelijkheid tot weigering van haar toestemming had kunnen komen.²⁵

Het onderscheid gebruikelijk/ongebruikelijk en het hiermee gepaard gaande onderscheid in de aard van de belangenafweging tussen de verwekker en moeder werden niet overgenomen door de wetgever in de nieuwe Afstammingswet van 24 december 1997.²⁶ Zoals in paragraaf 2.2.1.B zal worden besproken, is het onderscheid desalniettemin een nieuw leven gaan leiden bij de beoordeling van geschillen tussen de moeder en de zaaddonor. Deze ontwikkeling heeft de wetgever destijds onder ogen gezien.²⁷

De belangenafweging in artikel 1:204 lid 3 BW

Bij een verzoek van de verwekker om vervangende toestemming tot erkenning dient de rechter op grond van artikel 1:204 lid 3 BW de belangen van, achtereenvolgens, de verwekker, het kind en de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind tegen elkaar af te wegen.

Volgens de Hoge Raad moet de rechter nagaan of er ten gevolge van erkenning reële risico's zijn dat het kind zal worden belemmerd in een evenwichtige sociaal-psychologische en emotionele ontwikkeling.²⁸

²² HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 374, m.nt. E. Luijten, o.w. 3.6; HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598, m.nt. E. Luijten; HR 22 februari 1991, *NJ* 1991, 376, m.nt. E. Alkema; HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 440, o.w. 3.2, 3.4.

²³ Zoals in de zaak HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E. Luijten.

²⁴ HR 22 oktober 1991, *NJ* 1991, 376, m.nt. E. Alkema.

²⁵ HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 261 m.nt. J. de Boer.

²⁶ Stb 1997, 772 (K 24 649).

²⁷ TK 1995-1996, 24 649, nr. 3, p. 11.

²⁸ HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571 m.nt. J. de Boer; HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 405 m.nt. J. de Boer; Asser-de Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 726.

Het komt mij voor dat de Nederlandse rechter met toepassing van artikel 1:204 lid 3 BW tegenwoordig een zwaarder accent legt op het belang van de verwekker dan in de periode waarin de Nederlandse rechters zich over de zaak *Yousef* bogen. Zo overweegt bijvoorbeeld A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor de beschikking van de Hoge Raad op 12 december 2004:

‘Nu de wetgever met het scheppen van de wettelijke mogelijkheid van vervangende toestemming juist heeft beoogd bij afstamming meer aansluiting te zoeken bij de biologische werkelijkheid, kan met name niet worden aanvaard dat reeds het enkele feit dat het kind (enige) weerslag ondervindt van de inbreuk die de erkenning maakt op het tussen hem en de echtgenoot van zijn moeder bestaande “family life”, schade aan zijn belangen als bedoeld in art. 1:204 lid 3 BW oplevert. Art. 1:204 lid 3 BW geldt voor iedere verwekker, ongeacht of hij “family life” heeft met zijn kind.’²⁹

Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Afstammingswet op 1 april 1998 is niet meer vereist dat de verwekker die de rechter verzoekt de toestemming van de moeder tot erkenning te vervangen, een relatie met het kind heeft die als familie- en gezinsleven is aan te merken. Dit besliste de Hoge Raad op 16 februari 2001.³⁰ De Hoge Raad verwijst naar de parlementaire geschiedenis, evenals A-G Moltmaker in zijn conclusie voor het arrest.³¹ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat staatssecretaris Schmitz destijds welbewust heeft bevestigd dat het bestaan van familie- en gezinsleven tussen de verwekker en het kind geen voorwaarde is voor de toewijzing van een verzoek om vervangende toestemming tot erkenning.³² De wetgever heeft willen voorkomen dat de moeder, bij handhaving van het vereiste van familie- en gezinsleven, het altijd in haar macht zou hebben de pogingen van de verwekker om een juridische relatie tot stand te brengen te verijdelen. De verwekker die kort na de geboorte om vervangende toestemming verzoekt, verkeert in een slechtere positie dan een verwekker die dit later doet, omdat de feitelijke relatie zich nog niet heeft kunnen ontwikkelen. De belangen van de moeder en het kind lopen in dit opzicht niet noodzakelijk gelijk. Het recht van het kind om een juridische vader te hebben die ook zijn biologische vader is, mag niet worden gedwarsboomd om de enkele reden dat de moeder hiertegen emotionele weerstand biedt.³³

De feiten die de afweging beïnvloeden

In de afweging die de rechter op grond van artikel 1:204 lid 3 BW moet maken dient tot uiting te komen dat zowel de verwekker als het kind aan artikel 8 EVRM het

²⁹ A-G de Vries Lentsch-Kostense in par. 9 van haar conclusie onder HR 12 december 2004, *NJ* 2005, 248.

³⁰ HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571 m.nt. J. de Boer.

³¹ HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571 m.nt. J. de Boer o.w. 3.4; A-G Moltmaker par. 2.1.2.

³² TK 2005-2005, 24 649 en 25 189, nr. 16, p. 28; en nr. 35, p. 9-11.

³³ TK 1996-1997, 24 649, nr. 6, p. 20-21 (Nota naar aanleiding van het verslag), nr. 28, p. 8; S.F.M. Wortmann, ‘Het derde wetsvoorstel herziening van het afstammings- en adoptierecht’, *FJR* 1996, p. 128; HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.4, A-G Moltmaker par. 2.2.3; HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 464, conclusie A-G Moltmaker par. 2.5.2.

recht ontlenen dat tussen hen een juridische band tot stand wordt gebracht. In deze regel past de Nederlandse wetgever de hoofdregel van het Europees Hof, uiteengezet aan het begin van onderdeel 2.2.1.A, toe. Welke concrete feiten kunnen ertoe leiden dat de verwekker het kind niet mag erkennen?

De verwekker moet zich ernstig misdragen om zijn recht op erkennen te kunnen mislopen.

In de zaak waarover de Hoge Raad op 16 juni 2006 oordeelde had de moeder een reeks misdragingen van de man tegen haar aangevoerd, die onder meer waren uitgemond in een strafrechtelijke veroordeling wegens mishandeling. Gelet op deze voorgeschiedenis voerde de moeder aan dat erkenning door de vader een zware druk op haar leven zou leggen, waaronder ook het kind te lijden zou hebben. Zowel de rechtbank als het Hof Amsterdam beslisten, overigens tegen verschillende adviezen in, tot toewijzing van het verzoek van de verwekker. Het Hof had geoordeeld dat er slechts sprake zou zijn van schade die aan de belangen van het kind wordt toegebracht indien er ten gevolge van de erkenning reële risico's zouden bestaan dat het kind bedreigd zou zijn in zijn sociaal-psychologische of emotionele ontwikkeling. Aan dit criterium zou volgens het Hof zijn voldaan indien de moeder door de erkenning in een zodanig onevenwichtige psychologisch toestand terecht zou komen dat zij niet meer in staat zou zijn om het kind een stabiel opvoedingsklimaat te bieden. In dit geval had de moeder slechts kunnen aantonen dat de erkenning tot onrust en een gevoel van onveiligheid zou kunnen leiden, hetgeen onvoldoende grond opleverde om de erkenning tegen te houden, aldus het Hof. De Hoge Raad casseerde de uitspraak van het Hof. Gelet op de lange reeks mishandelingen waaronder de moeder door toedoen van de vader te lijden had gehad, diende iets meer in de weegschaal te staan dan de ietwat magere wens van de vader om in financieel en erfrechtelijk opzicht iets voor het kind te kunnen betekenen.³⁴

Verdere aanduiding van situaties waarin erkenning kan worden afgewezen blijkt uit een tweetal beschikkingen die de Hoge Raad op 9 november 2007 heeft gewezen. Het oordeel van het hof in de eerste zaak dat het feit dat de vader aan een persoonlijkheidsstoornis leed onvoldoende grond was om de toestemming tot erkenning te weigeren was, hield bij de Hoge Raad stand.³⁵ In de tweede zaak oordeelde de Hoge Raad dat het Hof 's-Hertogenbosch het verzoek van de man om vervangende toestemming tot erkenning terecht had afgewezen. De moeder had er blijk van gegeven grote angst voor de verwekker te hebben. Het hof was van oordeel dat toewijzing van het verzoek haar weerslag zou hebben op de ongestoorde verhouding tussen de moeder en het kind.³⁶

³⁴ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 339, o.w. 3.4.

³⁵ HR 9 november 2007, LJV BB3775.

³⁶ HR 9 november 2007, LJV BB3765. Zie voor vergelijkbare zaken: Hof 's-Hertogenbosch 9 februari 2005, LJV AT3376; Hof 's-Gravenhage 6 april 2005, LJV AT4373; Hof 's-Hertogenbosch 27 april 2006, LJV AW7417.

2.2.1.B Het recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind slechts één juridische ouder heeft

Zaaddonor geen verwekker

De mogelijkheid die artikel 1:204 lid 3 BW biedt aan de verwekker om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming tot erkenning te verlenen, is niet van toepassing op een biologische vader die geen ‘verwekker’ is in de door de wetgever bedoelde zin.³⁷

Zaaddonor geniet bescherming artikel 8 EVRM, familie- en gezinsleven een vereiste

Indien de biologische vader familie- en gezinsleven heeft met het kind heeft hij, ongeacht de wijze waarop deze relatie tot stand is gekomen, recht op de bescherming die uit artikel 8 EVRM voortvloeit. Dit oordeelde de Hoge Raad in zijn beschikking van 24 januari 2003.³⁸ Zoals hiervoor in paragraaf 2.1.2 is uiteengezet, valt de zaaddonor zonder meer onder het begrip biologische vader.

De bescherming die uit artikel 8 EVRM voortvloeit houdt in dat de moeder bij haar weigering toestemming te geven tot erkenning van het kind geen misbruik van recht mag maken. In zijn beschikking van 24 januari 2003 met betrekking tot een geschil tussen een zaaddonor en duo-moeders deed de Hoge Raad zijn jurisprudentie over misbruik van recht (hiervoor uiteengezet in paragraaf 2.2.1.A onder het derde subkopje) herleven: de regels die vóór de inwerkingtreding van het nieuwe afstammingsrecht van toepassing waren op de verwekker, zijn nu van toepassing op de zaaddonor.³⁹

Om in aanmerking te komen voor de beschermende werking van artikel 8 EVRM kan de donor niet volstaan met het aantonen van biologisch vaderschap; hij moet daarnaast bijkomende omstandigheden aanvoeren, waaruit samen met zijn biologische vaderschap een ‘familie- en gezinsleven’ moet blijken.⁴⁰ De bijkomende omstandigheden kunnen zich vóór de geboorte hebben voorgedaan, na de geboorte of er kan sprake zijn van een combinatie van omstandigheden van vóór en na.⁴¹

³⁷ HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5, conclusie A-G Moltmaker par. 2.2-2.4.

³⁸ HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, m.nt. J. de Boer, o.w.3.5.

³⁹ A-G Moltmaker in par. 2.6 van zijn conclusie onder HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386 m.nt. J. de Boer.

⁴⁰ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.3.

⁴¹ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt J. de Boer, conclusie A-G Strikwerda nr. 10; HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545 m.nt. S. Wortmann; HR 29 september 2000, *NJ* 2000, 654.

De feiten die nodig zijn om familie- en gezinsleven tussen de zaaddonor en het kind aan te nemen

In de situatie waarin sprake is van verwekkerschap in het kader van een bestendige affectieve relatie,⁴² wordt voor het aannemen van familie- en gezinsleven vereist (waar feitelijke contacten tussen de verwekker en het kind ontbreken) dat het kind werd geboren uit een relatie tussen de moeder en de biologische vader die voldoende op een lijn is te stellen met een huwelijk. Deze eis wordt niet gesteld aan een zaaddonor, aldus de Hoge Raad in zijn beschikking van 30 november 2007.⁴³ De Hoge Raad ziet ook goede redenen om bij spermadonatie door een aan de moeder bekende man geen al te strikte eisen te stellen aan het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking. Het is immers niet de bedoeling dat een naderhand ontstaan geschil tussen een zaaddonor en de moeder over de rol die de donor in het leven van het kind zal vervullen, bij voorbaat, door niet-ontvankelijkheid, aan het oordeel van de rechter wordt onttrokken.⁴⁴

De Hoge Raad acht de volgende bijkomende omstandigheden relevant, en in combinatie met het biologisch vaderschap voldoende, voor het aannemen van familie- en gezinsleven tussen de donor en het kind:

- De man had met de moeder ten tijde van de bevruchting een hecht vriendschappelijk contact.
- Zij hadden beiden het voornemen dat de man een rol zou hebben in het leven van het door hen beiden gewenste kind.
- Naar de bedoeling van de partijen zou het kind worden erkend.
- De blijvende betrokkenheid van de man bij het kind blijkt uit de telkens door de jaren heen geuite wens tot omgang met het kind.⁴⁵

Volgens de Hoge Raad is bovendien van belang:

- dat de moeder de man bewust heeft uitgekozen als de vader van het kind.⁴⁶

Een familie- en gezinsleven dat bestond bij de geboorte van het kind verdwijnt niet door het enkele feit dat de moeder reeds vóór de geboorte het contact met de zaaddonor heeft verbroken. Overigens zal het uitblijven van contact slechts in combinatie met andere zwaarwegende feiten⁴⁷ de conclusie rechtvaardigen dat een eenmaal tot stand gekomen familie- en gezinsleven heeft opgehouden te bestaan.⁴⁸

⁴² Gebaseerd op de uitspraak van het Europees Hof in de zaak EHRM 27 oktober 1994, serie A no. 297-C, *NJ* 1995, 248 m.nt. J. de Boer (*Kroon t. Nederland*) § 30.

⁴³ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.4.1.

⁴⁴ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.4.1.

⁴⁵ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.4.2.

⁴⁶ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5.2.

⁴⁷ In de zaak EHRM niet-ontvankelijkheidsbeslissing 10 april 2006, zaaknr. 14404/73 (*Cömert t. Denemarken*) had de vader volgens het Europees Hof zijn recht op respect voor familie- en gezinsleven teniet gedaan door incest met zijn dochter te plegen.

⁴⁸ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.4.3., 3.5.3; HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 85; HR 25 april 1997, *NJ* 1997, 560 m.nt. J. de Boer; HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 560; HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 153 m.nt. W. Hammerstein-Schoonderwoerd.

Hoge Raad geeft verruimde toepassing aan uitspraak Europees Hof in zaak Lebbink

In de beschikking van 30 november 2007 slaat de Hoge Raad een brug tussen de situatie van een zaaddonor met familie- en gezinsleven en de situatie van de verwekker zoals het Europese Hof deze heeft geduid in zijn uitspraak in de zaak *Lebbink t. Nederland*. De Hoge Raad verruimt de reikwijdte van de uitspraak van het Europees Hof in de zaak *Lebbink* door deze aan te merken als betrekking hebbend op de potentiële relatie van de *biologische vader* met het kind, waarbij van belang zijn de aard van de relatie tussen de moeder en de biologische vader en de aantoonbare belangstelling van de biologische vader voor het kind zowel vóór als na de geboorte.⁴⁹ De feiten in de zaak *Lebbink* zijn als volgt:

De relatie tussen verzoeker en B. duurde drie jaren. In het tweede jaar van de relatie werd een dochter, Amber, uit B. geboren. Verzoeker, die de verwekker is van Amber, kreeg van de moeder geen toestemming om Amber te erkennen. Hij wilde geen conflict met B. en begon daarom geen procedure bij de rechter om de toestemming van B. te doen vervangen. Verzoeker en B. woonden niet samen, maar verzoeker bezocht Amber na de geboorte en paste af en toe op haar. Hij was betrokken bij de problemen die zij met haar gehoor had. Toen Amber twee jaar oud was, eindigde de relatie. Verzoeker vroeg de rechtbank om een omgangsregeling vast te stellen. B. stelde in haar verweer dat er geen sprake was van familie- en gezinsleven tussen verzoeker en Amber en dat zijn omgangsverzoek daarom niet-ontvankelijk moet worden verklaard. De Rechtbank Almelo besliste dat zijn verzoek ontvankelijk was. Maar het Hof Arnhem en de Hoge Raad dachten daar anders over. Voor hen waren de feitelijke contacten te mager om van familie- en gezinsleven te kunnen spreken. Verzoeker wendde zich daarop met een klacht tot Straatsburg. Bij het Europees Hof kreeg hij gelijk.

Het Europees Hof overwoog:

The existence or non-existence of “family life” for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties (see *K. and T. v. Finland*, cited above, § 150). Where it concerns a potential relationship which could develop between a child born out of wedlock and its *natural father*, relevant factors include the nature of the relationship between the *natural parents* and the demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after its birth (see *Nylund v. Finland* (dec.), no. 27110/95, ECHR 1999-VI).⁵⁰ (cursivering CJF)

Voorts oordeelde het Europees Hof dat de volgende factoren tezamen voldoende waren om van familie- en gezinsleven te kunnen spreken:

- Verzoeker was de verwekker van Amber.
- Amber was geboren uit een echte (‘genuine’) relatie tussen hem en de moeder (die drie jaar had geduurd).
- Verzoeker had een juridische stap genomen om zijn relatie met Amber te formaliseren (hij zorgde ervoor dat hij als toezienend voogd werd benoemd).

⁴⁹ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.4.2.

⁵⁰ EHRM 1 juni 2004, *RJD* 2004-IV, p. 181, *NJ* 2004, 667 m.nt. J. de Boer. (*Lebbink t. Nederland*) § 36.

- Verzoeker was aanwezig bij de geboorte van Amber.
- Verzoeker had gedurende zestien maanden na de geboorte van Amber tot het moment van verbreking van de relatie met B met tussenpozen contact met Amber gehad en af en toe voor haar gezorgd.
- Verzoeker toonde belangstelling voor de gehoorproblemen van Amber.⁵¹

Opvallend is dat het Europees Hof verzoeker aanmerkt als de ‘natural father’⁵² (zie cursivering in het hiervoor vermelde citaat), terwijl de Hoge Raad spreekt van de ‘biologische vader’. Een zaaddonor is een biologische vader, terwijl een ‘natural father’, hoewel dit geen technisch begrip is, lijkt te verwijzen naar de man die door geslachtsgemeenschap het kind verwekt heeft.

De gelijkstelling tussen verwekker en zaaddonor met familie- en gezinsleven, waarbij de zaaddonor de mogelijkheid krijgt om in de bescherming die de verwekker van artikel 8 EVRM geniet te delen, bevestigt de Hoge Raad in een beschikking van 11 april 2008. De Hoge Raad overweegt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voortvloeit dat er bij de beoordeling van een verzoek om een omgangsregeling te treffen in beginsel geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de juridische vader en de biologische vader.⁵³ De Hoge Raad baseert deze uitspraak op de wetsgeschiedenis van de Wet voorgezeten ouderschap en zorgvuldige scheiding, die op zijn haar beurt te herleiden is tot de uitspraak *Sahin t. Duitsland*.⁵⁴ De door de Hoge Raad gevolgde redenering is een beetje anders dan in de beschikking van 30 november 2007. Maar in essentie gaat het in beide beschikkingen om de gelijkstelling van de biologische vader met familie- en gezinsleven en de juridische vader.

Het is niet zeker dat het Europees Hof de door de Hoge Raad voorgestane verruimde toepassing van de uitspraak in *Lebbink* onderschrijft. In de zaak *X.Y. en Z. t. V.K.* liet het Europees Hof zien dat de twee situaties – verwekkerschap en donorschap – niet op één lijn staan.⁵⁵

De eerste verzoeker, X., was een vrouw-tot-man geworden transseksueel en had met zijn vrouwelijke partner door middel van spermadonatie vier kinderen gekregen. X. wilde graag als ‘vader’ worden aangemerkt op de geboorte-certificaten van de kinderen. De Britse instanties voelden hier niets voor. Van het Europees Hof kreeg X. medeleven, maar geen gelijk. Waar het Europees Hof gevraagd is een uitspraak te doen over een onontgonnen rechtsgebied, zoals gebeurde in de zaak *X., Y. en Z. t. V.K.*, onderzoekt het Europees Hof of er ‘common ground’ tussen de lid-staten op het rechtsgebied bestaat. Het Europees Hof stelde

⁵¹ EHRM 1 juni 2004, *RJD* 2004-IV, p. 181, *NJ* 2004, 667 m.nt. J. de Boer. (*Lebbink t. Nederland*) § 38-39.

⁵² EHRM 1 juni 2004, *RJD* 2004-IV, p. 181, *NJ* 2004, 667 m.nt. J. de Boer. (*Lebbink t. Nederland*) § 36. In volgende alinea’s spreekt het Europees Hof van ‘biological kinship’.

⁵³ HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 555 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.4.3.

⁵⁴ EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, 11 oktober 2001, *NJ* 2002, 417 m.nt. S.F.M. Wortmann. Zie memorie van toelichting, TK 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 16. In het arrest van het Europees Hof gaat het om een onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde vaders.

⁵⁵ EHRM 22 april 1997, *RJD* 1997-II, p. 619, *NJ* 1998, 235 m.nt. J. de Boer; C. Forder, ‘Transseksualiteit en ouderschap’, *NJCM-Bulletin* 1998, p. 316.

vast dat er common ground ontbreekt met betrekking tot de regeling van ouderschap tussen transseksuelen en de kinderen die zij opvoeden. Evenmin zijn de lid-staten op een lijn wat de rechtspositie van zaaddonoren betreft.⁵⁶ Deze vaststelling was fataal voor het verzoek in de zaak *X., Y. en Z.*

De ‘common ground’ zal veel beperkter zijn als het om een zaaddonor gaat dan in geval van een verwekker. Uit niets blijkt dat het Europees Hof het met de Hoge Raad eens is dat de situatie van de verwekker vergelijkbaar is met die van de zaaddonor. Om deze reden is de actie van de Hoge Raad, die deze begrippen onder een gemeenschappelijke noemer (de biologische vader) brengt, op zijn zachtst gezegd ondernemend te noemen. Overigens is het onderscheid tussen afstammingsrelaties die uit ‘natuurlijke’ banden voortvloeien en bijzondere vormen van voortplanting een algemeen bekend onderscheid.⁵⁷

Hiermee wil ik niet stellen dat het onderscheid waterdicht moet zijn of dat er geen omstandigheden denkbaar zouden zijn waarin de aan de moeder bekende donor in een ‘grijze zone’ tussen de twee categorieën zou verkeren. Ik ben ook allerminst van mening dat er iets aan de redenering van de Hoge Raad in zijn arrest van 30 november 2007 zou mankeren. Het arrest geeft een begrijpelijk antwoord op de ontwikkelingen in Nederland en is bovendien zeer creatief. Onzeker is of het Europees Hof bereid zal zijn dezelfde weg in te slaan. Het Europees Hof moet rekening houden met de stand van zaken in 47 landen. De vergelijkbaarheid van de positie van de verwekker en de bekende donor met familie- en gezinsleven in de context van een erkenningspoging neem ik hierna onder de loep.

Afweging van de belangen van de zaaddonor met familie- en gezinsleven, de moeder en het kind

Zowel de wetgever als de Hoge Raad gaan ervan uit dat de rechtspraak die vroeger van toepassing was op de verwekker, nu van toepassing is op de zaaddonor met familie- en gezinsleven.⁵⁸ Verwijzing naar de oude ‘misbruik van recht’-rechtspraak van de Hoge Raad (zie onderdeel 2.2.1.A onder het derde subkopje hierboven) is aangewezen. Uit de aard van de situatie kan volgen dat de regels niet op identieke wijze op de donor kunnen worden toegepast.

Volgens de Hoge Raad dient er met betrekking tot de zaaddonor met familie- en gezinsleven te worden vastgesteld of er sprake is van een *gebruikelijke of een ongebruikelijke situatie*.⁵⁹ Er is sprake van een ongebruikelijke situatie indien de moeder niet zelf voor het kind zorgt of de bijdrage van de verwekker in de opvoe-

⁵⁶ EHRM 22 april 1997, *RJD* 1997-II, p. 619, § 44.

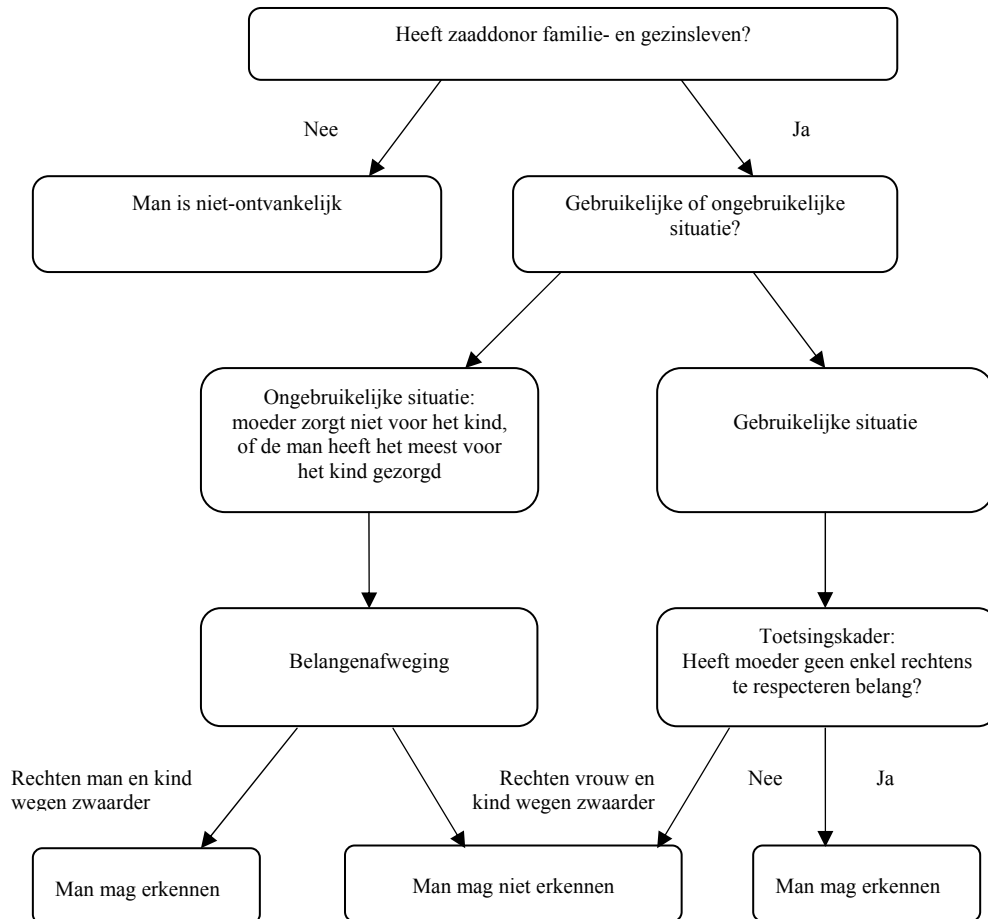
⁵⁷ C. Forder & K. Saarloos, ‘The Establishment of Parenthood: a Story of Successful Convergence?’ in: M. Antokolskaya (red.) *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, European Family Law Series Vol. 18, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 169-235.

⁵⁸ TK 1995-1996, 24 649, nr. 3, p. 11; zie paragraaf 2.2.2.1 hierboven; TK 1996-1997, 24 649, nr. 6, p. 12-13 en 18.

⁵⁹ HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386 m.nt. J. de Boer, o.w. 3. 6.; en zie C. Evers, ‘De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en de zwakker positie van de vader,’ *FJR* 2004, p. 10-16 op p. 12.

ding van het kind groter was en is dan gebruikelijk. Alle andere situaties zijn gebruikelijke situaties.⁶⁰

Figuur 1: Erkenningsverzoek van de zaaddonor met familie en gezinsleven indien het kind slechts één juridische ouder heeft



In de gebruikelijke situatie zal de rechter de vervangende toestemming tot erkenning weigeren indien de moeder geen enkel te respecteren belang heeft bij de weigering van de toestemming. Het feit dat de moeder een nieuwe partner heeft met wie zij het kind feitelijk verzorgt en opvoedt wordt aangemerkt als een rechtens te respecteren belang. In de zaak van 24 januari 2003 overwoog de Hoge Raad:

Veronderstellenderwijze aangenomen dat tussen de man en het kind “family life” zou bestaan, zou de moeder in het onderhavige geval – de moeder en haar levensgezellin zijn gezamenlijk belast met de uitoefening van het ouderlijk gezag over het kind en verzorgen haar tezamen – alleen dan misbruik maken van haar bevoegdheid om toestemming tot erkenning te weigeren als zij in feite geen enkel te respecteren belang bij haar weigering heeft (HR 18 mei 1990, nr. 7546, NJ 1991, 374). De stukken van het geding laten echter geen andere conclusie toe

⁶⁰ HR 18 mei 1990, NJ 1991, 374, m.nt. E. Luijten.

dan dat de vrouw een – door de man niet weersproken – rechtens te respecteren belang bij haar weigering toestemming tot erkenning te verlenen heeft, zodat van misbruik door de moeder van haar bevoegdheid tot weigering van toestemming geen sprake is. De moeder en haar levensgezellin streven immers ernaar samen juridische ouders van [het kind] te worden, waartoe de levensgezellin van de moeder [het kind] wil adopteren.⁶¹

Of hun situatie wordt aangeduid als gebruikelijk of ongebruikelijk maakt voor de zaaddonor met familie- en gezinsleven en de moeder en haar partner een verschil van dag en nacht uit. In de eerste situatie maakt de donor geen schijn van kans op vervangende toestemming tot erkenning; in de tweede situatie worden de belangen tegen elkaar afgewogen (zie de uiteenzetting in paragraaf 2.2.1.A vierde en vijfde subkopjes). In de gebruikelijke situatie wordt geen acht geslagen op de aard van de afspraken tussen de moeder en de donor, aan de verwachtingen van de donor of aan de mate of de duurzaamheid van zijn betrokkenheid bij het kind. (Zie figuur 1).

Is de Nederlandse regeling over het erkenningsverzoek van de zaaddonor met familie- en gezinsleven EVRM-conform?

Het gebrek aan aandacht voor de aard van de afspraken tussen de moeder en de zaaddonor, alsmede de verwachtingen van deze laatste en diens betrokkenheid bij het kind, lijken – uitgaande van de vergelijkbaarheid van de positie van de donor met familie- en gezinsleven en de verwekker – waarover hierna meer – niet zonder meer verenigbaar met het EVRM. In de zaak *Róžański t. Polen* stelde het Europees Hof eisen aan de belangenafweging die moet volgen indien de verwekker de rechter om vervangende toestemming verzoekt na weigering van de moeder om toestemming tot erkenning te verlenen.⁶² De feiten in de zaak *Róžański* zijn als volgt.

De verzoeker woonde van 1990-1994 met B.F. samen. Uit deze relatie werd in 1992 een zoon, D., geboren die B.F. samen met verzoeker verzorgde. In 1994 verbrak B.F. de relatie en nam het kindje mee. Sinds 1994 heeft verzoeker zijn zoon niet meer gezien. Verzoeker wilde het kindje erkennen, maar naar Pools recht had hij geen eigen rechtsingang. Het openbaar ministerie kon een procedure tot erkenning beginnen, maar deed dit niet. Inmiddels had de moeder een nieuwe partner, J.M., die het kindje met toestemming van de moeder erkende. Verzoeker heeft alle rechtsmiddelen uitgeput en wendde zich tot het Europees Hof. Het Europees Hof oordeelde dat er sprake was van familie- en gezinsleven tussen verzoeker en het kind. Verzoeker had vier jaren samengewoond met B.F. Onmiddellijk na de beëindiging van de relatie was verzoeker in actie gekomen om het kind te kunnen erkennen. Nadien heeft hij daartoe meerdere stappen ondernomen, maar tevergeefs. Volgens het Europees Hof had verzoeker aantoonbare belangstelling voor, en was hij toegewijd aan, het kind, zowel vóór als na de geboorte. Het Europees Hof is van oordeel dat artikel 8 EVRM is geschonden. Het Hof heeft een drietal redenen gegeven, waarvan de eerste los van de tweede en derde staat. Ten eerste was er sprake van een fataal procesrechtelijk gebrek doordat verzoeker geen eigen rechtsingang had om zelfstandig de weigering van de moeder haar toestemming tot erkenning te verlenen aan de zaak te stellen. Dit gebrek komt in paragraaf 2.3. aan de orde. Ten tweede oordeelde het Europees Hof dat, nu het kind inmiddels door een andere man was

⁶¹ HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, o.w. 3.6.

⁶² EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339/00, *EHRC* 2006, 84 m.nt. H. Janssen, §§ 77-78.

erkend, een belangenafweging had moeten toepassen. Deze belangenafweging was geheel achterwege gebleven, omdat de Poolse autoriteiten de erkenning door de andere man door-slaggevend hadden gevonden. Ten derde laakte het Europees Hof de afwezigheid van enige aandacht voor de feitelijke omstandigheden waarin het kind, de moeder en de verzoeker verkeerden. De ouderschapsvaardigheden van de verzoeker waren nooit onderzocht. Evenmin was stilgestaan bij de gevolgen die de erkenning door verzoeker voor het kind zouden mee-brengen.

Aan het eerste vereiste dat het Europees Hof in de zaak *Róžański* stelt, voldoet het Nederlandse recht zonder meer. Zoals in paragraaf 2.2.1.A onder het derde subkopje is uiteengezet heeft de Hoge Raad al in zijn uitspraak van 8 april 1988 geoordeeld dat het vetorecht van de moeder niet conform artikel 8 EVRM is. Inmiddels heeft de verwekker op grond van artikel 1:204 lid 3 BW een eigen rechtsingang wanneer de moeder haar toestemming weigert. Op grond van de beschikking van de Hoge Raad van 24 januari 2003 heeft de zaaddonor met familie- en gezinsleven ook een dergelijk recht, zij het meer beperkt dan dat van de verwekker.

De tweede eis die het Europees Hof in de zaak *Róžański* stelt is dat de rechter een belangenafweging moet toepassen in het geval de moeder haar toestemming tot erkenning aan een andere man heeft verleend. Het Europees Hof stelt voorts eisen aan de wijze waarop deze belangenafweging dient plaats te vinden. Inzichtelijk moet zijn op welke wijze de afweging wordt gemaakt.⁶³ Het Nederlandse recht voldoet aan deze eis: terwijl voor de verwekker artikel 1:204 lid 3 BW de wijze van belangenafweging bepaalt, volgt uit de beschikking van de Hoge Raad van 24 januari 2003, NJ 2003, 386 dat het verzoek van de zaaddonor staat of valt met de vraag of er sprake is van een gebruikelijke of ongebruikelijke situatie.

Het is echter de vraag of het Nederlandse recht voldoet aan de derde eis, die inhoudt dat de belangenafweging niet op een oppervlakkige manier mag plaatsvinden. Zoals uit de rechtspraak blijkt (zie het einde van paragraaf 2.2.1.A, vijfde subkopje) gaat de rechter in reactie op een erkenningsverzoek van de verwekker over tot een uitgebreide belangenafweging. Bij een soortgelijk verzoek van de zaaddonor is de toetsing door de rechter uiterst marginaal.

Wenselijk is dat het belang van de zaaddonor bij erkenning wordt afgewogen tegen het belang bij niet-erkenning van het kind en het nieuwe gezin waarin het kind wordt grootgebracht.⁶⁴ Het Europees Hof lichtte zijn zorgen over de oppervlakkigheid van de afweging in de zaak *Róžański* als volgt toe:

In this connection, the Court notes that the prosecuting authorities and the courts reiterated in their decisions given after the child had been recognised by J.M. that the mere fact of this legal recognition by another man was sufficient to refuse the applicant's requests to have his biological paternity recognised (§§ 25, 28, 33 above).

While it was obviously reasonable to take into consideration the fact that the legal paternity of the child had already been established, in the Court's view, there were also other factual elements of the situation which should have been taken into account by the authorities

⁶³ EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339/00, *ECHR* 2006, 84 m.nt. H. Janssen, § 76.

⁶⁴ EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339/00, *EHRC* 2006, 84 m.nt. H. Janssen § 77-78.

examining the case. *In this connection the Court notes that no steps were taken by the authorities to establish the actual circumstances of the child, the mother and the applicant or that any relevant evidence had been taken. It further observes that on no occasion was the applicant interviewed by the authorities in order to have his parental skills established and assessed by the authorities.* The reasoning of the decisions given by the authorities was perfunctory, the mere reference to the recognition of paternity by J.M. being the only justification for their refusals to deal with the applicant's repeated requests.⁶⁵ (cursivering CJF)

Ik acht het wenselijk dat de rechter het verzoek van de donor met familie- en gezinsleven om vervangende toestemming aan hetzelfde maatstaf onderwerpt als een soortgelijk verzoek van de verwekker. Hoewel de zaak *Róžański* betrekking heeft op een verwekker, is twijfelachtig of de regels die nu naar Nederlands recht worden toegepast op een conflict over erkenning tussen de moeder en de aan haar bekende zaaddonor EVRM-conform zijn. In de gebruikelijke situatie zal de rechter slechts dan vervangende toestemming verlenen indien de moeder bij het weigeren van de toestemming tot erkenning geen enkel te respecteren belang heeft. Het feit dat de moeder een nieuwe partner heeft met wie zij het kind feitelijk verzorgt en opvoedt, wordt aangemerkt als een rechtens te respecteren belang. Door deze benadering worden de belangen van de moeder en haar partner vooropgesteld en komen de belangen van de zaaddonor met familie- en gezinsleven nauwelijks aan bod. Dit blijkt uit de zaak waarover de Hoge Raad op 24 januari 2003 besliste.⁶⁶ Zie eerder in deze paragraaf, onder het vijfde subkopje, direct boven figuur 1.

Enerzijds wordt er bij het erkenningsverzoek van de verwekker uitgebreid bij zijn belangen stilgestaan. Uit de rechtspraak van het Europees Hof met betrekking tot de toepassing van artikel 8 EVRM blijkt dat het Europees Hof veel gewicht aan de belangen van de verwekker toekent. Anderzijds komt het belang dat de zaaddonor met familie- en gezinsleven bij de erkenning heeft in de gebruikelijke situatie nauwelijks in beeld. Gelet op de vergelijkbare positie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven met die van de verwekker is de regeling mijns inziens voor verbetering vatbaar. Dit standpunt zal in de volgende paragrafen worden toegelicht.

Onderscheid verwekker en zaaddonor met familie- en gezinsleven

De parlementaire geschiedenis bevat geen uitleg, laat staan rechtvaardiging, voor het onderscheid tussen de zaaddonor met familie- en gezinsleven en de verwekker. Een door De Boer voorgestelde gelijktrekking van de rechtspositie van verwekker en de 'bekende' of wellicht 'welbekende' donor met betrekking tot de alimentatieplicht⁶⁷ leverde voor de toenmalige staatssecretaris Schmitz 'zoveel haken en ogen op' dat zij aan het onderscheid tussen verwekker en donor veiligheidshalve wilde vasthouden.⁶⁸

⁶⁵ EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339/00, *EHRC* 2006, 84 m.nt. H. Janssen § 77.

⁶⁶ HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386, o.w. 3.6.

⁶⁷ J. de Boer, 'Geen KIK zonder alimentatieplicht', *NJB* 1997, p. 1762.

⁶⁸ EK 1997-1998, 24 649, nr. 11d, p. 1-2 (staatssecretaris mevrouw Schmitz in de nadere memorie van antwoord).

Discriminatietoets

Ter beoordeling van de vraag of er sprake van een door artikel 14 juncto artikel 8 EVRM verboden onderscheid moet worden nagegaan:

- of er sprake is van verschil van behandeling, en
- of dit verschil is gebaseerd op een verboden onderscheidingsgrond (bijvoorbeeld geslacht, geboorte).
- of er sprake is van vergelijkbare situaties.

Indien het antwoord op alle drie voorgaande vragen positief is, moet worden onderzocht of er voor het onderscheid geen objectieve en redelijke rechtvaardiging aanwezig is, die aan de volgende vereisten voldoet:

- een toegestaan doel wordt nagestreefd, en
- er bestaat een redelijke proportionaliteit tussen het gebruikte middel waarmee het doel wordt nagestreefd en het doel.⁶⁹

Indien geen rechtvaardiging zoals hierboven aanwezig is, is er sprake van een door artikel 14 EVRM verboden onderscheid.

Bij de toepassing van artikel 14 EVRM geldt nog een nader vereiste. De discriminatie waarover wordt geklaagd moet een onderwerp betreffen dat binnen het toepassingsbereik van een ander verdragsartikel valt. Daarom wordt discriminatie op grond van artikel 14 altijd vastgesteld ‘juncto’ een ander recht dat door het EVRM wordt beschermd. (Dit vereiste wordt niet gesteld in geval van een discriminatieklacht op grond van het 12^{de} protocol EVRM).

Ten aanzien van de rechtvaardiging geniet een lid-staat een zekere beoordelingsmarge. Desalniettemin worden strenge motiveringseisen gesteld aan een rechtvaardiging voor een onderscheid op bij voorbaat verdachte gronden als geslacht⁷⁰ of geboorte.⁷¹

Beoordeling van de rechtmatigheid van het verschil in rechtsposities van de verwekker en de zaaddonor met familie- en gezinsleven met betrekking tot de verkrijging van vervangende toestemming voor erkenning van het kind

- *Verskil in behandeling.* Zoals hiervoor is gebleken wordt er in de regels over erkenning tegen de zin van de moeder onderscheid gemaakt tussen de verwekker en de zaaddonor met familie- en gezinsleven. De verwekker is in een veel gunstiger positie dan de donor met familie- en gezinsleven.
- *Onderscheidingsgrond.* De grond voor het onderscheid ligt in de aard van de omstandigheden van de conceptie van het kind. In zijn uitspraak in de zaak *Sahin t. Duitsland* oordeelde het Europees Hof dat de ongelijke behandeling van de vader van een kind dat buiten het huwelijk is geboren in vergelijking met een vader van een kind dat binnen het huwelijk is geboren, een onderscheid maakt op grond van

⁶⁹ EHRM 21 februari 1997, *RJD* 1997-I, p. 173, (*Van Raalte t. Nederland*) § 39.

⁷⁰ EHRM 18 juli 1994, serie A no. 291-B (*Karl Heinz Schmidt t. Duitsland*) § 24.

⁷¹ EHRM 28 oktober 1987, serie A no. 126 (*Inze t. Oostenrijk*) § 41; EHRM 13 juli 2004 *RJD* 2004-VIII, p. 215, *NJ* 2005, 508 (*Pla en Puncernau t. Andorra*), § 61.

geboorte en daarom aan een strenge motiveringseis moet voldoen.⁷² In zijn beschikking van 11 april 2008 oordeelde de Hoge Raad dat dezelfde strenge motiveringseis geldt voor het onderscheid tussen een erkenner enerzijds en een verwekker of bekende spermadonor anderzijds.⁷³

– *Vergelijkbaarheid van de situaties.* Is de situatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven vergelijkbaar met die van de verwekker? De Hoge Raad heeft hier al belangrijk voorwerk gedaan (zie de bespreking van HR 30 november 2007, NJ 2008, 310 eerder in deze paragraaf, onder het vierde sub-kopje). De vergelijking tussen de situaties moet betrekking hebben op kenmerken die relevant zijn in de context waarin het onderscheid wordt gemaakt, te weten het gemaakte juridisch onderscheid met betrekking tot de mogelijkheid van erkenning.⁷⁴ Het Europees Hof (in de zaak *Róžański*) en de Hoge Raad (in de beschikking van 30 november 2007, NJ 2008, 310) hebben gesignaleerd welke kenmerken in die context relevant zijn: de aard van de afspraken tussen de moeder en de biologische vader, de verwachtingen van de biologische vader en diens betrokkenheid bij het kind. Er zijn belangrijke feitelijke verschillen: zo heeft de verwekker, in tegenstelling tot de zaaddonor, met de moeder een intieme relatie gehad, waarin geslachtsgemeenschap heeft plaatsgehad. De relatie kan vluchtig of langdurig zijn geweest. De verwekking kan ook zeer tegen de zin van de moeder hebben plaatsgevonden. Beiden hebben in redelijkheid moeten beseffen dat hierdoor een zwangerschap tot stand zou kunnen worden gebracht. Maar de zwangerschap was niet per definitie het doel van de handeling. Wellicht ontbrak bij de man of de vrouw, of bij beiden, de intentie om een kind te krijgen. De verhouding tussen intenties en handelingen is complexer in de situatie van verwekker dan in de situatie van de zaaddonor. Bij zaaddonatie kunnen emoties uiteraard een rol hebben gespeeld, maar de kans is groot dat de situatie meer beheerst is door rationele overwegingen dan bij verwekking door geslachtsgemeenschap. De zaaddonor verricht zijn daad met het oogmerk een zwangerschap bij de vrouw tot stand te brengen.

Verwekkerschap in het kader van een affectieve relatie is een fenomeen dat in de maatschappij is gekend en erkenning geniet, zoals blijkt uit de stroom van uitspraken sinds halverwege de jaren '80 van het Europees Hof en de nationale rechter over de erkenning van relaties tussen ongehuwde ouders en hun kinderen. Daarentegen is de relatie tussen een zaaddonor, al dan niet met familie- en gezinsleven, en duo-moeders een betrekkelijk nieuw fenomeen. Maar inmiddels heeft ook deze relatie een zekere acceptatie gekregen, en niet alleen in Nederland. Aan de feitelijke gezinsvorming en de intenties met betrekking tot verzorging en opvoeding wordt maatschappelijk gezien aanzienlijk meer belang gehecht dan aan de vraag of er wel

⁷² EHRM 8 juli 2003 (Grote kamer) (*Sahin t. Duitsland*), NJ 2004, 136 m.nt. S.F.M. Wortmann § 94.

⁷³ HR 11 april 2008, NJ 2008, 555 m.nt. J. de Boer, r.o. 3.4.2. Zie ook de text eerder in deze paragraaf bij voetnoten 53 en 54.

⁷⁴ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht, Sdu uitgevers, Den Haag, 2002, p. 61. 63-64.

of niet geslachtsgemeenschap heeft plaatsgehad. Aan deze nieuwe maatschappelijke inzichten geeft de jongste rechtspraak van de Hoge Raad gevolg.

Vergelijkbare punten zijn (1) dat in de situaties waarin zowel van de verwekker als van de zaaddonor familie- en gezinsleven aanwezig is, gezegd kan worden dat de moeder voor deze personen heeft gekozen.⁷⁵ Voor de verwekker met wie de moeder een ‘one night stand’ had of de verwekker die onder dwang geslachts-gemeenschap met de moeder had, heeft de moeder niet gekozen. Maar deze situaties – verwekkerschap zonder familie- en gezinsleven – kunnen buiten beschouwing blijven omdat er geen gelijkenis is met de situatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven. (2) Bovendien hebben de moeder en de man op het moment van verwekking of verstrekking van het sperma beiden voorzien dat de man een rol in het leven van het kind zou hebben.⁷⁶ Dat hun ideeën over de invulling van zijn rol op dat moment niet identiek waren, doet hieraan niets af, net zo min als het feit dat later mogelijk onenigheid over die rol is ontstaan. In beide situaties moet vanuit het belang van het kind kunnen worden nagegaan of het bestaande familie- en gezinsleven met de biologische vader (verwekker dan wel zaaddonor) in een juridische vorm moet worden gegoten door middel van erkenning, desnoods met vervangende toestemming. Zoals hiervoor in paragraaf 2.2.1.A is aangegeven in de context van een verwekker, is het mede in het belang van het kind om de zaaddonor met familie- en gezinsleven te kennen en zich aan hem te kunnen hechten. De wijze waarop het kind verwekt is, is vanuit de positie van het kind gezien volstrekt onbelangrijk.

– *Rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid.* Het in het afstammingsrecht gemaakte onderscheid tussen de zaaddonor en de verwekker is terug te voeren op wetsvoorstel 24 649. De memorie van toelichting geeft geen uitleg voor het onderscheid, slechts de constatering dat het onderscheid gemaakt zal worden.⁷⁷ De constatering dat de zaaddonor geen verwekker is ‘maar wel de biologische vader van het kind’ wordt gevolgd door de opmerking dat ‘dan ook’ geen gerechtelijke vaststelling mogelijk is. Hierna wordt opgemerkt dat ‘[e]venmin [...] jegens de donor een verzoek tot onderhoudsbijdrage [kan] worden ingediend’.⁷⁸ De indruk wordt gewekt van een soort spiegeleffect: geen alimentatieverplichting en daarom geen verwekkerschap. In feite gaat het hier om een cirkelredenering.

Deze discussie geeft desondanks een belangrijk inzicht in de grondslag voor de alimentatieverplichting, een inzicht dat indirect voor de erkenning van betekenis is. In de Eerste Kamer heeft staatssecretaris Schmitz het over het onderscheid tussen

⁷⁵ EHRM 26 mei 1994, serie A no 292, NJ 1995, 247 m.nt. J. de Boer (*Keegan t. Ierland*) § 45 ‘Moreover, the conception of their child was the result of a deliberate decision and they had also planned to get married.’

⁷⁶ EHRM 21 juni 1988, serie A no. 138, NJ 746 m.nt. E. Alkema (*Berrehab t. Nederland*) § 21 ‘It follows from the concept of family upon which Article 8 is based that a child born of such a union is *ipso jure* part of that relationship; hence from the moment of the child’s birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to “family life”, even if the parents are not then living together.’

⁷⁷ TK 1995-1996, 24 649, nr. 3 (29 maart 1996), p. 8.

⁷⁸ Hof Leeuwarden 11 juni 2003, LJN AG0201 (donor niet aansprakelijk voor kinderalimentatie).

de zaaddonor en de verwekker, in het kader van een reactie op een artikel van De Boer. Deze laatste stelde, voortbouwend op een thema dat eerder door De Ruiter was aangesneden,⁷⁹ dat de situaties van de welbekende zaaddonor en de verwekker dermate vergelijkbaar zijn, dat het wenselijk is om de welbekende zaaddonor, net als de verwekker, tot de betaling van kinderalimentatie te verplichten (artikel 1:394 BW). Hierover wil de staatssecretaris het volgende kwijt.

‘Achterliggende vraag bij dit alles is mijns inziens of in geval van een bekende, een onbekende maar bekend geworden donor of in geval van een goed bekende donor verondersteld mag worden dat er *een zodanige intentie tot vaderschap is* dat daaraan van rechtswege een onderhoudsplicht tegenover het kind gekoppeld wordt. En waarom dan niet jegens de onbekende donor?’⁸⁰ (cursivering CJF)

Apart aan deze opmerking is dat de staatssecretaris blijkens de wijze waarop de vraag door haar aan de orde wordt gesteld, de intentie van de donor om als vader te worden aangemerkt, beslissend acht voor het antwoord op de vraag of er sprake moet zijn van een alimentatieverplichting. Deze opmerking is buitengewoon interessant aangezien het, afgaande op de zaken over spermadonatie waarover de Hoge Raad zich de laatste tijd heeft gebogen, wel eens voorkomt dat een zaaddonor wel degelijk de intentie heeft om in een of andere vorm ouder van het kind te zijn. Sterker nog, de staatssecretaris gaat uit van een situatie waarin van rechtswege, dus zonder rechterlijke tussenkomst, een recht op alimentatie zou ontstaan. Een dergelijke situatie is in dit advies helemaal niet aan de orde. De kern van dit advies is juist dat een vervangende toestemming tot erkenning moet berusten op een deugdelijke rechterlijke belangenafweging: een veel lichtere ingreep in het leven van de betrokkene. Zoals ik in onderdeel 2.3 zal aantonen is de erkenning nu eenmaal een situatie waarin er wel wat voor te zeggen is dat de intenties van de moeder en de zaaddonor een belangrijke rol spelen. Verschillende auteurs hebben ervoor gepleit om de intentie de rol van ouder aan te nemen te beschouwen als de grondslag voor het juridische ouderschap.⁸¹

Uit het voorgaande blijkt dat de rechtvaardiging voor het verschil in behandeling tussen de verwekker en de zaaddonor met familie- en gezinsleven in belangrijke mate lijkt te berusten op het onderscheid dat de wetgever tussen deze categorieën heeft gemaakt met betrekking tot de verplichting bij te dragen in het levensonderhoud van het kind. De situaties van erkenning en alimentatie, en de grondslagen van

⁷⁹ J. de Ruiter, ‘Manipuleren met leven I’, *Pre-advies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1993*, Tjeenk Willink, Zwolle, p. 1-128, in het bijzonder p. 46-47.

⁸⁰ EK 1997-1998, 24 649, nr. 11d, p. 2.

⁸¹ A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht, Een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, p. 155-186; S.F.M. Wortmann, *Als een eigen kind*, inaugurele rede uitgesproken bij de aanvaarding van de ambt van bijzonder hoogleraar in het familierecht, Den Haag, 1998; C. Forder & N. Maxwell, ‘The Inadequacies in U.S. and Dutch Adoption Law to Establish Same-Sex Couples and Legal Parents: A Call for Recognition of Intentional Parenthood’, *Family Law Quarterly* 2004, p. 623-662.

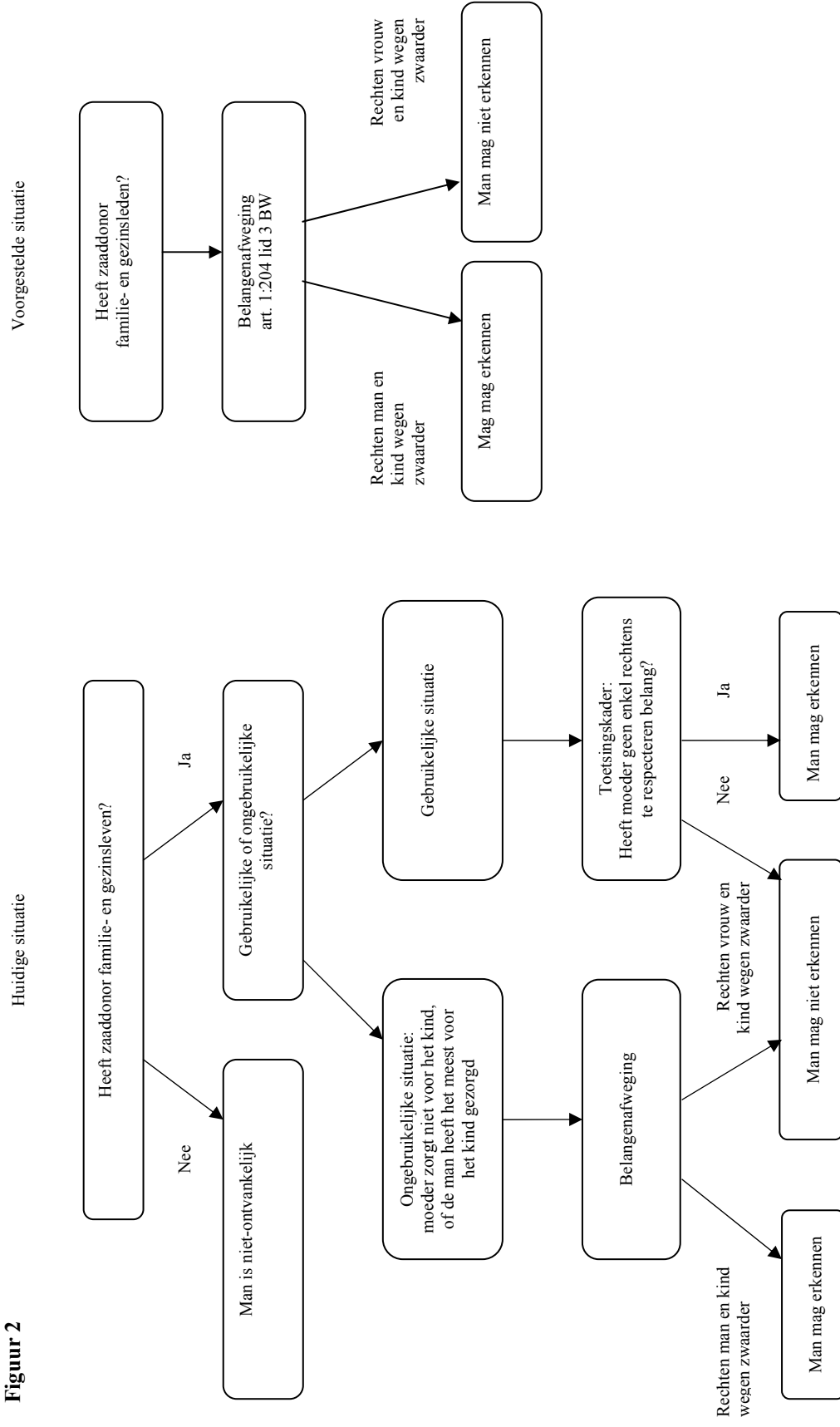
de verplichtingen die kunnen ontstaan zijn echter verschillend. De regeling van het recht op erkenning is mijns inziens voor verbetering vatbaar. Met name is van belang: (1) de werking van artikel 8 EVRM, vanuit welk oogpunt niet goed valt in te zien waarom er onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen verwekkers en zaaddonors met familie- en gezinsleven die met de moeder hebben afgesproken dat zij feitelijk in een of andere vorm een ouderrol zullen vervullen; (2) de omstandigheid dat in de hier aan de orde zijnde rechterlijke vervanging van toestemming tot erkenning, anders dan wanneer een alimentatieverplichting aan de orde is, een rechterlijke belangenafweging is voorgeschreven (geheel in lijn met de jurisprudentie van het EHRM). Door dit alles heen speelt het feit dat de maatschappelijke ontwikkelingen, en de hiermee gepaard gaande veranderingen in de waardering van de rol van de zaaddonor met familie- en gezinsleven niet hebben stilgestaan.

Ook De Boer heeft ervoor gepleit om in alle situaties waarin een biologische vader met familie- en gezinsleven om vervangende toestemming tot erkenning verzoekt een belangenafweging voor te schrijven.⁸² De stelling van De Boer dat het onderscheid gebruikelijk/ongebruikelijk dient te vervallen acht ik, gelet op de argumenten aangevoerd in dit onderdeel, terecht.

Figuur 2: De voorgestelde wijziging in de maatstaf die moet worden aangelegd bij een erkenningsverzoek door een zaaddonor met familie- en gezinsleven

⁸² Asser-de Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 731a.

Figuur 2



2.2.2 Tussenconclusie

Samenvattend kan worden gesteld dat de verwekker en het kind aan artikel 8 EVRM het recht ontlenen om tot elkaar in familierechtelijke betrekking te komen te staan. Dit recht dient te wijken voor een tegenovergesteld belang van het kind of voor een belang van de moeder. In het Nederlandse recht is het belang van de moeder specifiek aangeduid als een belang bij een ongestoorde verhouding met het kind.

In de afstammingswetgeving die op 1 april 1998 in werking is getreden en in de daarop volgende rechtspraak heeft de verwekker een sterker recht gekregen om het kind tegen de wil van de moeder te erkennen dan uit artikel 8 EVRM voortvloeit. Er zijn echter aanwijzingen dat het Europees Hof in zijn jongste rechtspraak eveneens de positie van de verwekker verbetert ten opzichte van die van de moeder. Het Europees Hof streeft dit doel op een andere manier na dan de Hoge Raad, namelijk door in de zaak *Lebbink* te sleutelen aan de feitelijke omstandigheden die door de verwekker moeten worden aangevoerd om familie- en gezinsleven aan te tonen. Daarnaast stelt het Europees Hof in de zaak *Róžański* procedurele en materiële vereisten waaraan de lidstaat moet voldoen in geval van een conflict over erkenning tussen de verwekker en de moeder.

De zaaddonor met familie- en gezinsleven heeft niet dezelfde mogelijkheid als de verwekker om het kind te erkennen tegen de wil van de moeder.

Op grond van de huidige rechtspraak is het van belang om te weten of er sprake is van een gebruikelijke situatie – waarin de donor een redelijke mogelijkheid heeft gehad om het kind te erkennen of waarin de donor niet meer dan gebruikelijk bij de opvoeding van het kind is betrokken – of een ongebruikelijke situatie. In de gebruikelijke situatie heeft de donor nauwelijks kans om het kind te erkennen als de moeder hier niet aan mee wil werken. In de ongebruikelijke situatie zal er een belangenafweging dienen plaats te vinden tussen het belang van de biologische vader en het kind bij erkenning, en de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind, alsmede eventuele belangen van het kind bij weigering van erkenning.

Het is mijns inziens zeer wenselijk om de mogelijkheden van de donor om het kind tegen de wil van de moeder te erkennen te verruimen. Naast de bestaande belangenafweging in geval van een erkenningsverzoek van de verwekker zou in een wettelijk voorgeschreven belangenafweging moeten worden voorzien voor de zaaddonor met familie- en gezinsleven. Zolang het Europees Hof geen uitspraak heeft gedaan over het recht op erkenning van de zaaddonor kan niet met zekerheid worden geoordeeld of deze aanpassing op grond van het EVRM is vereist. De aanpassing zou echter recht doen aan de lijn die in de rechtspraak van de Hoge Raad is uitgestippeld. Deze op verdragsrechten gefundeerde rechtspraak komt tegemoet aan de jongste ontwikkelingen in de Nederlandse samenleving.

De wijziging dient vorm te krijgen door in artikel 1:204 lid 3 BW aan het laatste zinsdeel, de woorden ‘of zaaddonor die in nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind.’ toe te voegen. ‘Nauwe persoonlijke betrekking’ is de uitdrukking

die de wetgever steeds gebruikt om de aanwezigheid van familie- en gezinsleven aan te duiden.⁸³

2.3 Het recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven om familierechtelijke betrekkingen tot stand te brengen indien het kind reeds twee juridische ouders heeft

Verwekker

- De verwekker behoort niet tot de kring van personen die het juridische vaderschap van de man-niet-verwekker, die met de moeder op het tijdstip van de geboorte is gehuwd, kunnen aantasten (artikel 1:200 lid 1 BW). Evenmin behoort hij tot de kring van personen die een wettelijk recht hebben om vernietiging van een gedane erkenning te vragen (artikel 1:205 lid 1 BW). In zijn beschikking van 12 november 2004 heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat uit artikel 8 EVRM voortvloeit dat de verwekker bij de rechter een beroep kan doen op nietigheid van een gedane erkenning indien de moeder door toestemming te verlenen aan de niet-verwekker van haar bevoegdheid misbruik heeft gemaakt.
- Volgens de strenge maatstaf die de Hoge Raad in zijn uitspraak van 12 november 2004, NJ 2005, 248 heeft aangelegd, zal de verwekker alleen dan in zijn beroep op nietigheid slagen, indien hij aantoont dat de moeder ‘slechts met het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden’ toestemming aan de niet-verwekker heeft verleend.
- Indien de verwekker echter geen redelijke kans heeft gehad om zelf het kind te erkennen, wordt bij wijze van uitzondering een minder strenge toets aangelegd: in dat geval worden de belangen die de verwekker heeft bij erkenning afgewogen tegen de belangen van de moeder bij niet-erkenning. Ook worden de belangen van het kind bij het al dan niet erkennen meegewogen. De opvatting van de Hoge Raad in de beschikking van 12 november 2004, NJ 2005, 248 dat genoemde rechten uit artikel 8 EVRM voortvloeien, wordt mijns inziens ondersteund door het Europees Hof in de zaak *Róžański* (2006).
- Mogelijk is voorts nog een uitzondering van toepassing indien de vader een groter aandeel heeft en heeft gehad dan gebruikelijk is in de opvoeding van het kind (stelling van De Boer). Deze uitzondering strekt tot bescherming van de feitelijke verzorgingssituatie van het kind.
- Het aan artikel 8 EVRM ontleende recht van de verwekker is reeds in bovengenoemde rechtspraak erkend. Het is wenselijk dat de wetgever de verwekker een recht om vernietiging van de erkenning te verzoeken in artikel 1:205 lid 1

⁸³ Zie Wet bevoordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding van 27 november 2008, Stb 2008, 500, onderdelen 0 (artikel 1:377a nieuw) en Q (schrapping artikel 1:377f BW). Datum van inwerkingtreding wordt door koninklijk besluit vastgesteld.

BW toekent. Het strekt voorts tot aanbeveling wettelijk vast te leggen dat de rechter bij de beoordeling van het verzoek in de twee genoemde uitzonderingssituaties een belangenafweging moet toepassen.

Zaaddonor met familie- en gezinsleven

- Wenselijk is dat de rechter op verzoek van de zaaddonor met familie- en gezinsleven op gelijke basis als bij de verwekker tot vernietiging van een eerder gedane erkenning zal kunnen overgaan. Zonder deze mogelijkheid kan de moeder het recht van de donor op vervangende toestemming tot erkenning teniet doen. De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 24 januari 2003, NJ 2003, 386 het recht van de zaaddonor om de rechter te vragen om vervangende toestemming erkend. Dat recht is volgens de Hoge Raad aan artikel 8 EVRM ontleend. In paragraaf 2.2 is voorgesteld om, voor wat dit recht betreft, de positie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven gelijk te stellen aan die van de verwekker. Concreet gezegd, zouden de vereisten die uit het arrest van het Europees Hof in de zaak *Róžański* voortvloeien ook op de zaaddonor met familie- en gezinsleven worden toegepast.
- Het is daarom wenselijk dat de wetgever de zaaddonor met familie- en gezinsleven in de lijst opneemt van personen die de rechter kunnen verzoeken een erkenning te vernietigen (artikel 1:205 lid 1 BW). Net als bij de verwekker strekt het tot aanbeveling dat de wetgever bepaalt dat de rechter bij de beoordeling van het verzoek in de twee uitzonderingssituaties een belangenafweging toepast.

2.3.1 De wijze waarop de man-niet-verwekker het juridische ouderschap heeft verkregen

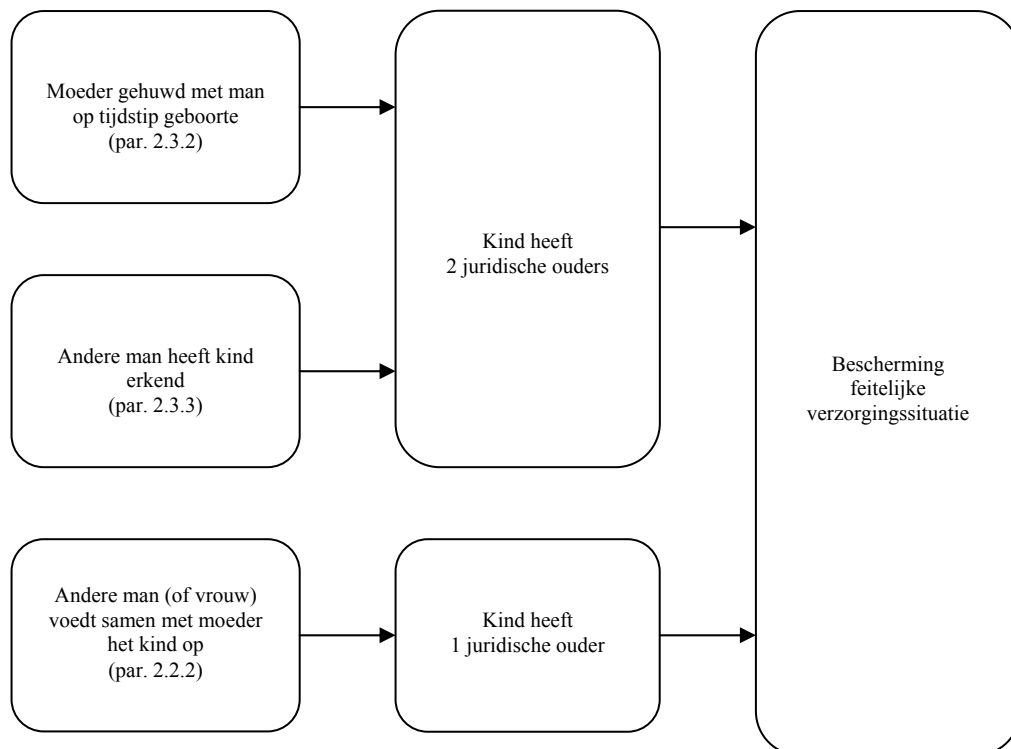
Bij invoering van de wettelijke mogelijkheid voor de vrouwelijke partner van de moeder om het kind te erkennen, zal de zaaddonor met twee juridische ouders kunnen worden geconfronteerd. Zijn verzoek om vervangende toestemming tot erkenning zal voorafgegaan moeten worden door een verzoek om vernietiging van de erkenning door de duo-moeder. Dit is vergelijkbaar met de situatie in het huidige recht waarin naast de moeder een man, die het kind niet heeft verwekt, ouder is geworden.

Onder het huidige recht kan een man-niet-verwekker op twee manieren de juridische ouder van het kind zijn geworden. De niet-verwekker kan het juridische vaderschap hebben gekregen doordat hij met de moeder gehuwd was op het tijdstip van de geboorte van het kind of – onder voorwaarden – binnen 306 dagen voor de geboorte (artikel 1:199 onder a en onder b BW). Of hij kan het kind hebben erkend (artikel 1:199 onder c BW). Uit de rechtspraak blijkt of en onder welke omstandigheden het erkenningsverzoek van de verwekker in deze omstandigheden moet worden toegewezen. De situatie van de verwekker zal met die van de zaaddonor met familie- en gezinsleven worden vergeleken. Heeft de zaaddonor met

familie- en gezinsleven in deze situatie dezelfde mogelijkheden als de verwekker? Zo nee, behoort hij deze te hebben?

Het in deze paragraaf te bespreken belangenconflict ziet op een ander conflict dan in paragraaf 2.2. is behandeld. De biologische vader met erkenningsplannen heeft, indien een niet-verwekker al erkend heeft, niet alleen op te boksen tegen de wil van de moeder en het belang van haar en het kind bij een mogelijk gevestigd sociaal ouderschap, maar ook tegen het belang van het kind bij rechtszekerheid in zijn afstammingsrelaties. Weegt het belang van de moeder zwaarder, nu het kind een tweede juridische ouder heeft? Weegt het belang van het kind om niet in de verzorgingsrelatie te worden gestoord zwaarder, nu er twee juridische ouders zijn? En moet ook het belang van de persoon die niet de verwekker is, maar die het kind wel heeft erkend worden meegewogen? De rechter die over dit alles moet beslissen zal zich niet alleen buigen over de vraag wie de juridische ouder is van het kind, maar ook over de vraag wie als sociale ouder kan worden aangemerkt. Wie als juridische ouder wordt aangemerkt volgt rechtstreeks uit de wet. Een sociale ouder is iemand die zich gedraagt als ouder en die door het kind als zodanig wordt aanvaard.

Figuur 3: Situaties van sociale en juridische ouderschap in geval van erkenning door de biologische vader



2.3.2 De positie van de biologische vader indien de moeder met een man/vrouw-niet-verwekker in het huwelijk treedt

2.3.2.1.A Positie van de verwekker die wil erkennen, terwijl de moeder op het tijdstip van de geboorte met een man of een vrouw is gehuwd

Het recht van de verwekker op respect voor zijn privé-leven

Stel: de moeder en verwekker hebben een relatie. Tijdens de relatie raakt de moeder zwanger. Terwijl zij zwanger is trouwt de moeder met een andere man. Op grond van de juridische ouderschapsregel van artikel 1:199 onder a BW is de echtgenoot de juridische vader van het kind. Wat kan de verwekker hiertegen doen? Op deze vraag gaf het Europese Hof antwoord in een niet-ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Jorgen Olof Nylund t. Finland*. De feiten zijn als volgt.

Verzoeker en T. hadden een liefdesrelatie. Zij begonnen samen te wonen in november 1987. Op 1 januari 1988 verloofden zij zich. In mei 1988 werd bevestigd dat T. zwanger was. Volgens T. hadden zij een gezamenlijke intentie om een gezin te stichten. In juni 1988 eindigde de samenwoning en de verloving. Op 21 juli 1988 trouwde T. met R. Op 23 januari 1989 werd haar dochter, J., geboren. De verzoeker wil J. graag erkennen. T. wil dit niet, ontkent dat verzoeker de verwekker is en weigert aan DNA-onderzoek mee te werken. Zij stelt dat zij reeds vóór de verbreking van de relatie met verzoeker een seksuele relatie met R. had. Alle Finse rechterlijke instanties geven haar gelijk. In Straatsburg klaagt de verzoeker erover dat hij geen rechtsmiddel had om te kunnen vaststellen of hij de biologische vader is van J. Volgens hem houdt het automatisch juridisch ouderschap van de echtgenoot van de moeder een schending van artikel 8 EVRM in en geniet het familie- en gezinsleven tussen hem en de toen zwangere vrouw onvoldoende bescherming. Voor het Europees Hof is er geen sprake van familie- en gezinsleven maar wel van privé-leven. Op grond van een afweging van het belang van verzoeker en de belangen van de moeder en het kind verklaarde het Europees Hof de verzoeker niet-ontvankelijk.⁸⁴

In het geval van *Nylund* ontbrak er een cruciaal element dat de belangenafweging in zijn voordeel had kunnen doen omslaan: de moeder was er niet mee akkoord gegaan dat *Nylund* enige rol in het leven van het kind zou spelen.⁸⁵ Uit de hierna te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad blijkt hoe belangrijk dit element is.

Afspraak tussen de moeder en de verwekker dat deze laatste een rol in het leven van het kind zal krijgen

Wanneer komt een potentiële familierechtelijke relatie in aanmerking voor bescherming door artikel 8 EVRM? Het Europees Hof benoemt de factoren die in het geval van *Nylund* relevant zijn:

- samenwoning met verloving;

⁸⁴ EHRM 29 juni 1999, zaaknr. 27110/95 (*Jorgen Olof Nylund t. Finland*).

⁸⁵ Het EHRM overwoog: 'Furthermore, the Court is also aware that the mother has not agreed that the applicant create any ties with the child.'

- moeder is niet akkoord gegaan met de totstandkoming van banden tussen de verzoeker en het kind;
- de verzoeker heeft geen feitelijke contacten met het kind gehad;
- moeder ontkent dat de verzoeker de biologische vader is.

De laatste drie factoren wegen in dit geval tegen de verzoeker. In het licht van de uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2007, NJ 2008, 310 (zie paragraaf 2.2.1.B onder het derde subkopje) komt het mij voor dat de afwezigheid van een afspraak tussen de vrouw en de man dat deze laatste een rol in het leven van het kind zal hebben, van bijzondere betekenis is. Aan het feit dat de verzoeker in de zaak *Nylund* geen contact met het kind heeft gehad dient, gelet op de beslissing van het Europees Hof in de zaak *Lebbink* (2004), weinig gewicht te worden toegekend.⁸⁶ Indien de feitelijke contacten doorslaggevend worden geacht, krijgt de moeder een gemakkelijk instrument in handen om alle rechten van de verwekker te ontcrachten. Ook de ontkenning van de moeder van het biologisch vaderschap van de man zou niet doorslaggevend zijn. Deze ontkenning is immers op generlei wijze gestaafd.

Aan de aan- of afwezigheid van een afspraak over de rol van de man in het leven van het kind komt mijns inziens bijzondere betekenis toe. Er is op een cruciaal moment een overeenkomst (een ‘meeting of minds’) geweest. Het tijdstip van en de daad van conceptie is cruciaal, omdat er op dit moment en door deze handeling iets gebeurt dat grote gevolgen heeft.

Het gewicht dat aan de feitelijke verzorgingssituatie toekomt

Wij kennen niet het hele verhaal van de heer Nylund en de vrouw T. Wellicht hadden zij de intentie een gezin te stichten, maar was de relatie toen de vrouw zwanger was geworden zo verslechterd dat de vrouw deze heeft verbroken. Wellicht was de vrouw, zoals zij zelf stelde, een ‘two-timer’ en had zij al een aantal maanden een seksuele relatie met de verzoeker en T. Haar gedrag is hoe dan ook ‘niet netjes’. Maar is het afstammingsrecht een geschikt middel om met haar af te rekenen? Het lijkt mij van niet. Er is immers een andere factor die veelal voorrang zal krijgen. In alle contexten, niet alleen in die van het afstammingsrecht, hecht het Europees Hof veel gewicht aan de feitelijke verzorgingssituatie.⁸⁷

⁸⁶ EHRM 1 juni 2004, *RJD* 2004-IV, p. 181, *NJ* 2004, 667 m.nt. J. de Boer (*Lebbink t. Nederland*) §§ 38-39.

⁸⁷ EHRM 22 april 1997, *RJD* 1997-II, p. 619 (*X, Y. & Z. t. V.K.*) § 50 (toekenning verzoek niet nodig om feitelijke verzorgingsrelatie tussen transseksuele man en zijn kinderen te beschermen); EHRM 28 oktober 1998 *RJD* 1998-VII, p. 3086 (*Söderbäck t. Zweden*) § 33 (toekenning stiefouderadoptie bevestigt feitelijke verzorgingsrelatie); EHRM 5 november 2002, *NJ* 2005, 34 (*Yousef t. Nederland*) § 71-72 (ontzegging van het recht aan de verwekker het kind te erkennen, nodig om feitelijke verzorgingsrelatie te beschermen); daarentegen EHRM 26 februari 2004, EHRC 2004, 36 (*Görgülü t. Duitsland*) §§ 45-51 (de Staat had niet voldoende onderzocht of kind dat nooit bij de biologische vader had geleefd desondanks van feitelijke verzorgers naar vader kon worden overgeplaatst.)

2.3.2.1.B Positie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven die wil erkennen, terwijl de moeder op het tijdstip van de geboorte met een man of een vrouw is gehuwd

Er is geen rechtspraak over het recht van de zaaddonor om het kind te erkennen, terwijl de moeder op het tijdstip van de geboorte met een andere man is gehuwd. De positie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven dient mijns inziens te worden beschouwd naar analogie met de positie van de verwekker. Uit de vorige paragraaf over de verwekker blijken in de rechtspraak twee factoren van belang te zijn: (1) de man en vrouw hebben afgesproken dat de man een rol in het leven van het kind zal hebben en (2) het kind is, gelet op de feitelijke verzorgingssituatie, gebaat bij de erkenning of juist bij de weigering daarvan. Bij de beschouwing van de positie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven zal ik deze twee factoren betrekken.

Intenties van de moeder en de zaaddonor en de afspraak dat deze laatste een rol in het leven van het kind zal hebben

Dezelfde factoren die relevant zijn voor een erkenningspoging als het kind één juridische ouder heeft, zijn ook relevant indien het kind twee juridische ouders heeft. In paragraaf 2.2.1.B, onder het negende subkopje, is al opgemerkt dat de posities van de verwekker en de zaaddonor met familie- en gezinsleven op de relevante punten nauwelijks van elkaar verschillen. Aldaar is betoogd dat er goede gronden zijn de zaaddonor met familie- en gezinsleven – die bewust met het oog op zwangerschap heeft gehandeld – minstens zo veel bescherming te geven als de verwekker. Deze laatste kan immers hebben gehandeld zonder ook maar de minste aandacht aan de mogelijkheid van een zwangerschap te schenken. Daarentegen heeft de zaaddonor gehandeld in het volle bewustzijn dat een kind zou worden geboren.

In de jongste rechtspraak van de Hoge Raad (HR 30 november 2007, NJ 2008, 310; HR 11 april 2008, NJ 2008, 555)⁸⁸ en het Europees Hof (*Lebbink t. Nederland* (2004)) krijgt de intentie van de verwekker of zaaddonor met familie- en gezinsleven en diens verwachtingen een centrale rol. Zoals blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2007, NJ 2008, 310, is een afspraak tussen de moeder en de zaaddonor dat deze laatste een rol in het leven van het kind zal krijgen van cruciaal belang voor de vaststelling van familie- en gezinsleven tussen het kind en de zaaddonor (paragraaf 2.2.1.B onder het vierde subkopje). Juist de afwezigheid van een dergelijke afspraak leidde, in combinatie met twee andere factoren, tot de niet-ontvankelijkverklaring in de zaak *Nylund* (paragraaf 2.3.2.1.A). De belangstelling en betrokkenheid van de verwekker in de zaak *Lebbink* bleek van groter belang dan de geringe fysieke contacten tussen hem en zijn dochter (paragraaf 2.2.1.B onder het vierde subkopje). Uit zowel de rechtspraak van de Hoge Raad als die van het EHRM kan worden afgeleid dat een afspraak tussen de moeder en

⁸⁸ HR 11 april 2008, NJ 2008, 555, m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5.

de zaaddonor dat deze laatste geen rol in het leven van het kind zal hebben, de kansen op erkenning behoorlijk doet verminderen.

Ook de verwachtingen van de zaaddonor met familie- en gezinsleven zijn relevant voor zijn recht om het kind te erkennen. Dat de moeder met iemand anders is gehuwd moet de zaaddonor een signaal geven dat zijn kans om een eventueel geboren kind te kunnen erkennen minimaal is. De vrouw zou met een andere man gehuwd kunnen zijn op het tijdstip van spermadonatie. De zaaddonor lijkt mij dan voldoende gewaarschuwd dat hij geen vooruitzicht heeft op een afstammingsrelatie met het kind. In de situatie waarin de vrouw op het tijdstip van donatie alleenstaande is en de vrouw en de zaaddonor afspreken dat de donor een rol in het leven van het kind mag spelen, mogen de verwachtingen van de donor wat hoger zijn.

Het gewicht dat aan de feitelijke verzorgingssituatie toekomt

Indien de erkenningsprocedure een bedreiging vormt voor de verzorgingssituatie waarin het kind wordt opgevoed, dient het belang van de donor te wijken. Het belang van het kind zal niet anders zijn al naar gelang het is verwekt door middel van geslachtsgemeenschap of ten gevolge van kunstmatige inseminatie. In paragraaf 2.2.1.B onder het vijfde subkopje is gebleken dat als het kind slechts één juridische ouder heeft, aan de instandhouding van de feitelijke verzorgingssituatie zeer veel gewicht wordt toegekend.

In deze paragraaf zijn de erkenningsmogelijkheden van de verwekker en de zaaddonor met familie- en gezinsleven bestudeerd voor de situatie waarin het kind twee juridische ouders heeft doordat het staande huwelijk geboren is. Uit deze studie is gebleken dat volgens de rechtspraak van belang is of er een afspraak tussen de man en de moeder is gemaakt over de rol van de man in het leven van het kind en of de feitelijke verzorgingssituatie van het kind voor of tegen erkenning pleit. De criteria zijn niet uitgebreid uitgewerkt: de rechtspraak is zeer beperkt. De criteria lijken niet wezenlijk anders dan de criteria die gelden voor een erkenningsverzoek in de situatie waarin het kind slechts één ouder heeft (paragraaf 2.2). In paragraaf 2.2. is ervoor gepleit de zaaddonor met familie- en gezinsleven op gelijke voet te stellen met de verwekker. Aangezien de criteria voor de situatie waarin het kind twee juridische ouders heeft niet wezenlijk afwijken van de criteria die gelden voor de situatie waarin het kind slechts één juridische ouder heeft, wordt er onder verwijzing naar de argumentatie in paragraaf 2.2.1.B negende subkopje ook hier voor gepleit de zaaddonor met familie- en gezinsleven voor wat de mogelijkheid van erkenning betreft op gelijke voet met de verwekker te behandelen.

Hoewel het sluiten van een huwelijk tussen twee vrouwen geen juridisch ouderschap schept, heeft dit wel betekenis voor de bestendigheid van het gezinsleven, althans de intentie daartoe. Zoals eerder in dit onderdeel (2.3.2) is gebleken, geven zowel het Europees Hof als de Hoge Raad voorrang aan de feitelijke verzorgingssituatie waarin het kind wordt opgevoed. Zeer aannemelijk is dat deze overweging ook van toepassing is op de verzorgingssituatie in het huwelijk van de duo-moeders.

2.3.2.2 Tussenconclusie

Hoe bestendig is het juridische ouderschap van een niet-verwekker tegen een erkenningspoging door een verwekker of zaaddonor met familie- en gezinsleven? In deze paragraaf is op deze vraag een antwoord gegeven voor de situatie waarin het juridische ouderschap door huwelijk is ontstaan.

Alles wijst erop dat het feitelijke gedrag van de biologische vader en de moeder en de afspraken die zij hebben gemaakt centraal staan. Daarnaast kent het Europees Hof aan de feitelijke verzorgingssituatie van het kind een hoge mate van bescherming toe.

2.3.3 De erkenningspoging van de biologische vader indien de niet-verwekker het kind met toestemming van de moeder het kind heeft erkend

2.3.3.1.A De mogelijkheden van de verwekker om de nietigheid van de door de niet-verwekker gedane erkenning in te roepen en vervangende toestemming te verkrijgen

Europees Hof: ongenueanceerde uitsluiting erkenningspoging door verwekker op grond van erkenning door niet-verwekker is in strijd met het EVRM

In de zaak *Róžański t. Polen* wilde de verwekker erkennen, terwijl een nieuwe partner van de moeder reeds door declaratie de juridische vader van het kind was geworden. Voor een beschrijving van de feiten in deze zaak verwijs ik naar paragraaf 2.2.1.B, zesde subkopje. Ik breng hier in herinnering dat indien een man-niet-verwekker het kind heeft erkend en de verwekker vervolgens een verzoek tot vernietiging van de erkenning en vervangende toestemming tot erkenning indient, het Europees Hof erop staat dat er rekening wordt gehouden met de belangen van de verwekker. In de zaak *Róžański* heeft de verwekker geen mogelijkheid gehad om het kind te erkennen. Op grond van de Poolse wetgeving had hij geen eigen rechtsingang om de weigering van de moeder aan de kaak te stellen. Gelet op deze onmogelijkheid diende het belang van de verwekker bij erkenning tegen het belang van het kind en het nieuwe gezin te worden afgewogen. Het Europees Hof overweegt:

In the Court's view, in the circumstances of the present case it would have been reasonable to expect that the authorities, when responding to the applicant's efforts after July 1996 to have J.M.'s paternity challenged, would consider the relative weight of, on the one hand, the interests of the applicant as a putative biological father and, on the other, of the child and the family that the recognition by J.M. had created. While the Court acknowledges that it can be surmised that the authorities, when giving their decisions after the child had been recognised by J. M. might not have wanted to disturb the legal relationship between the child and his mother's new partner, it is open to criticism that *no examination of these interests against the factual background of a particular case* has been effected or even considered. Moreover, *it was not examined at all whether in the circumstances of the case the examination of the applicant's paternity would harm the child's interests or not.*⁸⁹ (cursivering CJF)

⁸⁹ EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339/00, EHRC 2006, 84 m.nt. H. Janssen, § 78.

De door het Europees Hof vereiste belangenafweging dient plaats te vinden in het licht van de feitelijke omstandigheden van het geval. Voorts blijkt uit de laatste zin van het citaat dat volgens het Europees Hof moet worden stilgestaan bij de vraag of erkenning door de verwekker het belang van het kind al dan niet zal schaden.⁹⁰

Hoge Raad: Volgens hoofdregel heeft de verwekker geen erkenningsmogelijkheid indien het kind reeds twee ouders heeft

De verwekker is niet één van de personen genoemd in artikel 1:205 lid 1 BW die om vernietiging van een door de niet-verwekker gedane erkenning kunnen verzoeken. *Het kind* zelf heeft een mogelijkheid om vernietiging van de erkenning te verzoeken, mits de erkenning is gedaan tijdens zijn minderjarigheid. Ook *de moeder* kan om vernietiging van de erkenning verzoeken, indien zij door bedreiging, dwaling, bedrog of tijdens haar minderjarigheid door misbruik van omstandigheden is bewogen haar toestemming tot erkenning te geven. In vergelijkbare omstandigheden kan *de erkenner* om vernietiging van de erkenning verzoeken. De mogelijkheid om op verzoek van de verwekker een door een niet-verwekker gedane erkenning te vernietigen is door de wetgever bij de voorbereiding van het nieuwe afstammingsrecht uitdrukkelijk onder ogen gezien. De wetgever heeft er bewust van afgezien *de verwekker* aan de lijst van personen toe te voegen die een vernietigingsverzoek kunnen indienen.⁹¹

Desondanks heeft de verwekker naar Nederlands recht de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden de nietigheid van een door de niet-verwekker gedane erkenning in te roepen. Dit blijkt uit een op 12 november 2004 door de Hoge Raad gewezen beschikking.

De man en de moeder hebben gedurende een jaar een relatie gehad waaruit in 1996 een dochter is geboren. De man is de verwekker van het kind, maar heeft haar niet erkend. In 2001 heeft X, de nieuwe partner van de moeder, het kind erkend. De verwekker verzoekt vernietiging van de erkenning en vraagt om vervangende toestemming tot erkenning op grond van artikel 1:204 lid 3 BW. De rechtbank verklaarde het verzoek niet-ontvankelijk. Het Hof 's-Gravenhage bekrachtigde deze beslissing. Deze beslissing houdt stand bij de Hoge Raad. Indien echter de verwekker de moeder om toestemming vraagt, *en de moeder deze weigert en vervolgens de toestemming aan een andere man verleent, voordat de verwekker een procedure tot vervanging van haar toestemming kan starten*, kan, indien de rechter alsnog de vervangende toestemming aan de verwekker wil verlenen, de doorhaling van de erkenning een vervolg zijn. In dit geval kan er namelijk sprake van zijn dat de moeder misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt. Een dergelijke situatie was in deze zaak niet aan de orde, aangezien de verwekker voldoende tijd had gehad om vervangende toestemming te vragen. *Bovendien had de moeder bij het verlenen van toestemming aan de nieuwe partner een rechtens te respecteren belang, namelijk de bevestiging van de hechte band die was ontstaan tussen X en de dochter, die thans in een hechte gezinssituatie wordt verzorgd en opgevoed.*⁹² (cursivering CJF)

⁹⁰ EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339/00, EHRC 2006, 84 m.nt. H. Janssen, § 78.

⁹¹ TK 1996-1997, 24 649, nr. 6, p. 40.

⁹² HR 12 november 2004, NJ 2005, 248 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5.2.

Artikel 1:205 BW kan worden gezien als een poort die eerst open moet gaan, wil een verwekker in de gelegenheid zijn om het vaderschap van de juridische vader aan de kaak te stellen. Slechts een beperkt aantal belanghebbenden heeft het recht de poort te doen openen. Doorgaans blijft de poort dicht voor de verwekker. Uit het citaat blijkt dat, al zou de poort voor de verwekker open gaan, zijn verzoek naar een buitengewoon strikte maatstaf zal worden beoordeeld. Alleen indien de verwekker aantoont dat de moeder bij het verlenen van toestemming aan de niet-verwekker en bij haar weigering aan de verwekker, geen enkel te respecteren belang heeft, zullen het verzoek van de verwekker om vernietiging van de erkenning door de niet-verwekker en zijn verzoek om vervangende toestemming worden toegekend. De maatstaf is zo strikt dat het nauwelijks iets uitmaakt of de poort open gaat of dicht blijft: de verwekker heeft geen reële kans. In de zaak waarover de Hoge Raad op 12 december 2004, NJ 2005, 248, besliste leidde toepassing van de strikte – ‘geen enkel te respecteren belang’ – maatstaf tot afwijzing van het erkenningsverzoek van de verwekker. De moeder had een hechte relatie met haar partner-niet-verwekker, X. Zij woonden al een tijd samen en de moeder was in verwachting van een kind dat door X was verwekt.

Deze strenge poort-bewaking dient het belang van het kind bij zekerheid over zijn juridische afstammingsrelaties. Volgens de Hoge Raad brengt toepassing van de strikte maatstaf niet mee dat het belang van de verwekker bij vaststelling van een familierechtelijke relatie met zijn kind tekort wordt gedaan. Evenmin is voorbijgegaan aan het feit dat het nieuwe afstammingsrecht zich, waar mogelijk, bij de biologische werkelijkheid aansluit.⁹³

De beperkte mogelijkheid die de verwekker op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad toekomt om een erkenning door een niet-verwekker aan de kaak te stellen, is mijns inziens verdragsconform. Dit is zeker het geval indien de hieronder besproken tweede uitzonderingssituatie deel uitmaakt van het huidige recht.

Op de hoofdregel is er ten minste één uitzondering. Om deze te begrijpen dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de volgende situaties:⁹⁴ (1) als de verwekker de kans heeft gehad het kind te erkennen, maar dit niet heeft gedaan, is er geen reden om de erkenning door een andere man te vernietigen; (2) als de verwekker om de erkenning heeft verzocht, de moeder haar toestemming heeft geweigerd en de rechter zijn verzoek om vervangende toestemming heeft afgewezen, is er evenmin reden om de erkenning te vernietigen; (3) de nu te behandelen uitzonderingssituaties.

⁹³ HR 12 november 2004, NJ 2005, 248 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5.4.

⁹⁴ HR 12 november 2004, NJ 2005, 248 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5.2; TK 1996-1997, 24 649, nr. 6, blz. 40.

Verwekker mag bij wijze van uitzondering een beroep doen op de nietigheid van de erkenning

Wat zijn de rechten van de verwekker die om erkenning heeft verzocht, waarna de moeder haar toestemming heeft geweigerd en vervolgens, voordat de verwekker een procedure tot vervangende toestemming heeft kunnen starten, haar toestemming heeft verleend aan een niet-verwekker? In deze situatie, hierna aangeduid als de eerste uitzonderingssituatie, is de Hoge Raad van oordeel dat de verwekker de mogelijkheid moet hebben om beroep te doen op de nietigheid van de door de niet-verwekker gedane erkenning. Als de moeder misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid bij het verlenen van toestemming aan de niet-verwekker, is deze toestemming ongeldig en wordt de erkenning door de niet-verwekker nietig op grond van artikel 1:204(1)(c) BW. Uit deze grondslag volgt dat er naar huidig recht van nietigheid gesproken moet worden en niet van vernietigbaarheid.

De Hoge Raad erkende maar één uitzonderingssituatie, maar zoals hierna zal blijken, zijn er mogelijk twee.

In de eerste uitzonderingssituatie legt de rechter een minder strikte maatstaf aan

De minder strikte evenredigheidsmaatstaf – ‘of de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de verwekker bij erkenning en de daartegenoverstaande belangen van de moeder, telkens in verband met het belang van het kind’ – vindt toepassing in situaties waarin de verwekker geen mogelijkheid heeft gehad om tijdig vervangende toestemming te vragen.⁹⁵

In de zaak waarover de Hoge Raad op 12 december 2004 besliste had de verwekker ruimschoots de gelegenheid om naar de rechter te stappen.

Toen de verwekker de moeder meedeelde dat hij het kind wilde erkennen, zei de moeder daarop dat X van plan was om het kind te erkennen. Vervolgens deed de verwekker niets. Toen X negentien dagen later tot erkenning overging had de verwekker nog steeds geen procedure aangespannen ter verkrijging van vervangende toestemming.⁹⁶

In de zaak waarover de Hoge Raad op 20 december 1991 besliste was de verwekker niet in de gelegenheid geweest om tijdig een procedure tot verkrijging van vervangende toestemming te beginnen.⁹⁷

De verwekker had de moeder om toestemming tot erkenning van de kinderen gevraagd. Minder dan een week later heeft de moeder, zonder opgaaf van redenen, haar toestemming gegeven aan een andere man, L., een voor de verwekker en het kind volstrekt onbekende man. Twaalf dagen daarna zijn de moeder en L. in het huwelijk getreden. De verwekker verzocht de rechtbank aan hem vervangende toestemming te verlenen en de erkenning door L. door te halen. De afwijzing van zijn verzoek door de rechtbank Amsterdam heeft het Hof Amsterdam bekrachtigd. Volgens het Hof Amsterdam heeft de moeder een te respecteren

⁹⁵ HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 248 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5.5.

⁹⁶ Zie ook Rechtbank Roermond 27 augustus 2008, LJN BE9453.

⁹⁷ HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598 m.nt. E. Luijten; zie conclusie van A-G Moltmaker, par. 2.2.3-2.2.4.

belang bij het verlenen van toestemming aan L. en de weigering van toestemming aan de verwekker, aangezien zij met L. een nieuw gezin wil stichten. De Hoge Raad casseert de beslissing van het Hof Amsterdam. Het Hof had volgens de Hoge Raad bij de volgende aspecten moeten stilstaan:

- het korte tijdsverloop tussen de weigering van toestemming aan de verwekker en de erkenning door L. en het sluiten van een huwelijk met L.;
- het feit dat de erkenning niet een voorwaarde is voor het behoud van de voogdij door de moeder of het in stand houden van de relatie tussen L. en het kind; wel is het onmogelijk voor de verwekker om zonder erkenning de voogdij te vragen;
- de mogelijke schade die het kind door de weigering van erkenning door de verwekker zou kunnen oplopen.⁹⁸

Bezien vanuit de positie van het kind was de handelwijze van de moeder onbegrijpelijk. Het ging om een situatie na beëindiging van een acht jaar durende samenwoningsrelatie. Omdat de ouders er niet uitkwamen was het de taak van de rechter om de best mogelijke oplossing voor het kind na te streven. In dit geval zat de kans er dik in dat aan de vader, indien hij door erkenning tot gezag bevoegd zou worden, het gezag over het kind zou worden toevertrouwd. De nieuwe partner kende het kind helemaal niet. Aan dit alles veranderde het feit dat de moeder toestemming tot erkenning aan een andere man had gegeven, en vervolgens met deze man in het huwelijk was getreden, helemaal niets.⁹⁹

Wanneer is de eerste uitzondering van toepassing?

De onmogelijkheid voor de verwekker om tijdig zijn rechtsmiddel te gebruiken kan erin gelegen zijn dat *de verwekker niet wist van de geboorte van het kind of dat hij niet wist dat hij de verwekker kon zijn*. Om deze reden stelt De Boer dat de minder strikte maatstaf van toepassing is in de situatie waarin de moeder haar toestemming heeft gegeven tot erkenning van het kind door een niet-verwekker vóórdat het kind is geboren. Volgens De Boer ‘[...] hoeft de verwekker [hier] redelijkerwijs niet bedacht [op] te zijn’.¹⁰⁰ In dat geval is heel goed denkbaar dat bij het verzoek van de verwekker om doorhaling van de erkenning door een niet-verwekker de minder strikte toets moet worden aangelegd. De bijzondere relevantie van deze redenering voor de prenatale erkenning door de duo-moeder wordt in deel 3 van dit onderzoek besproken.

In de situatie zoals aan de orde in de beschikking van de Hoge Raad van 20 december 1991, NJ 1992, 598 heeft de verwekker nog niet de kans gehad om een procedure te beginnen. Deze paragraaf betreft de situatie waarin de verwekker op grond van artikel 1:204 lid 3 BW om vervangende toestemming *heeft verzocht en een procedure aanhangig is*. In deze omstandigheden kan de moeder, totdat definitief op dit verzoek is beslist, aan een niet-verwekker slechts voorwaardelijk toe-

⁹⁸ HR 20 december 1991, NJ 1992, 598 m.nt. E. Luijten, o.w. 3.6 en 3.7.

⁹⁹ HR 20 december 1991, NJ 1992, 598 m.nt. E. Luijten, conclusie A-G Moltmaker, par. 2.2.3, 2.2.4 en zie 2.3.5.

¹⁰⁰ Asser-De Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 731.

stemming tot erkenning verlenen. De voorwaardelijke toestemming heeft alleen gevolg indien de door de verwekker gevraagde toestemming bij een definitief geworden rechterlijke beslissing is geweigerd.¹⁰¹ Gelet op het feit dat de moeder door haar handeling blijk heeft gegeven van haar wens en bereidheid de rechten van de verwekker hoe dan ook teniet te doen, stijgen zijn kansen om vervangende toestemming te krijgen aanzienlijk. Dit blijkt uit de beschikking van de Hoge Raad van 31 mei 2002.

Nadat de moeder had geweigerd haar toestemming te verlenen, had de rechtbank 's-Gravenhage bij beschikking op 5 juli 1999 vervangende toestemming aan de verwekker verleend. De vrouw ging in beroep bij het Hof 's-Gravenhage. In afwachting van de beslissing in hoger beroep erkende haar echtgenoot het kind met toestemming van de vrouw. De verwekker verzocht het hof de erkenning van de echtgenoot niet-geldig te verklaren en om hem vervangende toestemming tot erkenning te verlenen.

De overwegingen van het Hof 's-Gravenhage, die bij de Hoge Raad stand hielden, luiden als volgt:

‘dat bij het afwegen van het belang van [het kind] en de man om hun relatie rechtens als een familierechtelijke rechtsbetrekking erkend te zien, tegen het belang van de moeder bij een ongestoorde relatie met [het kind], deze afweging in het voordeel van erkenning door de man uitvalt. *Daarbij wordt overwogen dat de angst van de man, dat de moeder hem wil verbannen uit haar leven en uit dat van [het kind], niet geheel ongegrond is.*

Het hof is van oordeel dat door de vervangende toestemming noch de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met [het kind], noch de belangen van [het kind] zo ernstig worden geschaad, dat daardoor aan het belang van de man bij het vestigen van een familierechtelijke betrekking met [het kind] voorbij moet worden gegaan. De erkenning door de man heeft niet tot gevolg dat [het kind] diens achternaam krijgt. De man stelt daaromtrent dat hij niet wenst dat [het kind] zijn achternaam zal krijgen. *De moeder wordt door de erkenning door de man, niet gedwarsboemd in haar wens om [het kind] samen met [verweerder 3] op te voeden.* De man heeft immers ter terechtzitting gesteld dat hij er geen bezwaar tegen heeft dat [verweerder 3] mede met het gezag over [het kind] zal worden belast.

Het feit dat de man een omgangsregeling wenst en een dergelijke regeling via een gerechtelijke procedure tracht te realiseren, is *op zich geen reden om aan te nemen dat daardoor, in geval van erkenning door de man, de ongestoorde verhouding tussen de moeder en [het kind] zal worden aangetast.* De status van de man – biologische of juridische vader – is immers bij de vraag naar de wenselijkheid van een eventuele omgangs- en informatieregeling op zichzelf niet doorslaggevend.¹⁰² (cursivering CJF)

Cruciaal in dit geval is het feit dat de moeder door haar acties blijk heeft gegeven van haar bereidheid de man uit het leven van het kind te verbannen. Ware zij niet tot het geven van toestemming aan haar nieuwe partner overgegaan terwijl de procedure van de verwekker nog hangend was – volgens het Hof, ‘een laakbare actie’ – dan had de rechter veel minder aanleiding gehad om haar toestemming te vervangen.

¹⁰¹ Asser-De Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 731: HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5.: HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 563.

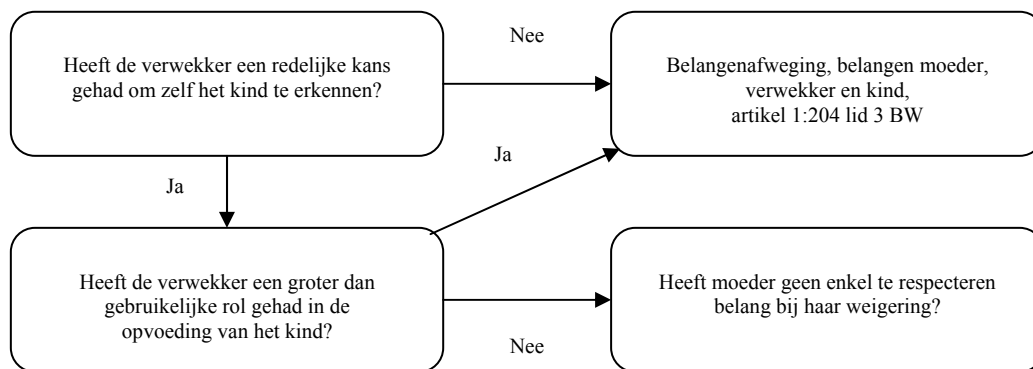
¹⁰² HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470 m.nt. J. de Boer, citaat in par. 1.11 van conclusie A-G Moltmaker.

Mogelijke tweede uitzonderingssituatie: de verwekker heeft een groter aandeel in de verzorging en opvoeding dan gebruikelijk is

Een tweede uitzonderingssituatie die aanleiding zou moeten geven tot toepassing van de minder strikte maatstaf is volgens De Boer die, waarin de vader een groter aandeel in de verzorging en opvoeding van de kinderen had en heeft dan gebruikelijk is.¹⁰³ Hierbij beroept hij zich op de oudere jurisprudentie over de mogelijkheid om de toestemming van de moeder te vervangen, uit de tijd van vóór de inwerking-treding van het nieuwe afstammingsrecht en van de mogelijkheid om op grond van artikel 1:204 lid 3 BW om vervangende toestemming te vragen. De jurisprudentie is hiervoor in paragraaf 2.2.1.A onder het derde subkopje uitgelegd.

Het criterium (het aandeel van de man in de verzorging van het kind) dient het belang van de verwekker en de kinderen bij een onderzoek naar de vraag of een voortzetting van de verzorging en opvoeding door de verwekker in het belang van de kinderen zou zijn.¹⁰⁴ Voor de aanvaarding van de tweede uitzondering pleit dat deze goed zou passen in de sterke bescherming die de Hoge Raad toekent aan de feitelijke verzorgingssituatie. Zie hierover onderdeel 2.3.2 (2.3.2.1.A laatste subkopje en 2.3.2.1.B tweede subkopje).

Figuur 4: Recht van de verwekker om de vernietigheid van de door de niet-verwekker gedane erkenning in te roepen en vervolgens vervangende toestemming te verzoeken indien het kind reeds twee juridische ouders heeft



¹⁰³ Asser-de Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 731. De uitzondering is toegepast in de volgende omstandigheden: HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E. Luijten (kinderen werden door pleegouders opgevoed); HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 374 en 375 m.nt. E. Luijten en E. Alkema (ouders gelijkwaardig in de opvoeding betrokken); HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 440 (idem); HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598 m.nt. E. Luijten o.w. 3.5 (ouders woonden samen maar vader was hoofdverzorger); HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 261 (ouders woonden samen, vervolgens waren kinderen bij moeder, vervolgens bij pleegouders); HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 871 o.w. 3.4.2.2 (ouders woonden eerst tien jaar samen met de kinderen, dan twee jaren in een woongroep).

¹⁰⁴ HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598 o.w. 3.5. en 3.6, einde.

De belangenafweging (in de eerste uitzonderingssituatie)

Omdat de Hoge Raad de tweede uitzonderingssituatie (nog) niet heeft aanvaard zal verder worden ingegaan op de toepassing van de eerste uitzonderingssituatie. Te denken valt aan de situatie waarin de moeder, zonder dat de verwekker de kans heeft gehad om vervangende toestemming te vragen, haar toestemming aan een niet-verwekker heeft verleend. De verwekker die hiertegen op wil komen moet eerst de nietigheid van de gedane erkenning inroepen en vervolgens om vervangende toestemming tot erkenning verzoeken. De rechter zal deze verzoeken gevoegd behandelen en deze beoordelen aan de hand van een maatstaf vergelijkbaar met die van artikel 1:204 lid 3 BW.¹⁰⁵

Vooropgesteld dient te worden dat zowel de verwekker als het kind er aanspraak op hebben dat hun relatie als een familierechtelijke rechtsbetrekking wordt aangemerkt. De wetgever heeft ervoor gekozen om, waar mogelijk, de juridische bij de biologische afstamming te laten aansluiten. Het belang van de verwekker moet worden afgewogen tegen het belang van de moeder en het kind bij niet-erkenning. Het belang van de moeder is in artikel 1:204 lid 3 BW nader omschreven als het belang bij een ongestoorde verhouding met het kind. De wens van de moeder bijvoorbeeld dat het ene kind niet een andere juridische vader heeft dan de rest van de kinderen in het nieuwe samengestelde gezin, geeft niet de doorslag.¹⁰⁶ Ook het aandeel dat de verwekker in de verzorging en opvoeding heeft gehad is relevant, maar niet meer doorslaggevend.¹⁰⁷ Voor wat het belang van het kind betreft komt geen beslissende betekenis toe aan het enkele feit dat het enige weerslag zal ondervinden van de inbreuk die de erkenning maakt op de relatie tussen hem en zijn moeder.¹⁰⁸

De wens van de wetgever om in het nieuwe afstammingsrecht sterker dan voorheen aan de biologische werkelijkheid gevolg te geven, gaf in de zaak waarover de Hoge Raad op 9 april 2004 besliste de doorslag. In die zaak waren de verwekker en de moeder in geschil over de erkenning door de verwekker van het vijfde kind dat uit de relatie tussen hem en de moeder werd geboren. Met het vijfde kind had de verwekker nauwelijks contact gehad, terwijl de nieuwe partner van de moeder wel een hechte band met het kind had.¹⁰⁹

Volgens de Hoge Raad in de zaak van 9 april 2004 was erkenning niet nodig om de nieuwe gezinsrelatie van de moeder en haar nieuwe partner te verstevigen, want zij hadden op grond van artikel 1:253t BW de mogelijkheid het gezamenlijk gezag te verkrijgen. In geval van overlijden van de moeder kon de met gezamenlijk gezag

¹⁰⁵ HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 565.

¹⁰⁶ HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 565, conclusie A-G Langemeijer par. 2.2, onder verwijzing naar HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.5.

¹⁰⁷ HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 565, conclusie A-G Langemeijer par. 2.2., met verwijzing naar conclusie A-G Moltmaker 2.5.2, overgenomen in HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 464.

¹⁰⁸ HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 565, conclusie A-G Langemeijer, par. 2.3.

¹⁰⁹ HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 565, o.w. 3.4.1.-3.4.2.

beklede partner op grond van artikel 1:253x lid 1 BW van rechtswege de voogdij over het kind krijgen.¹¹⁰

2.3.3.1.B De mogelijkheden voor de zaaddonor om de nietigheid van de door de vrouwelijke partner gedane erkenning in te roepen en vervangende toestemming te krijgen

Zaaddonor met familie- en gezinsleven behoort (beperkt) recht te hebben om vernietiging van de erkenning te verzoeken

Heeft de zaaddonor met familie- en gezinsleven, net als de verwekker, volgens huidig recht de mogelijkheid om nietigheid van de erkenning in te roepen? Hiervoor is gebleken dat de zaaddonor met familie- en gezinsleven, net als de verwekker, onder de omstandigheden die in paragraaf 2.2.1.B nader zijn aangegeven, een beperkte mogelijkheid heeft om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming indien de moeder weigert aan hem toestemming te verlenen. De verwekker heeft daarentegen een sterk recht, waardoor de kans dat de toestemming van de moeder zal worden vervangen vrij groot is (zie paragraaf 2.2.1.A).

De zaaddonor met familie- en gezinsleven heeft dus minder kans dan de verwekker op vervangende toestemming. Maar hij heeft, net als de verwekker, wel een kans. Als de moeder niet alleen haar toestemming aan de zaaddonor heeft onthouden, maar het bovendien voor een andere man mogelijk heeft gemaakt het kind te erkennen, kan de zaaddonor geen vervangende toestemming verkrijgen, tenzij de eerste erkenning nietig is. Nietigheid van de eerste erkenning is een absolute voorwaarde voor erkenning door de zaaddonor met familie- en gezinsleven. Hieruit leid ik af dat niet kan worden uitgesloten dat de zaaddonor, net als de verwekker, onder weliswaar beperkte omstandigheden het recht heeft om de nietigheid in te roepen van een reeds gedane erkenning door een andere man (of vrouw). Indien hij dit recht niet zou hebben, zou de moeder de zaaddonor met familie- en gezinsleven te gemakkelijk buiten spel kunnen zetten.

2.3.3.2 Tussenconclusie

In dit onderdeel is de erkenningspoging aan de orde van de zaaddonor met familie- en gezinsleven in de situatie waarin een andere persoon, een niet-verwekker, met toestemming van de moeder het kind reeds heeft erkend. In deze context kan gesproken worden van een mannelijke of vrouwelijke partner: de van toepassing zijnde rechtsregels zijn geslachtsneutraal.

Erkenningspoging door de verwekker

Indien de moeder heeft geweigerd de verwekker toestemming tot erkenning te geven en bovendien toestemming aan een andere man of vrouw heeft verleend, wordt de

¹¹⁰ HR 9 april 2004, NJ 2005, 565, o.w. 3.4.2.

verwekker geconfronteerd met de situatie dat het kind reeds twee juridische ouders heeft. Zijn positie is moeilijk, maar niet altijd hopeloos.

De verwekker is niet genoemd in artikel 1:205 BW als één van de personen die het recht heeft om de rechter te verzoeken om vernietiging van een erkenning door een niet-verwekker. Op grond van het arrest van de Hoge Raad van 12 november 2004, NJ 2005, 248 komt hem desalniettemin het recht toe om de nietigheid van de erkenning door een niet-verwekker in te roepen, zij het dat dit recht, gelet op het belang van het kind bij rechtszekerheid omtrent de afstamming, beperkt is.

In de normale situatie zal de rechter niet overgaan tot de vaststelling dat de door de niet-verwekker gedane erkenning nietig is, tenzij de moeder haar toestemming tot erkenning aan de niet-verwekker ‘slechts met het oogmerk ... de belangen van de verwekker te schaden’ heeft verleend. De toetsingsmaatstaf die de Hoge Raad aanlegt is zo zwaar dat de verwekker slechts in uitzonderlijke situaties de nietigheid van de erkenning kan inroepen.

In een aantal situaties wordt een minder strikte maatstaf gehanteerd, namelijk ‘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’. Het gaat om de volgende situaties:

- De verwekker heeft geen redelijke kans gehad om het kind te erkennen. Regelmatig komt het voor dat de verwekker jarenlang geen aanstalten maakt om het kind te erkennen en zich evenmin anderszins om het wel en wee van het kind bekommert. Pas wanneer de moeder een nieuwe partner heeft die het kind wil erkennen, komt de verwekker in actie. Zulke feiten waren aan de orde in HR 12 november 2004, NJ 2005, 248. Anders ligt de zaak indien de verwekker geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om het kind te erkennen, zoals aan de orde was in de zaak waarover de op HR 20 december 1991, NJ 1992, 598 heeft beslist. De verwekker vroeg de moeder om toestemming om het kind te erkennen. De moeder gaf hierop geen antwoord, maar verleende haar toestemming aan een andere, voor het kind wildvreemde, man.

Het maakt niet uit wat de oorzaak is van de onmogelijkheid voor de verwekker om tijdig tot erkenning over te gaan. De Boer stelt dat de onmogelijkheid erin gelegen kan zijn dat hij niet wist van de geboorte of niet wist dat hij de biologische vader is.

- De verwekker heeft de moeder verzocht om toestemming tot erkenning en de moeder weigert. Daarop heeft de verwekker een verzoek om vervangende toestemming bij de rechter aanhangig gemaakt. Terwijl de procedure nog aanhangig is, verleent de moeder haar toestemming aan een andere persoon. Op 31 mei 2002, NJ 2002, 470 oordeelde de Hoge Raad dat de rechter in deze omstandigheden de minder strikte toetsingsmaatstaf – de belangenafweging – moet aanleggen.
- Mogelijk moet de minder strikte maatstaf ook worden aangelegd indien de verwekker een groter dan gebruikelijk aandeel heeft gehad in de opvoeding van het

kind. De Boer beroept zich voor deze uitzondering op de rechtspraak daterend van vóór het huidige afstammingsrecht. Deze uitzondering strekt tot bescherming van de verzorgingsrelatie tussen de verwekker en het kind.

Toepassing aan de minder strikte maatstaf kan ertoe leiden dat de verwekker het recht heeft om het kind te erkennen. Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak waarover de Hoge Raad op 9 april 2004, NJ 2005, 565 heeft beslist. Het geschil ging over de erkenning van het vijfde kind waarvan de moeder en de verwekker de biologische ouders waren. De nieuwe partner had een relatie opgebouwd met het kind; de verwekker had dit niet. De Hoge Raad oordeelde dat het Hof terecht de nietigheid van de erkenning door de niet-verwekker had vastgesteld en terecht vervangende toestemming aan de verwekker had verleend. De Hoge Raad overwoog dat de verwekker anders geen mogelijkheid had om zijn relatie tot het kind juridisch vorm te geven. Daarentegen had de niet-verwekker de mogelijkheid om zijn relatie tot het kind door middel van gezamenlijk gezag op de voet van artikel 1:253t BW te verankeren.

Erkenningspoging door de zaaddonor met familie- en gezinsleven

Indien de verzoeker niet een verwekker is, maar een zaaddonor met familie- en gezinsleven, dienen de voorgaande regels mijns inziens op gelijke wijze te worden toegepast. Voor de belangenafweging maakt het niet uit of de nieuwe partner van de moeder een man of een vrouw is. Op 24 januari 2003, NJ 2003, 491 heeft de Hoge Raad de afwijzing van een verzoek van een zaaddonor om vervangende toestemming tot erkenning in stand gelaten. Het kind werd opgevoed in het gezin van de moeder en haar vrouwelijke partner. De vrouwelijke partner was geen juridische ouder: uitsluitend de moeder was juridisch ouder. Eerder is aangevoerd dat aanneemelijk is dat de Hoge Raad dezelfde maatstaf zou toepassen in geval van een erkenningsverzoek door een zaaddonor indien het kind twee juridische ouders heeft.

Omdat de Hoge Raad de strikte toetsingsmaatstaf aanlegde had de zaaddonor geen kans. Maar ook met toepassing van de minder strikte maatstaf is het, gelet op de sterke bescherming van de feitelijke verzorgingssituatie, twijfelachtig of de man het kind had kunnen erkennen. Analogische toepassing van de rechtspraak over de verwekker zou ertoe leiden dat de kansen van de zaaddonor groter zijn als hij een meer dan gebruikelijk aandeel heeft gehad en heeft in de verzorging en opvoeding van het kind, of de duo-moeders daarin geen rol hebben gespeeld. Zijn kansen nemen ook toe als de moeder er door haar gedrag blij van heeft gegeven willens en wetens de rechten van de zaaddonor teniet te doen. Zie de uitspraken over verwekkers: Hoge Raad 20 december 1991, NJ 1992, 598 en Hoge Raad 31 mei 2002, NJ 2002, 470. Mijns inziens zijn dezelfde regels van toepassing op de zaaddonor met familie- en gezinsleven. Indien de betrokkenheid van de zaaddonor bij het leven van het kind sterk is, zal de rechter erkenning als een noodzakelijk instrument zien, om de zaaddonor in de gelegenheid te stellen zijn rechten ten opzichte van het kind te verwezenlijken.

2.4 Het recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven op afstammings(gerelateerde) informatie

- Indien aannemelijk is dat een man de biologische vader is van het kind, heeft de man een beschermenswaardig belang om te laten onderzoeken of hij daadwerkelijk de biologische vader is van het kind. Aldus oordeelde het Europees Hof in de zaak *Nylund t. Finland*. Het door artikel 8 EVRM beschermde recht op respect voor het privé-leven van de verwekker mag waar nodig echter worden beperkt om de verzorgingssituatie waarin het kind wordt opgevoed te beschermen. Als de bescherming van de verzorgingssituatie niet in het gedrang kan komen door mogelijke acties van de verwekker, laat de rechtspraak ruimte voor de mogelijkheid dat het recht op afstammingsinformatie van de verwekker zegeviert.
- Er is geen rechtspraak over het recht op afstammingsinformatie van de zaaddonor. Mijns inziens moet er echter rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat een zaaddonor die een relatie met het kind heeft die als familie- en gezinsleven wordt aangemerkt, op dezelfde basis als de verwekker een recht op afstammingsinformatie aan artikel 8 EVRM ontleent. Dit recht kan hij slechts uitoefenen indien de moeder niet voor het kind zorgt of om andere redenen de feitelijke verzorgingsrelatie geen bescherming behoeft. Nauw verwant aan de vraag: ‘ben ik de biologische vader?’ is de vraag ‘is het kind al geboren?’ Ook deze informatie dient als afstammingsinformatie beschermd te worden.
- De duo-moeders kunnen de zaaddonor beter op de hoogte brengen van het feit dat het kind is geboren. De zaaddonor die niet tijdig op de hoogte is gebracht van de feiten die relevant zijn om te weten of hij juridische stappen moet nemen, heeft een aanzienlijk grotere kans in een procedure tot vervangende toestemming tot erkenning dan een zaaddonor die over alle relevante informatie beschikt. Dit volgt uit de uitspraak van de Hoge Raad op 20 december 1991, NJ 1992, 598, uiteengezet in onderdeel 2.3.3.1.A, vierde subkopje.

2.4.1 Het recht van de biologische vader op afstammings(gerelateerde) informatie

In dit onderdeel zal worden nagegaan of en onder welke omstandigheden de man die vermoedt de biologische vader van het kind te zijn het recht heeft om zijn biologisch vaderschap te doen vaststellen. Ten eerste zal het recht op afstammingsinformatie van de verwekker uit de doeken worden gedaan. Vervolgens zal het recht op afstammingsinformatie en afstammingsrelevante informatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven worden besproken. Hierover is er geen rechtspraak. Tot slot zal ik het

standpunt verdedigen dat de rechtspraak over de verwekker analogisch kan worden toegepast op de zaaddonor met familie- en gezinsleven.

Afstammingsinformatie ziet op de vraag of tussen twee personen een afstammingsrelatie bestaat. Strikt genomen valt informatie over een biologische band hier niet onder. Maar vanaf de eerste zaken op dit gebied is het begrip afstammingsinformatie ook in verband gebracht met een biologische band. Eveneens van belang is afstammingsgerelateerde informatie, zoals het feit dat het kind is geboren en op welke dag. Voor de bescherming van het recht maken deze verfijningen niet uit. Zoals in paragraaf 4.2.4 zal blijken, worden al deze informatie-fragmenten ondergebracht in één recht op informatie die formatief is voor de persoonlijke ontwikkeling.

2.4.1.A Het recht van de verwekker op afstammings(gerelateerde)informatie

Recht op afstammingsgegevens

Het recht op afstammingsinformatie omvat het recht van bepaalde mensen, onder wie in het bijzonder het kind (zie deel 4 van dit onderzoek, hierna), om te weten of er een biologische band aanwezig is. Dit kan gebeuren door DNA-onderzoek. Het kan zijn dat één of meer van de personen wier medewerking noodzakelijk is om de biologische band te kunnen vaststellen weigert aan het onderzoek mee te werken. Een EVRM-verdragspartij is niet verplicht om in een procedure te voorzien waardoor medewerking aan DNA-onderzoek fysiek kan worden afgedwongen. Waar medewerking aan het onderzoek uitblijft, is de verdragspartij echter verplicht in een procedure te voorzien die het desondanks mogelijk maakt een afstammingsrelatie vast te stellen of op zijn minst te kunnen vaststellen dat er sprake is van een biologische band.¹¹¹ Een onderzoek naar de afstammingsrelatie is uitsluitend nodig indien de omstandigheden wijzen op een mogelijke afstammingsband.¹¹²

Voor zover de opmerkingen uit de vorige alinea betrekking hebben op het *recht van het kind* om te weten van wie hij of zij afstamt, zijn deze terug te vinden in uitspraken van het Europees Hof. Deze hebben telkens betrekking op een persoon¹¹³ die wil weten wie haar of zijn biologische vader is, met het oog op de vaststelling van het juridisch vaderschap van deze persoon.¹¹⁴ In een andere zaak probeerde de verzoekster de identiteit van haar biologische moeder te achterhalen, puur om over de informatie te beschikken.¹¹⁵ In nog twee andere zaken ging het de verzoeker niet om afstammingsinformatie, maar om informatie over zijn opvoeding in verschillen-

¹¹¹ EHRM 7 februari 2002, *RJD* 2002-I, p. 141, *EHRC* 2002, 25 (*Mikulic t. Kroatië*) § 51-55, § 64.

¹¹² Asser-de Boer, 2006, *a.w.*, n. 11, par. 738 en 1074.

¹¹³ De verzoekers zijn in alle zaken inmiddels volwassen en zelfs van middelbare leeftijd. In deze context heeft het woord 'kind' geen betrekking op hun leeftijd, maar geeft de relatie aan tussen de verzoeker en de persoon waarover informatie is verzocht.

¹¹⁴ EHRM 8 juli 1989, serie A no. 160, *NJ* 1991, 659 m.nt. E. J. Dommering (*Gaskin t. V.K.*) § 49; EHRM 2 februari 1992, *RJD* 2002-I, p. 141 (*Mikulic t. Kroatië*) § 64; EHRM 20 december 2007, zaaknr. 23890/02 (*Phinikaridou t. Cyprus*) § 53.

¹¹⁵ EHRM 13 februari 2003, *RJD* 2003-III, p. 51, *NJ* 2003, 587 m.nt. S. Wortmann, C. Forder, 'Accouchement sous X', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 774 (*Odièvre t. Frankrijk*) § 42.

de pleeggezinnen in zijn vroege jeugd. De verzoekers onderzochten de mogelijkheid om de autoriteiten aansprakelijk te stellen voor onzorgvuldigheden in het kader van de begeleiding van hun opvoeding.¹¹⁶

Recht van de verwekker op afstammingsgegevens

Welke mogelijkheden behoort de *biologische vader* volgens het Europees Hof te hebben in de omgekeerde situatie – wanneer hij wil weten of hij de biologische vader is? In de zaak *Nylund t. Finland* heeft het Europees Hof beslist dat een verwekker geen recht aan artikel 8 EVRM kan ontlenen om zijn biologisch vaderschap te doen vaststellen.¹¹⁷

De beslissing dient echter in het licht van de in die zaak relevante feiten te worden beschouwd. Het Europees Hof vond dat de verzoeker een recht – door het Hof aangemerkt als privé-leven – had dat in principe onder de bescherming van artikel 8 EVRM viel.

De man en de moeder hadden gedurende acht maanden een relatie gehad en hadden zeven maanden samengewoond. Op het tijdstip van de conceptie waren de man en de moeder met elkaar verloofd. Kort nadat de zwangerschap werd vastgesteld heeft de moeder de relatie verbroken.

Het Europees Hof oordeelde dat het belang van de man in principe onder de bescherming van artikel 8 valt. Zo overwoog het Europees Hof:

‘[T]he applicant’s action is aimed at the confirmation of an alleged biological fact rather than at the establishment of legal relations. The Court finds, nonetheless, that the circumstances in the applicant’s life in the spring of 1988, as described by the applicant himself, were such as to bring the facts of the instant case within the ambit of Article 8. Therefore, the Court has considered whether the fact that the applicant was barred from instituting paternity proceedings as regards J, reveals a lack of respect of the applicant’s private life.’

Recht op afstammingsinformatie verwekker beperkt in het belang van de gezinsrelatie

Voor de afwijzing van de klacht acht het Europees Hof doorslaggevend dat inwilliging van het verzoek van de man storend zou zijn voor de feitelijke gezinssituatie waarin het kind door de moeder en haar nieuwe partner, die met haar was getrouwd, werd opgevoed. De Finse regering mocht voorrang geven aan de rechtszekerheid en de bestendigheid van de gezinsrelatie boven het belang van de man. Deze redenering laat echter ruimte voor de mogelijkheid dat, zou de moeder geen nieuwe gezinsrelatie hebben gehad of het kind buiten een nieuwe gezinsrelatie van de vrouw worden grootgebracht, het recht op respect voor het privé-leven van de verwekker had moeten zegeviereren.

¹¹⁶ EHRM 8 juli 1989 serie A no. 160, NJ 1991, 659 m.nt. E. J. Dommering (*Gaskin t. V.K.*) § 49; EHRM 24 september 2002, 36 EHRR, zaaknr. 39393/98 (*M.G. t. V.K.*) § 27.

¹¹⁷ EHRM 29 juni 1999 niet-ontvankelijkheidsbeslissing, zaaknr. 27110/95 *RJD* 1999-VI, p. 1 (*Jorgon Olof Nyland t. Finland*).

Recht op afstammingsinformatie beschermt ook pure nieuwsgierigheid

De Finse regering heeft opgemerkt dat de heer Nylund, anders dan de vader in de zaak *Rasmussen*, voor wie het om ontkenning van de *juridische relatie* ging,¹¹⁸ slechts uit was op vaststelling van de *biologische relatie*. Hiermee wilde de regering duidelijk maken dat het de verwekker er niet om ging bepaalde rechten geldend te maken – waardoor er ook sprake zou kunnen zijn van verplichtingen – maar dat zijn actie slechts was ingegeven door nieuwsgierigheid over zijn mogelijk verwekkerschap. Het Europees Hof stelde dit verschil tussen de twee zaken vast, maar oordeelde desalniettemin dat het privé-leven van Nylund, net als dat van Rasmussen, in het geding was. Blijkbaar doet het er voor het Europees Hof niet toe dat de verwekker *slechts* op zoek is naar afstammingsinformatie. Dit standpunt verrast ook niet, want in andere situaties erkent het Europese Hof het belang van persoonlijke informatie als zodanig, ongeacht of het de bedoeling is de informatie in juridische procedures te gebruiken. Zo heeft een persoon een vitaal belang bij de informatie die nodig is om zijn kindertijd en vroege ontwikkeling te kunnen begrijpen,¹¹⁹ en heeft een ouder het recht om op de hoogte te worden gebracht van de motivering voor iedere ingreep in zijn of haar gezin. Deze laatste eis dient niet alleen een rationele functie (voorbereiding van het verweer) maar ook een emotionele functie (verwerking van de verstoring in het gezinsleven).¹²⁰

De conclusie is dan ook dat, indien uit de omstandigheden van het geval blijkt dat aannemelijk is dat een man de biologische vader is van het kind,¹²¹ de verwekker een beschermenswaardig belang heeft om te laten onderzoeken of hij de biologische vader is van een kind. Dit belang maakt volgens het Europees Hof deel uit van zijn door artikel 8 EVRM beschermde privé-leven. Het recht van de verwekker mag echter worden beperkt om de feitelijke gezinssituatie waarin het kind wordt opgevoed te beschermen.

2.4.1.B Recht op afstammings(gerelateerde) informatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven

Er zijn situaties denkbaar waarin de zaaddonor met familie- en gezinsleven zich zal afvragen of hij de biologische vader van het kind is van het kind. Deze situatie is met name denkbaar indien hij op vriendschappelijke basis zijn sperma aan de moeder heeft geleverd, maar de moeder daarna elk contact met de zaaddonor heeft ver-

¹¹⁸ EHRM 28 november 1984 serie A no. 87, *NJ* 1986, 41 m.nt. E. Alkema (*Rasmussen t. Denemarken*) § 33 (het recht van R. om te kunnen laten vaststellen of zijn binnen huwelijk uit zijn echtgenote geboren dochter zijn biologische dochter was maakte deel uit van zijn privé-leven i.d.z. van artikel 8 EVRM).

¹¹⁹ EHRM 7 juli 1989, serie A no. 160, *NJ* 1991, 659 m.nt. E. J. Dommering (*Gaskin t. V.K.*) § 49.

¹²⁰ EHRM 10 mei 2001, *RJD* 2001-V, p. 119, (*T.P. & K.M. t. V.K.*), § 80.

¹²¹ Hij heeft geen recht om een DNA-onderzoek te laten plaatsvinden, indien uit de overige omstandigheden blijkt dat het niet aannemelijk is dat hij de biologische vader is van het kind. Een *fishing expedition* is niet toegestaan: art. 149 lid 1 RV, laatste zin; HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 647 m.nt. J. de Boer, o.w. 3.3; HR 9 december 2005, o.w. 3.9-3.10.

broken. Heeft de zaaddonor het recht om te weten of hij de biologische vader is van het kind?

Bij deze vraag heeft het Europees Hof nooit stilgestaan. Er moet mijns inziens in ieder geval rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat een zaaddonor die een relatie heeft met de moeder of het kind die als familie- en gezinsleven kan worden aangemerkt, op gelijke voet als de verwekker een informatierecht heeft. In paragraaf 2.2.1.B onder het derde subkopje is aangegeven in welke omstandigheden er bij een zaaddonor en het kind sprake is van familie- en gezinsleven.

Op grond van een drietal argumenten ben ik van mening dat een zaaddonor (kennis van de moeder) op soortgelijke basis als de verwekker een informatierecht aan artikel 8 EVRM kan ontleen.

1. Aangezien een zaaddonor met familie- en gezinsleven volgens de jongste rechtspraak van de Hoge Raad aan artikel 8 EVRM enkele rechten ontleent, komt het ook als redelijk voor dat hem het recht op afstammings(gerelateerde) informatie toekomt. Van de vaststelling of hij wel of niet de biologische vader is van het kind hangt de uitoefening van zijn andere rechten af.

2. Het Europees Hof heeft zich in het verleden gebogen over een regeling die tot gevolg had dat een verwekker verstoken bleef van vitale informatie over de feiten die tot de definitieve verbreking van zijn band met het kind hadden geleid. In zijn uitspraak in de zaak *Keegan t. Ierland* heeft het Europees Hof deze gang van zaken nadrukkelijk afgekeurd. Het Hof achtte artikel 8 EVRM in dat geval geschonden, omdat de moeder het kind waarvan verzoeker de verwekker was ter adoptie had geplaatst, zonder hem hiervan op de hoogte te stellen, laat staan hem hiervoor zijn toestemming te vragen.¹²²

De Hoge Raad heeft gelegenheid gehad zich uit te spreken over de noodzaak om de zaaddonor met het oog op artikel 8 EVRM bij de adoptieprocedure te betrekken.¹²³ De zaak was een vervolg op de in paragraaf 2.2.1.B onder het vijfde subkopje besproken beschikking van de Hoge Raad op 24 januari 2003, NJ 2003, 386, waarin het verzoek van de zaaddonor om vervangende toestemming tot erkenning is afgewezen.

In de onderhavige zaak ging het om het adoptieverzoek van de vrouwelijke partner van de moeder van het kind (stiefouderadoptie), waartegen de zaaddonor zich verzette. In dit verband kwam de vraag aan de orde of de zaaddonor een 'ouder' was in de zin van artikel 1:227 lid 3 BW en eveneens belanghebbende in de zin van 798 van de Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De zaaddonor zou dan een afschrift van het verzoek krijgen en zou voor de hoorzitting worden opgeroepen (artikel 800 lid 1 Rv). Volgens de rechtbank Utrecht was de zaaddonor geen belanghebbende. Volgens de rechtbank was er tussen hem en de dochter

¹²² EHRM 26 mei 1994 (*Keegan t. Ierland*), serie A nr. 291, NJ 1995, 247 § 55. Vergelijkbaar is EHRM 17 juli 2008 (*X. t. Kroatië*), zaaknr. 11223/04, EHRC 2008, 124 m.nt. E. Brems.

¹²³ HR 21 april 2006, NJ 2006, 584 m.nt. J. de Boer; zie ook Hof Arnhem 4 december 2007, LJN BC2782.

geen familie- en gezinsleven, zoals vereist is om als belanghebbende te worden aangemerkt. Het gerechtshof Amsterdam oordeelde in tegenovergestelde zin. Het gerechtshof stond stil bij de aard van de adoptiebeslissing, die bestaat in het creëren van nieuwe juridische banden tussen het kind en de vrouwelijke partner van de moeder, terwijl de banden tussen het kind en de zaaddonor worden verbroken. Daarom moet adoptie met vele procedurele waarborgen worden omgeven. Volgens artikel 1:227 lid 3 BW is een voorwaarde voor adoptie dat van de ‘ouder’ of ‘ouders’ gezegd kan worden dat het kind van de persoon ‘in die hoedanigheid van ouder niets meer te verwachten heeft’. Uit de memorie van toelichting bij artikel 1:227 lid 3 BW blijkt dat de wetgever de intentie had dat het begrip ‘ouder’ zeer ruim zou moeten worden opgevat. Zich mede baserend op het arrest van het Europees Hof in de zaak *Keegan t. Ierland* stelde de wetgever dat artikel 1:227 lid 3 BW zowel op de biologische als de juridische ouder ziet.¹²⁴ Voorts overweegt het gerechtshof dat de wetgever de intentie had dat indien een ‘ouder’ (biologische of juridische ouder) de wens heeft om bij het leven van het kind betrokken te worden, maar hierin door de opvoeders wordt belet, niet kan niet worden gezegd dat het kind van die persoon in de hoedanigheid van ouder niets te verwachten heeft. Op het moment van de beslissing was in de casus onduidelijk welke invulling de man zou kunnen geven aan de rol van ouder van het kind. Teneinde duidelijkheid te krijgen zou de zaaddonor met familie- en gezinsleven opgeroepen moeten worden.¹²⁵

Er zijn verschillen tussen de situatie van een verwekker of zaaddonor die zich tegen een stiefouderadoptie wil verzetten en de situatie van de zaaddonor die op zoek is naar afstammings(gerelateerde)informatie. In de zaak *Keegan* was de verwekker op de hoogte van de geboorte, maar was hij niet tijdig geïnformeerd over de plaatsing ter adoptie, terwijl het vaststond dat Keegan de biologische vader was. Daarentegen sta ik in dit onderzoek stil bij de situatie waarin de zaaddonor mogelijk de informatie ontbeert dat het kind is geboren.

Overeenkomsten tussen de situatie bij de plaatsing van het kind voor adoptie zonder de verwekker erbij te betrekken en die waarin de zaaddonor geen weet heeft van de geboorte zijn er ook. In beide situaties mist de biologische vader vitale informatie die onontbeerlijk is om juridische stappen te zetten. In beide situaties staat verbreking van de relatie met het kind op het spel. Het feit dat het in de zaak *Keegan* om adoptie ging, terwijl dit onderzoek over erkenning gaat, doet er mijns inziens niet toe. De erkenning in de relatie tussen duo-moeders en zaaddonor en de adoptie zoals in de zaak *Keegan* dienen beide dezelfde functie. In beide situaties gaat het over de vestiging van een afstammingsband.¹²⁶ Het Europees Hof trekt zich weinig

¹²⁴ KS 1998-1999, 26 673, nr. 3, p. 3-5; A-G Wesseling van Gent onder HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 584, conclusie par. 2.17.

¹²⁵ A-G Wesseling van Gent onder HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 584, conclusie par. 2.5, 2.10; *commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht*, Den Haag, oktober 1997, p. 10; KS 1999-2000, 26 673, nr. 5, p. 27-28.

¹²⁶ Asser-de Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 760: ‘In verband met het aan adoptie verbonden rechtsgevolg (het worden van kind van de adoptant of adoptanten) vertoont zij ook gelijkenis met de erkenning. De wetgever heeft op dit punt aanvankelijk een groot terughoudendheid betracht en heeft de adoptie niet willen zien als aan aanvulling op de regeling der erkenning (en voorheen de wettiging). De latere ontwikkeling der wetgeving doet echter zien, dat de grenzen tussen adoptierecht en afstammingsrecht niet scherp zijn te trekken. Met name de mogelijkheid van →

aan van juridische categoriën, maar let vooral op de functie. Daarom durf ik de stelling aan dat het Europees Hof een soortgelijke toets als in de zaak *Keegan* zal aanleggen als dit nodig is om de biologische ouder bescherming te bieden tegen een mogelijk definitieve verbreking van zijn relatie met het kind. Het maakt voor deze bescherming niet uit of de verbreking haar oorzaak vindt in een erkenning of in een adoptie. Bij de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 30 551 is de Minister van Justitie – mijns inziens terecht – uitgegaan van een zekere uitwisselbaarheid van adoptie en erkenning in de context van duo-moeders.¹²⁷ Wel een onzekere factor – net als in onderdeel 2.2 – is of het Europees Hof met de Hoge Raad meegaat in de gelijkstelling van de zaaddonor en verwekker.

3. De duo-moeders hebben er ook groot belang bij dat de zaaddonor met familie- en gezinsleven – alsmede een zaaddonor die *mogelijk* familie- en gezinsleven heeft – tijdig op de hoogte wordt gebracht van het feit dat hij de biologische vader van het kind is. Indien zij dit niet doen, bestaat er een groot risico dat zij bij een verzoek van de donor om vervangende toestemming tot erkenning, door de verzwijging in een ongunstige positie komen te verkeren. Gelet op de rechtspraak over vervangende toestemming voor erkenning op verzoek van een verwekker, kunnen de vrouwen die dergelijke informatie voor de bekende donor hebben verzwegen erop rekenen dat de rechter de situatie gelijk behandelt als een ongebruikelijke situatie. Zoals in paragraaf 2.3.3.1 is uitgelegd, vloeit uit de rechtspraak van de Hoge Raad voort (Hoge Raad 23 januari 2003, NJ 2003, 386 in combinatie met de oude misbruik van recht jurisprudentie) dat de beslissing of de vervangende toestemming tot erkenning wordt verleend van een afweging van de belangen van de donor, het kind en de duo-moeders afhangt. De positie van verzwijgende vrouwen is aanzienlijk slechter dan in de gebruikelijke situatie, waarin voor de donor nauwelijks hoop op vervangende toestemming bestaat.

2.4.2 Tussenconclusie

Recht van de verwekker op afstammings(gerelateerde) informatie

Uit het arrest van het Europees Hof in de zaak *Nylund* blijkt dat een man die het vermoeden heeft dat hij de biologische vader is van een kind, er belang bij heeft om te weten of dit vermoeden juist is. Dat belang maakt deel uit van zijn privé-leven en wordt door artikel 8 EVRM beschermd.

Voor het vermoeden van de man moet een concrete grond aanwezig zijn, bijvoorbeeld het plaatsgevonden hebben van geslachtsgemeenschap met de vrouw.

stiefouderadoptie wijst dit uit.’

¹²⁷ KS 2008-2009, 30 551, nr. F, p. 7 en 8. Zo zegt hij dat ‘het geval van adoptie door een duomoeder meer als instrument van gezinsvorming, waarbij het aspect van (het vestigen van) afstamming voorop staat, kan worden beschouwd’. De Raad van State benadert dit anders: hij spreekt van een kinderbeschermingsmaatregel.

Dat hij zijn informatierecht uit pure nieuwsgierigheid wil uitoefenen, doet op zichzelf niet aan zijn recht af.

Regelmatig zal het recht van de man worden beperkt. Als de uitoefening van zijn recht op afstammingsinformatie tot gevolg kan hebben dat de opvoeding van het kind in het gedrang komt, krijgt het belang van het kind bij bestending van de bestaande opvoedingssituatie voorrang. Indien er echter geen bedreiging voor de opvoedingssituatie voor het kind is, laat de rechtspraak ruimte voor de mogelijkheid het recht op afstammings(gerelateerde) informatie van de man geldend te maken.

Recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven op afstammings(gerelateerde) informatie

Er is geen rechtspraak voorhanden over een recht op afstammings(gerelateerde) informatie van een zaaddonor. Een aantal argumenten pleit ervoor dat de zaaddonor reeds op grond van het huidige recht, op vergelijkbare basis als de verwekker, een recht op afstammingsinformatie aan artikel 8 EVRM ontleent. Ten eerste is er het algemene argument dat de rechtspraak van de Hoge Raad duidt op een tendens tot gelijke behandeling van de verwekker en de zaaddonor met familie- en gezinsleven. Een tweede, sterker, argument is dat de uitoefening van de steeds zichtbaarder wordende rechten van de zaaddonor volledig afhangt van de vaststelling of hij al dan niet de biologische vader van het kind is. Zonder een recht op afstammingsgerelateerde informatie zal de zaaddonor in veel situaties van zijn andere rechten verstoken blijven. Bij gebreke van een dergelijk recht voor de zaaddonor heeft de moeder het monopolie van het recht. Ten derde moet er rekening mee worden gehouden dat het Europees Hof op zeker moment een link zal leggen tussen de positie van de biologische vader in *Keegan t. Ierland* en de zaaddonor met familie- en gezinsleven. Beide situaties zien op een kind dat tot een man in een relatie staat die als familie- en gezinsleven is aan te merken, terwijl het kind zonder medeweten en toestemming van de man bij een ander wordt geplaatst. Ten vierde brengt de in paragraaf 2.3.3.1 besproken rechtspraak van de Hoge Raad mee dat de moeder ervan bewust moet worden gemaakt dat het niet inlichten van de zaaddonor haar positie ernstig kan schaden.

Zoals in deel 4 van het onderzoek zal worden aangetoond, komt daar nog bij dat de moeder door het onthouden van de afstammings(gerelateerde) informatie het recht van het kind om te weten van wie het afstamt illusoir maakt.

Deel 3 Prenatale erkenning door een vrouwelijke partner

Erkenning vóórdat het kind is geboren is mogelijk. In principe maakt het niet uit of de erkenner een man is of een vrouw. Ook een niet-verwekker kan het kind rechtsgeldig erkennen vóór de geboorte.

Aantastbaarheid prenatale erkenning vis-a-vis verwekker

Erkenning vóór de geboorte hangt van een aantal voorwaarden af. Een erkenning door een niet-verwekker is aantastbaar, totdat de verwekker een redelijke kans heeft gehad om het kind te erkennen (HR 12 november 2004, NJ 2005, 248, onderdeel 2.3.3.1.A onder het tweede subkopje). De klok begint pas tegen hem te tikken op het tijdstip van de geboorte. Als de verwekker hiervan niet op de hoogte is, of niet op de hoogte is van de waarschijnlijkheid dat hij de biologische vader is, kan het tijdstip waarop van hem in redelijkheid verwacht mag worden actie te ondernemen veel later zijn.

Aantastbaarheid prenatale erkenning vis-a-vis zaaddonor met familie- en gezinsleven

Aannemelijk is dat een zaaddonor met familie- en gezinsleven rechten heeft vergelijkbaar met die van de verwekker. De vrouwelijke partner kan het kind waarvan haar partner in verwachting is dus vóór de geboorte erkennen. Deze erkenning is echter vatbaar voor vernietiging op verzoek van de zaaddonor met familie- en gezinsleven.

3.1 Prenatale erkenning

Er is geen rechtspraak over de prenatale erkenning door een vrouw. De situatie wordt onderzocht door analogie tussen de situatie van enerzijds de vrouwelijke partner en anderzijds de mannelijke partner die een kind erkent vóór de geboorte. De analogie is verdedigbaar, omdat de situatie beheerst wordt door de regels over misbruik van recht. Deze regels zijn geslachtsneutraal.

3.1.A Prenatale erkenning door een mannelijke partner van de moeder

Prenatale erkenning is mogelijk. Op grond van artikel 1:2 BW wordt het ongeboren kind als reeds geboren aangemerkt, 'zo dikwijls zijn belang dit vordert'.¹²⁸ De prenatale erkenning is geldig en heeft vanaf het tijdstip van de geboorte alle rechtsgevolgen die de wet daaraan toekent. De mogelijkheid van prenatale erkenning geldt

¹²⁸ Asser-de Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 719.

ook voor een man die niet de verwekker is, maar die daartoe de toestemming van de moeder heeft gekregen. Hij hoeft niet de biologische vader van het kind te zijn. Een dergelijke erkenning blijft aantastbaar tot het moment waarop de verwekker of zaaddonor met familie- en gezinsleven van het bestaan van het kind op de hoogte is gebracht – of hiervan in redelijkheid op de hoogte had moeten zijn. Dit moment zal, tenzij de verwekker of donor met familie- en gezinsleven nadrukkelijk eerder hierover is ingelicht, niet eerder zijn dan het tijdstip van geboorte, maar kan ook veel later zijn. Tot het moment waarop de verwekker of de zaaddonor met familie- en gezinsleven over de nodige kennis beschikt en beslist om niet tot erkenning over te gaan, dreigt voor de erkenner-niet-verwekker het risico dat de rechter de nietigheid van de erkenning vast stelt.¹²⁹

Prenatale erkenning is in zekere zin altijd aantastbaar. Het recht van de verwekker of de zaaddonor met familie- en gezinsleven om het kind te erkennen staat of valt met de vraag of hij de biologische vader is. Maar dat feit – het biologische vaderschap – kan pas vanaf de geboorte door middel van DNA-onderzoek worden vastgesteld. De moeder die van meet af aan moet hebben beseft dat de erkenner (mogelijk) niet de biologische vader is, kan de erkenning niet betwisten. Als de moeder haar toestemming echter heeft verleend ten gevolge van bedreiging, dwaling, bedrog of door misbruik van omstandigheden tijdens haar minderjarigheid, kan de erkenning op haar verzoek worden vernietigd.¹³⁰ De erkenner heeft het recht om onder dezelfde voorwaarden als de moeder om vernietiging van de erkenning te verzoeken.¹³¹ Het kind zelf kan om vernietiging verzoeken,¹³² alsmede het Openbaar Ministerie.¹³³ Zoals reeds in paragraaf 2.3.3.1.A is gebleken, heeft ook de verwekker op grond van de uitspraak van de Hoge Raad op 12 november 2004, NJ 2005, 248 de mogelijkheid de nietigheid van de erkenning in te roepen.

Gelet op de argumenten die hiervoor in paragraaf 2.2.1.B vanaf het zesde subkopje zijn besproken is aannemelijk dat de zaaddonor met familie- en gezinsleven een vergelijkbaar recht heeft.

3.1.B Prenatale erkenning door een vrouwelijke partner van de moeder

In de vorige paragraaf is gebleken dat prenatale erkenning door een andere man dan de verwekker in ieder geval tot het tijdstip van de geboorte aantastbaar is. Ik neem aan het hetzelfde geldt voor de zaaddonor met familie- en gezinsleven. Tot dat tijdstip is het risico aanwezig dat de verwekker of zaaddonor met familie- en gezinsleven niet op de hoogte is van de zwangerschap en van het feit dat hij mogelijk de biologische vader is. Tot dat moment kan niet van hem worden verwacht dat hij zelf tot erkenning of het instellen van een procedure daartoe overgaat. Indien de vrouwe-

¹²⁹ Zie bijvoorbeeld: Rb Groningen 20 februari 2007, LJN BA1386.

¹³⁰ Artikel 1:205 lid 1 onder c BW.

¹³¹ Artikel 1:205 lid 1 onder b BW.

¹³² Artikel 1:205 lid 1 onder a BW.

¹³³ Artikel 1:205 lid 2 BW.

lijke partner van de moeder van het kind, dat verwekt is met sperma van een zaaddonor met familie- en gezinsleven, tot prenatale erkenning overgaat zal deze, net als in het geval van een man die niet de biologische vader van het kind is, vanaf het tijdstip van de geboorte vatbaar zijn voor vernietiging op verzoek van de verwekker of de zaaddonor met familie- en gezinsleven.

Afstand van rechten?

Dit is mogelijk anders als de zaaddonor met familie- en gezinsleven op de hoogte is gebracht van de geboorte van het kind en hij nadrukkelijk en in vrijheid van zijn rechten afstand heeft gedaan. Afstand van ouderschapsrechten is omstreden, zoals blijkt uit de discussie over het draagmoederschap.¹³⁴ De situatie van de zaaddonor betreft echter potentieel ouderschap. Zoals in paragraaf 2.2.1.B onder het derde subkopje is uiteengezet komen zijn rechten als ouder slechts tot stand indien er voldoende bijkomende omstandigheden zijn om van familie- en gezinsleven te kunnen spreken. Dan pas heeft hij het recht te verzoeken om tegen de wil van de moeder tot erkenning over te gaan.

3.2 Tussenconclusie

De moeder mag haar toestemming tot erkenning aan een niet-verwekker verlenen. Zij mag dit doen terwijl het kind nog ongebooren is. Het maakt in principe niet uit of de niet-verwekker een man of een vrouw is.

Erkenning vóór de geboorte is aantastbaar. In het bijzonder ligt het risico op de loer dat de verwekker het kind wenst te erkennen. Zoals in paragraaf 2.2.1.A is gebleken heeft de verwekker op de voet van artikel 1:204 lid 3 BW een bijzonder sterk recht om het kind te erkennen, ook als de moeder dit niet wil. Indien de verwekker geen redelijke kans heeft gehad om het kind te erkennen, heeft hij op grond van het arrest van de Hoge Raad van 12 november 2004, NJ 2005, 248 het recht om de nietigheid van de door de niet-verwekker gedane erkenning in te roepen. Tot het moment dat het kind is geboren kan niet worden gezegd dat de verwekker een redelijke kans heeft gehad om het kind te erkennen, tenzij hij uitdrukkelijk van deze mogelijkheid op de hoogte is gesteld. Er is bovendien nog een praktisch probleem dat aan een definitieve oplossing van een eventueel geschil tussen de verwekker en de moeder in de weg staat. Tot de geboorte is DNA-onderzoek onwenselijk. In die fase kan dus niet met zekerheid worden vastgesteld of de man die denkt de verwekker te zijn, ook daadwerkelijk de verwekker is. Om deze redenen is de stelling van De Boer terecht dat de erkenning door een niet-verwekker vóór de geboorte voorwaardelijk zou moeten zijn.

¹³⁴ Asser-de Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 863; Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, NJ 1998, 865; L.E. Kalkman-Bogerd, 'Ontheffing en draagmoederschap' *FJR* 1998, p. 198. In 1976 is een wetsvoorstel ingediend waarin onder beperkte omstandigheden afstand van ouderrechten zou zijn geregeld (KS 14 167). In 1991 is het voorstel ingetrokken. Zie de opmerkingen van J. de Boer in zijn noot bij EHRM 10 januari 2008 (*Kearns t. Frankrijk*) NJ 2008, 600, nrs. 13 en 14.

Deze redenering is mijns inziens op vergelijkbare wijze van toepassing als in plaats van de verwekker de zaaddonor de verzoeker is. Eén verschil is dat bij verwekkerschap DNA-onderzoek ter vaststelling van deze hoedanigheid volstaat, terwijl er in het geval van zaaddonorschap bovendien moet worden vastgesteld of er sprake is van familie- en gezinsleven. Als dit laatste in geschil is tussen de moeder en de zaaddonor, lijkt inschakeling van de rechter onvermijdelijk.

De moeder kan aan haar vrouwelijke partner toestemming verlenen tot erkenning, maar deze blijft tot de geboorte aantastbaar.

Deel 4 Recht van het kind op afstammingsinformatie

- Een persoon heeft volgens de Hoge Raad een recht om te weten van wie hij of zij afstamt. De Hoge Raad nam als uitgangspunt voor zijn beslissing op 15 april 1994, NJ 1994, 608 ‘het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht’. Dit recht heeft internationaal erkenning gevonden in artikel 8 EVRM en artikel 7 IVRK, artikel 30 van het Haagse Adoptieverdrag en artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten.
Het recht om te weten is niet absoluut, maar dient tegen andere rechten te worden afgewogen, zoals het recht van de moeder of verwekker op privé-leven. Uit de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad blijkt dat aan het recht om te weten veel gewicht wordt toegekend.
- Er is geen rechtspraak voorhanden waarin een persoon, die in een relatie van twee vrouwen ten gevolge van spermadonatie is geboren, een recht op afstammingsgegevens geldend heeft kunnen maken. Uit de rechtspraak blijkt dat het recht in uiteenlopende situaties kan worden ingeroepen. Zeer aannemelijk is dat het kind ook in de hier te bespreken situatie een sterk recht op afstammingsgegevens heeft.
- Het strekt tot aanbeveling dat in er in het beleid vanuit wordt gegaan dat een kind dat onder de genoemde omstandigheden is geboren het recht heeft om de identiteit van de zaaddonor te achterhalen.
- Het strekt tot aanbeveling dat de overheid stappen neemt om de kansen van het kind op daadwerkelijke verwezenlijking van het recht op afstammingsgegevens te optimaliseren.

4.1 Algemeen

In dit deel van het onderzoek worden de eisen die in de relevante internationale verdragen (IVRK, EVRM) aan het recht op afstammingsinformatie worden gesteld en de eisen voortvloeiend uit supranationale en nationale rechtspraak geïnventariseerd. De commissie Kalsbeek oordeelde dat de beantwoording van deze vraag buiten de reikwijdte van haar opdracht viel.¹³⁵

De eerste vraag is hoe het recht op afstammingsinformatie er naar Nederlands recht en volgens de rechtspraak van het Europees Hof uitziet. De uiteenzetting treft u in paragraaf 4.2 aan. Vervolgens zal worden ingegaan op de wijze waarop het recht op afstammingsinformatie wordt verwezenlijkt. Twee situaties moeten van elkaar

¹³⁵ Rapport *lesbisch ouderschap*, a.w. n. 1, p. 29-30.

worden onderscheiden: (1) de situatie waarin de moeder gebruik heeft gemaakt van een anonieme zaaddonor door zich te laten behandelen in een erkende kliniek, en (2) alle andere situaties. Het kind dat wordt geboren na spermadonatie in een erkende kliniek, heeft de mogelijkheid de identiteit van de zaaddonor te achterhalen overeenkomstig de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. De regels zijn in paragraaf 4.3 besproken. Voor alle andere situaties zijn er regels van toepassing die in de rechtspraak van de Hoge Raad en het Europees Hof zijn ontwikkeld. Deze regels zijn onderwerp van paragraaf 4.2.

In de rechtspraak gaat het om uiteenlopende situaties. De aandacht zal worden gericht op de vraag of het kind dat na spermadonatie in een relatie van twee vrouwen is geboren (hierna aangeduid als: het kind van de duo-moeders), het recht heeft om de identiteit van de zaaddonor te achterhalen. En zo ja, onder welke omstandigheden? De situatie toont verwantschap met die waarin het kind uit een huwelijksrelatie tussen een man en een vrouw wordt geboren. Ook in die situatie kunnen er twijfels rijzen bij het kind of de juridische vader ook zijn biologische vader is.

4.2 Het recht op afstammingsgegevens op grond van het EVRM en het IVRK

4.2.1 Vitaal belang van een mens om over persoonlijke informatie te beschikken

Zowel de Hoge Raad als het Europees Hof erkennen het vitaal belang van een mens bij persoonlijke informatie over zijn formatieve levensjaren. De eerste keer dat het Europees Hof voor dit recht opkwam was in het arrest *Gaskin t. V.K.*¹³⁶ De klacht van de heer Gaskin ging niet over afstammingsgegevens, maar betrof gegevens over de wijze waarop zijn pleegouders en de kinderbeschermingsautoriteiten in zijn vroege kindertijd met hem waren omgegaan. De Liverpool City Council, die verantwoordelijk was voor de uithuisplaatsingen, stelde inzage in de kinderbeschermingsdossiers over de heer Gaskin afhankelijk van de toestemming van de personen die deze dossiers hadden opgesteld en de personen die gegevens hadden verstrekt. Niet alle dossier-opstellers en gegevensverstrekkers waren bereid om hun toestemming te verlenen. Het Europees Hof oordeelde deze regeling, die een doorslaggevende betekenis toekende aan een weigering van toestemming, in strijd met het door artikel 8 EVRM beschermde recht op respect voor het privé-leven.¹³⁷

4.2.2 Gerechtelijke procedures tot vaststelling van afstammingsrelaties

Uit latere uitspraken is duidelijk geworden dat het vitaal belang dat een persoon heeft bij persoonlijke informatie niet alleen betrekking heeft op informatie over de behandeling in de vroege kindertijd, maar eveneens op afstammingsinformatie.¹³⁸

¹³⁶ EHRM 7 juli 1989, serie A no. 160, *NJ* 1991, 659 m.nt. E.J. Dommering, L. Verhey, 'Het recht op inzage in afstammingsgegevens,' *NJCM-Bulletin* 1992, 17-2, p. 156, § 49.

¹³⁷ EHRM 7 juli 1989, serie A no. 160, *NJ* 1991, 659 m.nt. E.J. Dommering § 49 en 36-37.

¹³⁸ EHRM 24 september 2002, zaaknr. 39393/98, 36 EHRR (*M.G. t. V.K.*) § 27.

In de zaak *Mikulić t. Kroatië* klaagde de 5-jarige verzoekster over de traagheid en ineffectiviteit van de procedures. Gedurende vier jaren is namens haar geprocedeerd om de man die vermoedelijk haar biologische vader was, gerechtelijk als vader te kunnen aanmerken.¹³⁹ Vergelijkbaar met de zaak *Mikulić* is de zaak *Jäggi t. Zwitserland*, waarin het Europees Hof artikel 8 EVRM geschonden achtte. De Zwitserse autoriteiten hadden geweigerd om DNA-onderzoek te bevelen op het lichaam van de begraven man die vermoedelijk de biologische vader was van de verzoeker. Volgens het Europees Hof is een ‘right to identity, which includes the right to know one’s parentage, an integral part of the notion of private life.’ En ‘[P]ersons seeking to establish the identity of their ascendants have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about a vital aspect of their personal identity’.¹⁴⁰ Het Europees Hof oordeelde dat artikel 8 EVRM was geschonden.

4.2.3 Pure afstammingsinformatie

Het in de relatie tussen duo-moeders geboren kind dat de identiteit van de aan de moeder bekende zaaddonor wil achterhalen verlangt andere informatie dan in de zaken *Gaskin* en *Milulić* of *Jäggi* aan de orde was. Het ontbreekt hem niet aan informatie over zijn formatieve levensjaren. En een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is onmogelijk. De zaaddonor is hoe dan ook niet aansprakelijk voor levensonderhoud. Evenmin kunnen erfrechtelijke aanspraken tegen hem worden geldend gemaakt. Het gaat het kind puur om te weten van welke man het biologisch gezien afstamt.

In de zaak *Odièvre t. Frankrijk* was juist die informatie aan de orde. Verzoekster klaagde over het feit dat zij verstoken was gebleven van informatie over de identiteit van haar moeder. Dit was de eerste keer dat het Europees Hof zich over het recht op afstammingsinformatie als zodanig moest buigen. In de bespreking van het recht op afstammingsinformatie verwijst het Europees Hof naar de zaken *Gaskin* en *Mikulić* en merkt op dat de feitenconstellaties in die twee zaken verschillen van de feiten in *Odièvre*.¹⁴¹ Over het belang om afstammingsgegevens te kennen overwoog het Hof:

‘[P]eople have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life. The child’s vital interest in its personal development is also widely recognised in the general scheme of the Convention (see, among many other authorities, *Johansen v. Norway*, judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, p. 1008, § 78; *Mikulić*, cited above, § 64; and *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 66, ECHR 2002-I).’¹⁴²

¹³⁹ EHRM 7 februari 2002, zaaknr. 53176/99, *RJD* 2002-I, p. 141; *EHRC* 2002, 25, *NJ* 2007, 609 m.nt. J. de Boer (*Mikulić t. Kroatië*) § 53.

¹⁴⁰ EHRM 13 juli 2006, zaaknr 58757/00, *EHRC* 2006, 111, *RvdW* 2006, 843 (*Jäggi t. Zwitserland*) § 37-38.

¹⁴¹ EHRM 13 februari 2003, *RJD* 2003-III, p. 1, *NJ* 2003, 587, m.nt. S. Wortmann, *EHRC* 2003, 29: C. Forder, ‘Accouchement sous X,’ *NJCM-Bulletin* 2003, p. 774 (*Odièvre t. Frankrijk*), § 42-43.

¹⁴² EHRM 13 februari 2003, *RJD* 2003-III, (*Odièvre t. Frankrijk*) p. 1, § 44.

4.2.4 Recht op informatie formatief voor de persoonlijke ontwikkeling

Interessant in dit laatste citaat is dat het Europees Hof het recht op afstammingsgegevens in een algemeen kader plaatst: te weten het belang bij persoonlijke ontwikkeling. In de recente zaak *Phinikaridou t. Cyprus*, waarin de feiten vergelijkbaar zijn met die in *Mikulić* en *Jäggi*, vatte het Europees Hof de regel als volgt samen:

The Court reiterates that birth, and in particular the circumstances in which a child is born, forms part of a child's, and subsequently the adult's, private life guaranteed by Article 8 of the Convention (see *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 29, ECHR 2003-III). Respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that an individual's entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality (see, for example, *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, §§ 53-54, ECHR 2002-I, and *Gaskin v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160, p. 16, §§ 36-37, 39). This includes obtaining information necessary to discover the truth concerning important aspects of one's personal identity, such as the identity of one's parents (see *Jäggi v. Switzerland*, no. 58757/00, § 25; *Odièvre*, § 29; and *Mikulić*, §§ 54 and 64; both cited above).¹⁴³

Hoewel het recht op afstammingsgegevens een betrekkelijk nieuwe recht is, heeft het inmiddels in uiteenlopende situaties toepassing gevonden. Het recht is op een brede grondslag gefundeerd. Het is zeer aannemelijk dat het recht eveneens van toepassing is in de situatie waarin een kind dat in de relatie van duo-moeders geboren is, op de hoogte wenst te worden gebracht van de identiteit van de zaaddonor.

4.2.5 Recht op afstammingsinformatie is beschermd door meerdere verdragsbepalingen

De Hoge Raad heeft in de zaak van 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst) beslist dat het recht op afstammingsinformatie deel uitmaakt van het Nederlandse recht. De Hoge Raad nam als uitgangspunt voor zijn beslissing op 15 april 1994, NJ 1994, 608 'het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht'. De Hoge Raad merkte op dat het recht om te weten van welke ouders men afstamt internationaal erkenning heeft gevonden in artikel 7 van het – destijds nog niet door Nederland geratificeerde – IVRK.¹⁴⁴ Op grond van de laatste bepaling heeft '[h]et kind ... vanaf de geboorte, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd', Zoals gebleken heeft het Europees Hof in zijn rechtspraak erkend dat het recht op afstammingsinformatie uit artikel 8 EVRM

¹⁴³ EHRM 20 december 2007, zaaknr. 23890/02, EHRC 2008, 34, m.nt. M. den Houdijker (*Phinikaridou t. Cyprus*) § 45.

¹⁴⁴ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 m.nt. Hammerstein-Schoonderwoerd, o.w. 3.2; Verdrag inzake de rechten van het kind, ondertekend en geopend voor ondertekening door de Algemene Vergadering, resolutie 44/25 te New York op 20 november 1989. Voor Nederland in werking getreden op 8 maart 1995, *Trb* 1995, 92.

voortvloeit. Zie ook artikel 17 IVBPR waar is bepaald: ‘Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé-leven...’.¹⁴⁵ In artikel 30 van het Haagse adoptieverdrag.¹⁴⁶ worden lid-staten verplicht bepaalde stappen te nemen met het oog op het recht op afstammingsgegevens van kinderen die overeenkomstig het Haagse adoptieverdrag geadopteerd zijn. Dit artikel luidt: ‘1. De bevoegde autoriteiten van een Verdragssluitende Staat dragen zorg voor de bewaring van de in hun bezit zijnde gegevens omtrent de afkomst van het kind, met name gegevens betreffende de identiteit van zijn ouders... 2. Zij bewerkstelligen dat voor zover de wetgeving van hun Staat zulks toelaat, het kind of zijn vertegenwoordiger, onder passende begeleiding, toegang heeft tot deze gegevens.’ Het recht om te weten staat eveneens vermeld in een Aanbeveling van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa van 26 januari 2000.¹⁴⁷

In Nederland is inmiddels geaccepteerd dat het geadopteerde kind het recht heeft om op de hoogte te worden gesteld van de identiteit van de biologische ouders, alsmede van de reden waarom zij van het kind afstand hebben gedaan.¹⁴⁸

4.2.6 Botsende belangen

Het recht op afstammingsinformatie is niet absoluut. Waar het recht botst met de rechten van anderen dienen de botsende belangen die strekken tot verwezenlijking van die rechten tegen elkaar te worden afgewogen. Het recht op afstammingsgegevens moet wijken voor de rechten en vrijheden van anderen wanneer deze in het gegeven geval zwaarder wegen. Dit stelde de Hoge Raad in zijn beslissing over de zaak Valkenhorst.¹⁴⁹ In de zaak *Valkenhorst* botsten vier belangen:

- het belang van verzoekster bij achterhaling van de identiteit van haar vader;
- het belang van haar moeder bij geheimhouding van de identiteit van de vader;
- eveneens een eventueel belang bij geheimhouding van de biologische vader;
- het belang van de instelling Valkenhorst om in de uitvoering van haar taak de geheimhouding van de aan haar toevertrouwde informatie blijvend te kunnen waarborgen.

In de zaak *Gaskin t. V.K.* moesten volgens het Europees Hof de volgende belangen tegen elkaar worden afgewogen:

¹⁴⁵ Zie Hof Den Bosch 18 september 1991, *NJ* 1991, 796 o.w. 4.2.

¹⁴⁶ Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de landelijke adoptie, geopend voor ondertekening Den Haag op 29 mei 1993 (*Trb* 1996, 94) en op 1 oktober 1998 in werking getreden (*Trb* 1998, 244).

¹⁴⁷ International adoption: respecting children’s rights.

¹⁴⁸ R.A.C. Hoksbergen, ‘De psychologie van adoptie’, in: *Interlandelijke Adoptie*, publikatie van de rechtskundige afdeling van de Thijmgenootschap, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, p. 1-15; en R.A.C. Hoksbergen, *Kind van andere ouders: theorie en praktijk van adoptie*, Bohn Stafleu van Loghum, Houten, 1991.

¹⁴⁹ HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. W. Hammerstein-Schoonderwoerd, o.w. 3.3.

- persons in the situation of the applicant [who] have a vital interest ... in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and early development;
- confidentiality of public records, ... of importance for receiving objective and reliable information;
- confidentiality ... necessary ... for the protection of third persons.¹⁵⁰

Het belang van verzoekster in de zaak *Odièvre t. Frankrijk* was gelegen in haar afstammingsgegevens: een soortgelijk belang als dat van een kind, grootgebracht door duo-moeders, dat op zoek is naar de identiteit van de zaaddonor. Dit zijn de feiten:

Verzoekster, die in 1965 werd geboren, is door haar moeder aan de Franse autoriteiten afgestaan, met dien verstande dat de gegevens rond de geboorte en de identiteit van de moeder geheim worden gehouden. Na de adoptie van verzoekster in 1969 werd haar oorspronkelijke geboorteakte geacht nietig te zijn. In 1990 heeft verzoekster inzage in niet-identificerende gegevens over haar ouders gekregen, over hun uiterlijk en over de omstandigheden die hebben geleid tot de afstand door haar moeder. In 1998 heeft verzoekster tevergeefs een procedure bij de *tribunal de grande instance de Paris* aangespannen om haar oorspronkelijke geboorteakte en andere gegevens in te mogen zien teneinde de identiteit van haar moeder te kunnen achterhalen. Verzoekster heeft een klacht bij het Europees Hof ingediend waarin zij aanvoert dat de onmogelijkheid om haar biologische afstamming te achterhalen een schending inhoudt van artikel 8 EVRM, alsmede van het in artikel 14 juncto 8 EVRM opgenomen discriminatieverbod. Op 16 oktober 2001 heeft een kamer van het Europees Hof de klacht ontvankelijk verklaard en de zaak naar de Grote Kamer verwezen. De Grote Kamer heeft op 13 februari 2003 geoordeeld dat artikel 8 EVRM niet is geschonden.

Het eindoordeel van het Europees Hof luidt dat de absolute onmogelijkheid voor verzoekster om op de hoogte te komen van de identiteit van haar biologische moeder EVRM-conform is. Op dit oordeel, dat voortvloeit uit de wijze waarop het Europees Hof de belangenafweging heeft gemaakt, kom ik op het einde van deze paragraaf terug.

In de zaak *Odièvre* moesten de volgende belangen tegen elkaar worden afgewogen:

- het belang van de 38-jarige verzoekster, die de identiteit van haar moeder wenst te achterhalen (privé-leven, artikel 8 EVRM);
- het belang van de moeder die haar identiteit voor haar dochter geheim wenst te houden (privé-leven, artikel 8 EVRM);
- het belang van de adoptiefouders van verzoekster (privé- en mogelijk familielevens, artikel 8 EVRM);
- het belang van haar biologische vader (privé- en mogelijk familielevens, artikel 8 EVRM);
- het belang van haar biologische broers en zusters (privé-leven, artikel 8 EVRM);¹⁵¹

¹⁵⁰ EHRM 7 juli 1989, serie A no. 160, NJ 1991, 659 m nt E.J. Dommering § 49.

¹⁵¹ EHRM 13 februari 2003 NJ 2003, 587 m.nt. S.F.M. Wortmann, 'Accouchement sous X', →

- het algemeen belang gelegen in de bescherming van de gezondheid van moeder en kind gedurende de zwangerschap, voorkoming van abortus, in het bijzonder illegale abortus en de voorkoming van het ter vondeling leggen van kinderen, anders dan op de voorziene wijzen (recht op leven, artikel 2 EVRM).¹⁵²

Enkele van deze belangen zijn ook aanwezig in de situatie die in dit onderzoek wordt bestudeerd. Voorop staat het recht van het kind op afstammingsinformatie indien het is geboren door middel van kunstmatige inseminatie met sperma afkomstig van een bekende van de duo-moeders. Onthoud het verschil: het kind dat is geboren ten gevolge van de bevruchting van de moeder met sperma afkomstig van een anonieme donor heeft een wettelijke aanspraak op afstammingsinformatie op grond van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (zie hierna paragraaf 4.3).

Indien het kind van duo-moeders dat is verwekt door middel van kunstmatige inseminatie de identiteit van de (aan de moeder bekende) zaaddonor probeert te achterhalen, kan de zaaddonor een beroep doen op zijn recht op bescherming van het privé-leven. Hij zal dit doen indien hij geheimhouding wenst. De duo-moeders hebben recht op bescherming van hun privé-leven. Waar het recht van het kind om te weten het familieleven van de vrouwelijke partners dreigt te verstoren, kunnen zij beiden hun recht op bescherming van het familieleven inroepen. Deze belangen worden één voor één onder de loep genomen in paragraaf 4.2.7. Wiens of wier recht(en) de doorslag geeft/geven wordt bepaald door de wijze waarop de belangen tegen elkaar worden afgewogen. De wijze waarop de belangenafweging moet worden uitgevoerd is het sluitstuk van dit onderdeel (4.2.8) – en specifiek voor de situatie van duo-moeders (4.2.9).

4.2.7 De af te wegen belangen indien een kind van duo-moeders op zoek gaat naar afstammingsinformatie

Aan sommige belangen komt meer gewicht toe dan andere. In deze paragraaf vindt een uitwerking plaats van de verschillende belangen die aan de orde kunnen wanneer de persoon die zich op het recht op afstammingsinformatie beroept door middel van kunstmatige donorinseminatie met sperma van een aan de moeder of duo-moeders bekende man werd geboren. Er wordt iets gezegd over de aard van elk belang, de grondslag en waar mogelijk over het relatieve gewicht.

Het belang van het kind

Het vitaal karakter van het belang van de zoeker van afstammingsgegevens, alsmede de grondslag hiervan, is reeds in paragraaf 4.2.1-4.2.2 aan de orde geweest. Ook daar is gebleken dat het belang van de informatiezoeker zwaar dient te wegen.¹⁵³ In

NJCM-Bulletin 2003, p. 774 m. nt C. Forder (*Odièvre t. Frankrijk*) § 43.

¹⁵² EHRM 13 februari 2003, *NJ* 2003, 587 m.nt. S.F.M. Wortmann, ‘Accouchement sous X’, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 774 m. nt C. Forder (*Odièvre t. Frankrijk*) § 45.

¹⁵³ Zie over het vitaal belang van het kind: Henning von Sethe, *Die Durchsetzbarkeit des* →

de botsing met het belang van de ongehuwde moeder bij geheimhouding van de identiteit van de vader heeft het belang van het kind voorrang. Aldus besliste de Hoge Raad in de zaak *Valkenhorst*.¹⁵⁴ De voorrang verklaarde de Hoge Raad als volgt:

‘Behalve door het vitaal belang van dit recht voor het kind wordt deze voorrang daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind.’

Nadrukkelijk vermeldt de Hoge Raad dat het in dit geval niet ging om kunstmatige donorinseminatie. Wat zou in die situatie – want dit onderzoek is juist gericht op kunstmatige inseminatie – anders kunnen zijn? Het komt mij voor dat waar sprake is van kunstmatige donorinseminatie het vitaal belang van het kind onverminderd geldt. Ook de moeder die samen met haar vrouwelijke partner op zoek naar een zaaddonor is gegaan, met het oogmerk een zwangerschap tot stand te brengen en een gezin te stichten, is mijns inziens verantwoordelijk voor het bestaan van het kind. Haar verantwoordelijkheid is althans niet minder dan die van een vrouw die door geslachtsgemeenschap een zwangerschap tot stand brengt. Jegens de moeder in de duo-moeder relatie dient het belang van het kind bij afstammingsinformatie in principe op het belang van de moeder bij privacy voorrang te hebben.

Een andere vraag is of in de situatie van donorinseminatie van de donor gezegd kan worden dat hij verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van het kind. Hieronder kom ik op dit aspect terug.

Wat is nu het belang van het kind dat is geboren ten gevolge van verstrekking van sperma door een kennis van de moeder? Het komt mij voor dat er veel aspecten aan deze wijze van ontstaan zijn die de nieuwsgierigheid van het kind zouden kunnen wekken. Het is alleszins voorstelbaar dat de gegevens van belang zijn voor de persoonlijkheidsontwikkeling van het kind. Behalve het feit van de verstrekking van sperma en de identiteit van de zaaddonor, rijzen er voor het kind talloze andere relevante vragen, zoals hoe de moeder en zaaddonor met elkaar in contact kwamen, waarom de moeder voor hem heeft gekozen en op welke wijze de zaaddonor bij de opvoeding is betrokken. Om het belang van het kind te benadrukken waag ik me aan een vergelijking tussen, enerzijds, de situatie van de zaaddonor die na inwerkingtreding van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting zijn sperma aan een kliniek levert (hierna besproken in paragraaf 4.3) en, anderzijds, de zaaddonor die zijn sperma buiten de kliniek om levert. Het lijkt moeilijk vol te houden dat in de situatie waarin de donor aan de moeder bekend is, het belang van het kind bij inzage in haar of zijn afstammingsgegevens minder sterk zou zijn dan in de situatie waarin de spermadonatie in principe in volstrekte anonimiteit heeft plaatsgevonden.

Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes, 1995, en de opmerkingen van J. de Boer onder punt 8 van zijn noot bij HR 3 januari 1997, *NJ* 1997, 451.

¹⁵⁴ HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. W. Hammerstein-Schoonderwoerd, o.w. 3.4.3.

Het belang van de zaaddonor bij geheimhouding

De persoonlijke betrekking tussen de moeder en zaaddonor vergroot het belang van het kind bij de informatie, maar doet tegelijk het belang van de zaaddonor bij geheimhouding eveneens toenemen. Want in dat verhaal dat voor het kind zo interessant is, kan informatie over het privé-leven van de zaaddonor schuilen die hij liefst voor het kind verborgen wil houden. De zaaddonor zou zich mogelijk willen behoeden voor aanspraken op levensonderhoud en erfrechtelijke aanspraken, hoewel hij daar, gelet op de huidige rechtspraak, niet voor hoeft te vrezen.

In de zaak Valkenhorst (15 april 1994, NJ 1994, 608) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het belang van het kind bij afstammingsinformatie in principe voorrang dient te hebben op het belang van de moeder bij geheimhouding. Deze voorrang is gebaseerd op het vitaal belang van het kind en de verantwoordelijkheid van de moeder voor het bestaan van het kind. De Hoge Raad voegt er aan toe: ‘Opmerking verdient in dit verband dat het te dezen niet gaat om kunstmatige donorinseminatie.’¹⁵⁵

Kan de zaaddonor die een kennis is van de moeder verantwoordelijk worden geacht voor het bestaan van het kind? Het antwoord op deze vraag hangt af van de omstandigheden, in het bijzonder van de afspraak tussen hem en de moeder. Hebben zij afgesproken dat de zaaddonor-kennis geen rol zal hebben in het leven van het kind, dan zal dit feit gewicht in de schaal brengen in het voordeel van geheimhouding. In het uitzonderlijke geval dat het sperma zonder zijn toestemming aan hem is ontnomen, kan moeilijk worden gezegd dat hij verantwoordelijk is voor het bestaan van het kind.¹⁵⁶ Maar zelfs als elke verantwoordelijkheid van de zaaddonor voor het bestaan van het kind ontbreekt, behoort dit gegeven niet doorslaggevend te zijn. Want het belang van het kind blijft in alle situaties vitaal. De verantwoordelijkheid voor het bestaan van het kind is één factor in de weegschaal, die in combinatie met andere factoren de beslissing tot geheimhouding kan rechtvaardigen.

Een persoon kan zich bij leven op een recht op geheimhouding beroepen; na overlijden heeft hij evenwel geen belang meer. Dit besliste het Europees Hof in de zaak *Jäggi t. Zwitserland*. Het Hof overwoog dat een inbreuk op privé-leven niet mogelijk is na overlijden.¹⁵⁷ Nederlandse rechters zijn milder voor de overledenen: volgens de (lagere) rechter weegt het belang van een overledene bij geheimhouding minder zwaar, maar verdwijnt het recht op geheimhouding niet.¹⁵⁸ Ook de Neder-

¹⁵⁵ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 o.w. 3.4.3.

¹⁵⁶ Zoals gedaan door Dianne Blood, die sperma van haar echtgenoot liet afnemen toen hij in coma lag, *R. V Human Fertilisation and Embryology Authority ex parte Blood*, [1997] 2 Family Law Reports 742 (Court of Appeal).

¹⁵⁷ EHRM 13 juli 2006 zaaknr. 58757/00, EHRC 2006, 111, RvdW 2006, 843; P. Blok, ‘DNA-onderzoek op overledene geen inbreuk op privé-leven,’ *NJCM-Bulletin* 2007, p. 152-157 (*Jäggi t. Zwitserland*) § 42; EHRM 15 mei 2006 niet-ontvankelijkheidsbeslissing zaaknr. 1338/03 (*De Erven van Kresten Filtenborg Mortensen t. Denemarken*).

¹⁵⁸ Hof ’s-Hertogenbosch 18 september 1991, NJ 1991, 796 (*Valkenhorst I*); Rb ’s-Gravenhage 29 juni 2001, NJ 2001, 543.

landse wetgever gaat uit van een recht op geheimhouding na overlijden. In artikel 3 lid 3 van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting is bepaald dat een overledene niet geacht moet worden om met verstrekking van persoonsgegevens aan het door spermadonatie verwekte kind te hebben ingestemd. Nabestaanden hebben op grond van de eerste zin van artikel 3 lid 3 het recht om voor de privacy-rechten van de zaaddonor op te komen. Dit recht dient te worden onderscheiden van de afgeleide belangen van die nabestaanden zelf. In deze zin heeft het Gemeenschappelijk Hof voor de Nederlandse Antillen en Aruba gesproken van ‘het piëteitsgevoel dat in het algemeen bestaat jegens de overledene en diens rustplaats.’¹⁵⁹

Het belang van de moeder bij geheimhouding

Het is niet moeilijk om zich voor te stellen dat de moeder die het kind samen met haar vrouwelijke partner opvoedt belang kan hebben bij geheimhouding. Haar vrees dat de zaaddonor zich in het gezin zal proberen te mengen en rechten zal proberen te doen gelden is, gelet op deel 2 van dit onderzoek, niet geheel denkbeeldig. In principe staat het recht van het kind op afstammingsinformatie geheel los van mogelijke afstammingsrechtelijke aanspraken van de kant van de zaaddonor. Het bestaan van een recht op afstammingsinformatie heeft geen gevolgen voor andere rechten.

In de Nederlandse rechtspraak wordt gesproken van een recht van de moeder op geheimhouding. Aan dit recht worden echter strenge eisen gesteld. In een zaak waarover het Hof Arnhem op 8 maart en 10 mei 1994¹⁶⁰ besliste, had de moeder geweigerd haar dochter op de hoogte te brengen van de identiteit van de verwekker.

De moeder was door de verwekker verkracht. De moeder vreesde dat haar dochter zich na verstrekking van de informatie tot de verwekker zou wenden en dat deze de verkrachting vervolgens zou ontkennen of de moeder zou benaderen. Het Hof Arnhem honoreerde haar aanspraak op bescherming van haar privé-leven.

De moeder zal echter hard bewijs moeten leveren. In de zaak waarover de Hoge Raad op 3 januari 1997, NJ 1997, 451 besliste beriep de moeder zich op verkrachting en beweerde zij dat de identiteit van de verwekker haar onbekend was. De Hoge Raad achtte haar betoog niet overtuigend en veroordeelde haar tot verstrekking van de informatie.¹⁶¹ De annotator onder het arrest, De Boer, twijfelde of zelfs het meest overtuigende bewijs van, bijvoorbeeld, verkrachting tot definitief afstel van informatieverstrekking zou moeten leiden. Hij pleit voor uitstel van informatieverstrekking tot een tijdstip dat voor het kind geschikt is.

¹⁵⁹ Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba 27 juni 2003, NJ 2004, 124, o.w. 2.9.

¹⁶⁰ NJ 1996, 467.

¹⁶¹ HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451 m.nt. J. de Boer.

Algemeen belang

Denkbaar is dat in de context van zaaddonatie door een bekende een beroep op een algemeen belang zou kunnen worden gedaan. In de context van anonieme zaaddonatie is gesproken van het risico dat bij doorbreking van de geheimhouding de bereidheid van mannen als zaaddonoren op te treden zal afnemen.¹⁶² In de context van zaaddonatie door een kennis van de moeder ligt een beroep op een dergelijk algemeen belang echter niet voor de hand. De man en de moeder hebben immers welbewust voor de niet-anonieme weg gekozen.

4.2.8 Een belangenafweging door een onafhankelijk orgaan is vereist

Vereist is dat de belangenafweging geschiedt door een onafhankelijk orgaan. Deze regel formuleerde het Europees Hof in het *Gaskin*-arrest.

De heer Gaskin had erover geklaagd dat het door de raad voor de kindbescherming in Liverpool opgebouwde dossier over zijn pleegouders en over de instellingen die zich tijdens zijn jeugd over hem hadden ontfermd, voor hem slechts toegankelijk was voorzover de persoon die de gegevens had opgeslagen of informatie had verstrekt zijn of haar toestemming daartoe had verleend. Dit systeem achtte het Europees Hof in principe in overeenstemming met artikel 8 EVRM, met de wezenlijke toevoeging dat bij weigering van toestemming tot inzage of onbereikbaarheid van de gegevensverstrekker, de vraag of al dan niet inzage zou moeten worden verleend aan een onafhankelijke instantie moet kunnen worden voorgelegd.¹⁶³

Het vereiste dat er een belangenafweging moet plaatsvinden houdt in dat een gegevensverstrekker of dossier-opsteller niet beschikt over een vetorecht. De weigering van een gegevensverstrekker had dus geen fataal gevolg voor het streven van de heer Gaskin om informatie over zijn beroerde jeugd te vergaren. Maar in *Odièvre* was de weigering van de moeder wel doorslaggevend. De verzoekster moest genoegen nemen met niet-persoonsidentificerende gegevens.¹⁶⁴ Uit de in de meerderheidsopinie opgenomen bespreking van de nieuwe Franse wetgeving¹⁶⁵ blijkt dat ook deze wetgeving de verstrekking van informatie verhindert als de moeder in haar weigering volhardt. Van een voorgeschreven belangenafweging is geen sprake. Het ontbreken van een belangenafweging vormt de kern van de *dissenting opinion* van rechters Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens en Pellonpää in het arrest in de zaak *Odièvre*.

In de zaak *Odièvre t. Frankrijk* beriep Frankrijk zich op een algemeen belang. De staat was namelijk gebaat bij bescherming van de gezondheid van moeder en kind gedurende de zwangerschap en tijdens de geboorte. De staat beriep zich voorts

¹⁶² M. Trommelen, M. den Otter & G. van der Veen, *Bereidheid tot donatie van sperma bij opheffing van de anonimiteitswaarborg van de donor*, ZorgOnderzoek Nederland, Den Haag, 1999.

¹⁶³ EHRM 7 juli 1989, NJ 1989, 726, L.C.M. Verhey, 'Het recht op inzage in persoonsdossiers', *NJCM-Bulletin* 1990 Vol. 15 p. 206-217, § 49.

¹⁶⁴ EHRM 13 februari 2003, NJ 2003, 587 m.nt. S.F.M. Wortmann, (*Odièvre t. Frankrijk*) § 48.

¹⁶⁵ EHRM 13 februari 2003, NJ 2003, 587 m.nt. S.F.M. Wortmann (*Odièvre t. Frankrijk*) § 49.

op het belang gelegen in het voorkomen van abortussen, met name illegale, en op het gevaar van het afstaan van kinderen op manieren waardoor de gezondheid van het kind kon worden bedreigd. Dit algemeen belang maakte diepe indruk op de meerderheid van de rechters en vormt het hoofdargument in de *separate* – maar met de meerderheid instemmende – *opinions* van rechters Ress, Kúris en Greve. Naar het oordeel van de meerderheid rechtvaardigde het algemeen belang dat aan Frankrijk een brede beoordelingsmarge zou worden toegekend.¹⁶⁶

Opmerkelijk is daarom dat de Hoge Raad in 1994 juist dit belang in de zaak *Valkenhorst* heeft afgewezen. Naar het oordeel van de Hoge Raad ‘valt – gezien de hedendaagse opvattingen omtrent de ongehuwde moeder – niet aan te nemen dat de wetenschap dat een instelling als Valkenhorst gegevens omtrent de verwekker op verzoek van het meerderjarige geworden kind aan dit kind bekend maakt, anders dan een verwaarloosbaar klein aantal vrouwen ervan zal weerhouden zich om hulp bij haar bevalling en de verzorging van haar kind tot een dergelijke instelling te wenden en zich daarbij tegenover de instelling vrijelijk te uiten omtrent de verwekker van haar kind’.¹⁶⁷ De minderheid van het Europees Hof in *Odièvre* was evenmin onder de indruk van de door de meerderheid onderschreven invulling van het ‘algemeen belang’ argument.

De uitspraak van de Grote Kamer in de zaak *Odièvre t. Frankrijk* was bepaald niet unaniem: zeven van zeventien rechters ondersteunden de afwijkende mening. Zoals zojuist is aangegeven, wijkt de uitspraak in de *Odièvre* zaak af van eerdere rechtspraak van het Europees Hof over het recht om op de hoogte te worden gebracht van gegevens die bepalend zijn voor de ontwikkeling van de persoonlijkheid. Sterker nog, de uitspraak is niet alleen in strijd met eerdere rechtspraak van het Europees Hof op dit specifieke gebied, maar ook met karakter van het EVRM als zodanig, dat zich immers kenmerkt door een voortdurend streven naar evenwicht tussen de belangen van het individu en die van de samenleving. Met goede reden is de Hoge Raad een andere weg ingeslagen.¹⁶⁸ Niet uitgesloten is dat het Europees Hof op zeker moment zijn standpunt zal herzien.

In de zaak *Phinikaridou* lijkt het Europees Hof op een andere manier met de belangenafweging om te gaan dan de meerderheid van de Grote Kamer deed in de zaak *Odièvre*.

Toen de moeder van verzoekster op haar sterfbed lag, heeft zij aan verzoekster de naam van haar verwekker prijsgegeven. Toen verzoekster probeerde het vaderschap van de man gerechtelijk te laten vaststellen, riep hij met succes een verjaringstermijn in. De verzoekster diende daarop een klacht in Straatsburg in. Het Europees Hof overwoog dat verzoekster door toepas-

¹⁶⁶ EHRM 13 februari 2003, *NJ* 2003, 587 m.nt. S. F.M. Wortmann, (*Odièvre t. Frankrijk*) § 47.

¹⁶⁷ HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 o.w. 3.4.2.

¹⁶⁸ Nederlandse wetenschappers hebben het arrest met weinig enthousiasme ontvangen: zie de bespreking door S.F.M. Wortman onder *NJ* 2003, 587, de opmerkingen van J. de Boer in Asser-de Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 692 en mijn kritiek in ‘Accouchement sous X’, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 774.

sing van een verjaringstermijn geen enkele mogelijkheid had gehad om de identiteit van haar vader te kunnen achterhalen.¹⁶⁹

Een enkele mogelijkheid was nu juist wat ook mevrouw Odièvre ontbeerde. Omdat de rechtspraak erg casuïstisch is, zou het niet juist zijn te spreken van een omgaan door het Europees Hof. In de zaak *Phinikaridou* was geen sprake van een algemeen belang dat aanleiding tot toekenning van een brede beoordelingsmarge aan Griekenland kon geven. Bovendien zou omgaan in deze kwestie alleen door de Grote Kamer kunnen worden bewerkstelligd. Hooguit kan naar aanleiding van de uitspraak in de zaak *Phinikaridou* worden gezegd dat het Europees Hof de neiging heeft tot beperking van toepassing van de *Odièvre* uitspraak.

Het is af te raden om de *Odièvre*-uitspraak als uitgangspunt te nemen voor het ontwikkelen van beleid met betrekking tot het recht op afstammingsgegevens. Een belangenafweging is volgens mij in alle situaties onmisbaar.

In de situatie waarin het kind van duo-moeders de identiteit van de door de moeder gekozen zaaddonor wil achterhalen dient de rechter een belangenafweging toe te passen.

4.2.9 Belangenafweging in de situatie van een kind van duo-moeders

Het belang van het informatiezoekende kind botst met het belang van de moeder en haar partner bij geheimhouding. Hoe dienen deze belangen tegen elkaar te worden afgewogen? Een en ander hangt af van de situatie: de omstandigheden moeten het kind aanleiding geven om eraan te twijfelen of zijn juridische vader ook zijn biologische vader is.

De situaties waarin een kind het recht op afstammingsinformatie inroept terwijl de moeder een partner-niet-verwekker heeft kunnen uiterst gevoelig zijn. Bekijk eerst de situatie waarin de niet-verwekker een man is. De uitkomst dat de juridische vader (echtgenoot van de moeder) niet de biologische vader is van het kind houdt in dat de moeder hoogstwaarschijnlijk overspel gepleegd heeft. Of zij moet een heel goed verhaal hebben. Gevoelig is ook de relatie tussen het kind en de juridische vader. Als zij, in de veronderstelling dat zij door een bloedband zijn verbonden, aan elkaar gehecht zijn, kan het aantonen van de afwezigheid van een bloedband dramatische gevolgen hebben voor de hechting. In een recente uitspraak van het Europees Hof – in de zaak *Phinikaridou* – waar voornoemde gevoeligheden in de relatie tussen moeder en erkenner aanwezig waren, komt het Europees Hof desalniettemin op voor het recht op afstammingsgegevens van het kind.

De twee genoemde gevoeligheden zijn in de situatie van twee lesbiennes geheel afwezig. Van meet af aan weten de vrouwen dat de vrouwelijke partner van de moeder geen bloedband met het kind heeft. Bovendien is bij inschakeling van een zaaddonor met wederzijds goedvinden van de vrouwen geen sprake van overspel. Er zijn situaties denkbaar waarin de zoektocht van het kind naar afstammingsinformatie

¹⁶⁹ EHRM 20 december 2007, zaaknr. 23890/02 (*Phinikaridou t. Cyprus*) § 64.

wel gevoeligheden in de relatie tussen de twee vrouwen kan doen ontstaan. Een voorbeeld is de situatie waarin de moeder, zonder dit aan haar vrouwelijke partner te vertellen, geslachtsgemeenschap met de zaaddonor heeft gehad. Of indien tussen de twee vrouwen bijvoorbeeld is afgesproken dat de broer van de vrouwelijke partner van de moeder als zaaddonor zal optreden, en de moeder, zonder de vrouwelijke partner hiervan op de hoogte te stellen, een andere man voor deze diensten inschakelt. In de normale situatie zijn de gevoeligheden echter afwezig en staat niets in de weg aan de aanspraak van het kind op afstammingsinformatie.

4.3 Het recht op afstammingsinformatie van een kind geboren ten gevolge van inseminatie door een onbekende zaaddonor

De verwezenlijking van het recht op afstammingsinformatie van het kind dat ten gevolge van inseminatie door een anonieme donor is geboren, is sinds de inwerking-treding van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting wettelijk geregeld.

Indien een vrouw ervoor kiest om een kind te krijgen door inseminatie door anonieme donor kan zij zich tot een kliniek wenden. Op grond van artikel 2 lid 1 van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting,¹⁷⁰ is de kliniek verplicht om bepaalde gegevens aan de stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting door te geven.

In de wet donorgegevens kunstmatige bevruchting wordt kunstmatige bevruchting als volgt uitgelegd: het beroeps- of bedrijfsmatig verrichten van handelingen, gericht op het anders dan op natuurlijke wijze totstandkomen van een zwangerschap, met gebruikmaking van zaad van een ander dan de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de vrouw, of met gebruikmaking van een eikel van een andere vrouw. Donor is de man die zaad of de vrouw die een eikel heeft afgestaan.¹⁷¹

De stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting ontvangt en bewaart, tenminste tachtig jaar,¹⁷² de volgende gegevens:

- medische gegevens,¹⁷³ die betrekking hebben op de door de donor zelf genoemde aandoeningen die van belang kunnen zijn voor de ontwikkeling van het kind, en die niet tot weigering van de persoon als donor hebben geleid. De Stichting verstrekt deze gegevens op verzoek van de huisarts van degene die weet of vermoedt dat hij is verwekt door en ten gevolge van kunstmatige voortplanting.¹⁷⁴
- fysieke kenmerken (lichaamslengte, gewicht, huidskleur, kleur van de ogen, haarkleur en type haar),¹⁷⁵ opleiding en beroep,¹⁷⁶ sociale achtergrond en be-

¹⁷⁰ Wet van 25 april 2002, Stb 240 (KS 23 207).

¹⁷¹ Artikel 1 onder c en d, Wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁷² Artikel 8, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁷³ Zoals nader afgebakend in artikel 2 van het Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting, Besluit van 11 augustus 2003, Stb 230.

¹⁷⁴ Art. 3 lid 1 onder a, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁷⁵ Zoals nader afgebakend in artikel 3 lid 1 van het Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting, Besluit van 11 augustus 2003 Stb 230.

¹⁷⁶ Zoals nader afgebakend in artikel 3 lid 2 van het Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting, Besluit van 11 augustus 2003 Stb 230.

paalde sociale kenmerken (leeftijd, burgerlijke staat, gezinssamenstelling en een door de donor opgestelde beschrijving van hem kenmerkende eigenschappen en karaktertrekken),¹⁷⁷ zoals bekend op het tijdstip van donatie. Een kind van twaalf jaar of ouder kan deze gegevens, die afzonderlijk of in combinatie niet herleidbaar mogen zijn tot de donor zelf, verkrijgen.¹⁷⁸ Indien het kind nog niet zestien jaar is krijgen de ouders bericht van het feit dat het kind de gegevens heeft opgevraagd, en in dat geval krijgen de ouders de gegevens ook.¹⁷⁹ Het kind wordt hiervan op de hoogte gebracht.¹⁸⁰ Ten aanzien van kinderen jonger dan twaalf jaar kunnen de ouders de gegevens opvragen.¹⁸¹

- persoonsidentificerende gegevens: geslachtsnaam, voornamen, geboortedatum en woonplaats.¹⁸²

Ten aanzien van de verstrekking van de persoonsidentificerende gegevens vindt een belangenafweging plaats. Het kind kan vanaf de leeftijd van zestien jaar de gegevens opvragen. Zij worden verstrekt indien de donor zijn toestemming daarvoor heeft gegeven. Indien de donor daarmee niet instemt blijft verstrekking achterwege indien, in aanmerking genomen de gevolgen die niet-verstrekking voor het kind zou kunnen hebben, zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet behoort plaats te vinden.¹⁸³

Het belang van het kind behoort doorslaggevend te zijn.¹⁸⁴ Er wordt geen rekening gehouden met de belangen van de ouders. Niet zeker is of de ouders als ‘belanghebbende’ kunnen worden aangemerkt in de zin van art. 1:2 lid 1 Awb.¹⁸⁵

Dat de man ook werkelijk zijn biologische vader is, zal aannemelijk moeten zijn op basis van andere gegevens, zoals de geboorteakte, bloedgroepgegevens van het kind en de moeder of eventueel DNA-onderzoek.¹⁸⁶

Indien de donor is overleden of onvindbaar is, wordt de toestemming geacht te zijn geweigerd tenzij zijn echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel of bij het ontbreken van één van hen een bloedverwant in de eerste of tweede graad schriftelijk met de verstrekking van de gegevens heeft ingestemd.¹⁸⁷ Na weigering

¹⁷⁷ Zoals nader afgebakend in artikel 3 lid 3 van het Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting, Besluit van 11 augustus 2003 Stb 230.

¹⁷⁸ Art. 3 lid 1 onder b, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁷⁹ Art. 3 lid 6 eerste zin, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁸⁰ Art. 3 lid 6 tweede zin, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁸¹ Art. 3 lid 6 derde zin, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁸² Art. 2 lid 1 onder c, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁸³ Art. 3 lid 2, tweede zin, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁸⁴ Zie de formulering in art. 3 lid 2, eerste zin, wet van 25 april 2002, Stb 240: ‘Verstrekking blijft, indien de donor ermee niet instemt, uitsluiten achterwege, indien...’.

¹⁸⁵ Asser-de Boer, 2006, a.w. n. 11, par. 692a.

¹⁸⁶ Artikel 4 van het Besluit van 11 augustus 2003 Stb 230.

¹⁸⁷ Art. 3 lid 3, eerste zin, wet van 25 april 2002, Stb 240.

van de toestemming wordt de persoon schriftelijk gevraagd om de belangen van de donor bij niet-verstrekking naar voren te brengen.¹⁸⁸

Het bestuur van de stichting stelt de donor onverwijld op de hoogte van de voorgenomen verstrekking van de persoonsgegevens, en de gronden waarop de beslissing berust. Gedurende 30 dagen na dagtekening van dit bericht kan de donor bezwaar maken bij de Stichting tegen de voorgenomen verstrekking van gegevens. Beroep op de bestuursrechter is mogelijk. Verstrekking geschiedt niet eerder dan nadat de beslissing op het bezwaar onherroepelijk is geworden.

Indien de donor toestemming tot verstrekking heeft geweigerd of indien hij overleden is of niet gevonden kan worden, is de verstrekking van identificerende gegevens wettelijk niet toegestaan.¹⁸⁹ Bij spermadonatie die vóór inwerkingtreding van deze wet heeft plaatsgevonden ging de zaaddonor ervan uit dat zijn identiteit voor het kind verborgen zou blijven.

Tevens is de Stichting verplicht gegevens te verzamelen en te bewaren over de vrouw bij wie kunstmatige voortplanting heeft plaatsgevonden, alsmede de tijdstippen waarop deze heeft plaatsgevonden.¹⁹⁰

De Stichting is verplicht te zorgen voor deskundige begeleiding bij de verstrekking van gegevens over de fysieke kenmerken en persoonsidentificerende gegevens aan de persoon die door kunstmatige donorinseminatie is verwekt.¹⁹¹

4.4 Tenuitvoerlegging van het recht op afstammingsinformatie van een kind geboren door inseminatie door bekende zaaddonor in een relatie tussen duo-moeders

4.4.1 Problemen bij de tenuitvoerlegging van het recht op afstammingsgegevens

Het is één zaak om een recht op afstammingsinformatie te hebben: een heel andere zaak om dit recht te halen. Waar de informatie door een instelling is opgeslagen, heeft de informatiezoeker grote kans om de informatie te verkrijgen. Dit ligt anders waar het recht tegen een natuurlijke persoon – de moeder of vader van de verzoekster – moet worden geldend gemaakt. Een kind van een duo-moeder dat verwekt is door tussenkomst van een haar bekende zaaddonor zal de afstammingsinformatie bij de moeder en haar partner moeten zoeken. De medewerking van deze personen is niet gegarandeerd.

De Boer maakt onderscheid tussen twee situaties:

- de moeder *kan* de informatie niet geven of
- de moeder *wil* de informatie niet geven.

Indien, bijvoorbeeld, de moeder door een onbekende man is verkracht of een vluchtige seksuele ontmoeting met een onbekende heeft gehad, is denkbaar dat de

¹⁸⁸ Art. 3 lid 3, tweede zin, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁸⁹ Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, artikel 12 leden 2 en 3.

¹⁹⁰ Art. 2 lid 2, wet van 25 april 2002, Stb 240.

¹⁹¹ Art. 3 lid 7, wet van 25 april 2002, Stb 240.

moeder niet in staat is om de identiteit van de verwekker te verschaffen.¹⁹² Deze situatie is voor dit onderzoek niet van belang, omdat het uitgangspunt is dat de te bespreken donor een kennis is van de moeder.

De tweede mogelijkheid is helaas niet uit te sluiten: de moeder kan de informatie geven, maar wil dat niet. In enkele zaken heeft de Nederlandse rechter zich over deze situatie moeten buigen. In de *Valkenhorst*-uitspraken heeft de rechter een beroep van de moeder op een recht op geheimhouding van de identiteit van de verwekker in zijn oordeelsvorming mee moeten wegen. Bij wijze van hypothese werd gesproken van situaties als verwekking ten gevolge van verkrachting of incest of verwekking door hooggeplaatste of gevaarlijke personen. In één zaak heeft een moeder met succes – bij het Hof Arnhem – een beroep gedaan op het feit dat de verwekker haar had verkracht.¹⁹³ De uitzonderingsgronden blijken steeds situaties te betreffen waarin de moeder niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het ontstaan van het kind. Hierdoor valt één van de twee argumenten voor informatieverstrekking weg: bij conceptie ten gevolge van verkrachting kan de moeder niet verantwoordelijk worden gehouden voor het bestaan van het kind. De andere grond – het vitaal belang van het kind om te weten van wie hij of zij afstamt – blijft onverminderd van kracht.

In geval van geadopteerde kinderen zijn de pleegouders of adoptanten verplicht het kind op de hoogte te brengen van zijn status. Hoksbergen is een sterke voorstander van openheid bij adoptie.¹⁹⁴ De Boer stelt dat een zelfde openheid moet worden betracht ten aanzien van een eigen kind.¹⁹⁵

4.4.2 Een praktische oplossing om het recht op afstammingsgegevens van het kind veilig te stellen

Het kind kan de afstammingsinformatie alleen met medewerking van de duo-moeders verkrijgen (onderdeel 4.4.1). Gelet op het vitale belang van het kind bij de verkrijging van zijn afstammingsgegevens (zie paragraaf 4.2.1) en het feit dat het kind voor de verkrijging van deze gegevens afhankelijk is van de medewerking van de duo-moeders, acht ik het wenselijk dat de overheid stappen onderneemt om het recht van het kind op afstammingsinformatie te waarborgen.

Het strekt tot aanbeveling de ambtenaar van de burgerlijke stand bij wet te verplichten de persoonsgegevens van de biologische vader op de geboorteakte te vermelden. Indien de biologische ouder een andere persoon is dan de juridische ouder, dient deze laatste op een afzonderlijke plaats in de geboortakte te worden vermeld.

¹⁹² Op 3 januari 1997, *NJ* 1997, 451 m. nt J. de Boer oordeelde de Hoge Raad de bewering van de moeder dat zij de verwekker niet kon noemen niet aannemelijk.

¹⁹³ Hof Arnhem 8 maart en 10 mei 1994, *NJ* 1996, 467. Zie echter het kritiek van De Boer hierop in zijn annotatie onder *NJ* 1997, 451.

¹⁹⁴ R.A.C. Hoksbergen, 'De psychologie van adoptie', 1990; *a.w.* n. 148 en R.A.C. Hoksbergen, *Kind van andere ouders: theorie en praktijk van adoptie*, 1991, *a.w.* n. 148.

¹⁹⁵ Asser-de Boer, 2006, *a.w.* n. 11, par. 692.

Deze informatie dient te worden opgenomen in het gedeelte van de geboortakte dat alleen door personen met een gerechtvaardigd belang kan worden gezien.

Het origineel van de geboortakte wordt als zodanig nooit verstrekt. Iemand die over de in de geboortakte vermelde gegevens wil beschikken kan om een uittreksel of afschrift hiervan vragen. Iedereen kan om een beredeneerd uittreksel vragen.¹⁹⁶ Gevraagd mag worden naar een specifieke persoon of een specifiek document; een systematische inlichting is niet toegestaan. Het beredeneerd uittreksel is een kort document met minimale informatie. Het bevat in ieder geval geen informatie over adoptie, geslachtswijziging of afstamming.¹⁹⁷ Personen met een gerechtvaardigd belang kunnen verzoeken om verstrekking van een uitvoerig uittreksel of afschrift.¹⁹⁸ Een gerechtvaardigd belang hebben de persoon zelf, de gemachtigde van die persoon, de echtgenoot, erfgenaam of wettelijke vertegenwoordiger. Andere personen kunnen in het kader van bepaalde procedures, zoals adoptie of huwelijkssluiting, een gerechtvaardigd belang hebben. Uit de volgende twee figuren blijkt hoe een beredeneerd uittreksel (figuur 5) of een afschrift/uitvoerig uittreksel (figuur 6) van een Nederlandse geboortakte eruit ziet.

Figuur 5: Beredeneerd afschrift van een Nederlandse geboortakte

NEDERLAND (NL)	AKTE VAN GEBOORTE	2009
Aktenummer	:	100125
KIND		
Geslachtsnaam	:	Janssen
Voornamen	:	Klaartje
Dag van geboorte	:	02-01-2009 twee januari tweeduizend negen
Uur en minuut van geboorte	:	12.12
Plaats van geboorte	:	Maastricht
Geslacht	:	V (vrouwelijk)

Iedereen mag in principe om een beredeneerd uittreksel van een bepaalde persoon vragen. Maar er staat geen afstammingsinformatie in. Die informatie is voorbehouden aan personen met een gerechtvaardigd belang die een afschrift mogen krijgen.

¹⁹⁶ Artikel 1:23b lid 1 BW.

¹⁹⁷ Artikel 1:23b lid 1, tweede zin BW.

¹⁹⁸ Artikel 1:23b lid 2, eerste zin BW. De inhoud van een uitvoerig uittreksel is niet anders dan die van een afschrift. Een afschrift is een fotokopie van het origineel: een uitvoerig uittreksel is een zelfstandig document dat getikt of elektronisch verwerkt kan zijn. Uitvoerige uittreksels komen niet meer voor.

Figuur 6: Een afschrift/uitvoerig uittreksel van een Nederlandse geboorteakte

NEDERLAND (NL)	AKTE VAN GEBOORTE	2009
Aktenummer	: 100125	
KIND		
Geslachtsnaam	: Janssen	
Voornamen	: Klaartje	
Dag van geboorte	: 02-01-2009 twee januari tweeduizend negen	
Uur en minuut van geboorte		
Plaats van geboorte	: 12.12	
Geslacht	: Maastricht : V (vrouwelijk)	
OUDERS		
Geslachtsnaam vader	: Janssen	
Voornamen vader	: Bill	
Geslachtsnaam moeder	: Pietersen	
Voornamen moeder	: Vrouwke	
OVERIGE GEGEVENS		
GEBOORTEGEGEVENS OUDERS		
Plaats van geboorte vader	: Maastricht	
Dag van geboorte vader	: 12-12-1975	
Plaats van geboorte moeder	: Maastricht	
Dag van geboorte moeder	: 12-12-1976	
AANGEVER		
Geslachtsnaam	: Janssen	
Voornamen	: Bill	
Plaats van geboorte	: Maastricht	
Dag van geboorte	: 12-12-1975	
AMBTELIJKE GEGEVENS EN HANDTEKENINGEN		
Akte opgemaakt te Maastricht	Op 05-01-2009 door de ambtenaar	van de burgerlijke stand, ABS.
Handtekening aangever		Handtekening ABS
WIJZIGINGEN EN LATERE VERMELDINGEN		

NEDERLAND (NL) UITTREKSEL UIT EEN GEBOORTEAKTE	
Aktenummer	: 100125
KIND	
Geslachtsnaam	: Janssen
Voornamen	: Klaartje
Dag van geboorte	: 02-01-2009 twee januari tweeduizend negen
Uur en minuut van geboorte	: 12.12
Plaats van geboorte	: Maastricht
Geslacht	: V (vrouwelijk)
Dit uittreksel bevat gegevens die ontleend zijn aan het origineel.	
Maastricht, 16-01-2009.	
De ambtenaar van de burgerlijke stand,	STEMPEL
HANDTEKENING ABS	leges EUR 11,10

In welke situaties dient de ambtenaar van de burgerlijke stand naar de persoonsgegevens van de biologische vader te vragen?

De verplichting om naar de persoonsgegevens van de biologische vader te vragen en deze op te nemen zou in alle situaties gelden waarin de ambtenaar – uitsluitend op grond van de informatie die hij in de uitoefening van zijn beroep verkrijgt – weet of had kunnen weten dat de biologische vader een andere persoon is dan de erkenner. Dat zulks het geval is kan de ambtenaar van de burgerlijke stand weten doordat de erkenner en de moeder hem deze informatie toevertrouwen of als uit andere feiten of omstandigheden blijkt dat de erkenner niet de biologische vader kan zijn.

Er zijn meerdere situaties denkbaar waarin het kind zijn biologische vader niet kent. Een kind dat in de relatie van een man en een vrouw is geboren door tussenkomst van een zaaddonor kent zijn biologische vader niet. Indien de kunstmatige bevruchting in een kliniek plaatsvindt, is de kliniek, behoudens de in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting bepaalde uitzonderingen, verplicht de gegevens over de donor op te slaan. Zoals in paragraaf 4.5 is gebleken, heeft het kind vanaf zijn zestiende verjaardag het recht om inzage in de gegevens te verzoeken. De donor moet met goede argumenten komen om de inzage tegen te kunnen houden.

De situatie ligt anders als de man en de vrouw buiten de kliniek om gebruik hebben gemaakt van een zaaddonor of als de vrouw overspel heeft gepleegd. Ook in die situaties dreigt het kind van afstammingsinformatie verstoken te blijven. Zoals hiervoor in paragraaf 4.2.2. is gebleken, heeft het kind in deze situaties in beginsel het recht om te weten van wie het afstamt. Het recht van de moeder op privé-leven kan aan de ontsluiting van de informatie in de weg staan, maar alleen in zeer extreme situaties, zoals wanneer overtuigend is bewezen dat de zwangerschap door verkrachting teweeg werd gebracht.

Wel is het zo dat de mogelijkheden voor de staat om in dit soort situaties het recht van het kind te verwezenlijken beperkt zijn. Heeft de moeder bijvoorbeeld van de verkrachting aangifte gedaan en heeft zij de naam van de dader aan de politie verteld, dan kan de rechter het belang van de moeder bij geheimhouding en eventueel een algemeen belang dat tot geheimhouding strekt – om er op te kunnen vertrouwen dat informatie die aan de politie is verteld niet verder zal gaan – tegen het belang van het kind bij openbaring van de informatie afwegen. Als de moeder de enige is die de identiteit van de man kent, en zij, ondanks veroordeling door de rechter, haar lippen op elkaar houdt, kan het kind zijn recht niet halen.

Er zijn grenzen aan wat de staat in deze situaties mag doen. Soms wordt een kind geboren ten gevolge van overspel, maar wordt dit in het gezin verzwegen. Als het kind er later alsnog achterkomt dat de man die het als zijn vader heeft beschouwd niet zijn biologische vader is, is verdedigbaar¹⁹⁹ dat het kind een recht heeft om te weten wie zijn biologische vader is. Of het kind dat recht mag uitoefenen hangt van een belangenafweging af. Het verzoek om afstammingsinformatie moet in het licht van vele factoren worden beoordeeld, zoals de relatie van het kind met zijn juridische en biologische vader en de belangen van de andere gezinsleden. Indien het kind bijvoorbeeld een sterke band heeft met de biologische vader en niet met de juridische vader, of indien de relatie tussen de juridische vader en de moeder is verbroken, zal het verzoek mijns inziens moeten worden toegekend. Niet aanvaardbaar is de suggestie dat de wetgever zou moeten regelen dat bij iedere erkenning DNA-bewijs zou moeten worden overgelegd, waaruit blijkt dat de erkenner daadwerkelijk de biologische vader is.²⁰⁰ Dan zou de staat veel te diep in het gezin indringen.

Soms beschikt de staat over afstammingsinformatie zonder nader onderzoek te hoeven doen, zoals in de volgende casus. Een vrouw, Vrouwke, heeft een relatie gehad met een man, Mark. Een zwangerschap is het gevolg. Tijdens de zwangerschap eindigt de relatie tussen Vrouwke en Mark, waarna Mark van het toneel verdwijnt. Vrouwke vindt een nieuwe partner, Bill, die het inmiddels geboren kind, Klaartje, wil erkennen. In de geboorteakte wordt Bill als de juridische vader vermeld. Er staat niets over het biologisch vaderschap van Mark. Klaartje is afhankelijk van de medewerking van Vrouwke om over haar afstammingsinformatie te kunnen beschikken. In dit soort situaties, zelfs waar er geen conflict is tussen de juridische en biologische vader en de juridische ouders willen dat de biologische vader ook wordt

¹⁹⁹ De Nederlandse rechter heeft zich over een dergelijke vraag nog niet gebogen, de Duitse rechter daarentegen wel. Op grond van deze Duitse uitspraken en de brede toepassing van het recht van afstammingsgegevens zoals door de Hoge Raad in zijn twee arresten (HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 en HR 3 januari 1997, *NJ* 1997, 451 en door het Europees Hof in bijvoorbeeld de zaak van 20 december 2007, nr. 23890/02 (*Phinikaridou t. Cyprus*), durf ik te stellen dat de Nederlandse rechter op vergelijkbaar manier met een verzoek zou omgaan. Zie Bundesverfassungsgericht 31 januari 1989, *FamRZ* 1989, 255, BVerfGE 79, 256; Bundesverfassungsgericht 26 april 1994, *FamRZ* 1994, S. 881. Zie C. Forder, *Legal Establishment...*, a.w. n. 16, p. 98-102.

²⁰⁰ C. Forder, 'Biologisch ouderschap: met of zonder keurmerk?', *NJB* 1997 afl. 1, p. 19-21 reactie op Carla van Wamelen, 'Het tekort in het familierecht, in het bijzonder in het afstammingsrecht', *NJB* 1996 afl. 28, p. 1093-1102.

vermeld, is de vermelding van het biologisch vaderschap niet mogelijk, omdat er wettelijk niet in is voorzien. Uit figuur 6 hierboven blijkt dat er geen plek is op de geboorteakte van Klaartje waar de persoonsgegevens van haar biologische vader, Mark, kunnen worden opgenomen.

Een andere situatie waarin de ambtenaar moet weten dat de erkenner niet de biologische ouder van het kind kan zijn, is die waarin een vrouw het kind erkent. Zoals in deel 4 van dit onderzoek is gebleken, kan de erkenning door de vrouwelijke partner reeds voor de geboorte worden gedaan. De ambtenaar hoeft geen nader onderzoek te doen om te begrijpen dat de biologische en juridische gegevens niet kunnen overeenkomen.

Het verdient aanbeveling dat in de genoemde situaties, waarin duidelijk is dat de biologische vader een andere persoon is dan de erkenner, de ambtenaar van de burgerlijke stand wettelijk wordt verplicht de naam van de biologische vader in de geboorteakte op te nemen.

De informatie over het kind Klaartje en haar ouders (voorbeeld hierboven) zou als volgt in de geboorteakte kunnen worden opgenomen:

Figuur 7:

OUDERS	
Geslachtsnaam vader	: Janssen
Voornamen vader	: Bill
Geslachtsnaam moeder	: Pietersen
Voornamen moeder	: Vrouwke
Geslachtsnaam biologische vader	: Fredrix
Voornamen biologische vader	: Mark
GEBOORTEGEGEVENS OUDERS	
Plaats van geboorte vader	: Maastricht
Dag van geboorte vader	: 12-12-1975
Plaats van geboorte moeder	: Maastricht
Dag van geboorte moeder	: 12-12-1976
Plaats van geboorte biologische vader	: Valkenburg
Dag van geboorte biologische vader	: 12-12-1974

Hoe komt de ambtenaar van de burgerlijk stand aan zijn informatie?

Als de moeder of haar mannelijke of vrouwelijke partner bij de ambtenaar van de burgerlijke stand komt om de geboorte aan te geven, zal de ambtenaar vragen om de persoonsgegevens van de biologische vader. De ambtenaar moet de biologische vader vervolgens op de hoogte brengen van het feit dat een dergelijke melding is gedaan. Als deze laatste hiermee niet akkoord gaat, zou het geschil aan de rechter moeten kunnen voorgelegd. DNA-onderzoek kan uitsluitsel geven of hij al dan niet terecht als biologische vader is opgegeven. Een probleem ontstaat indien de man die als biologische vader is opgegeven weet dat hij de zaaddonor niet kan zijn, maar

niet reageert. De melding is dan onbetrouwbaar. Met deze informatiekortsluiting kunnen de duo-moeders het recht op afstammingsgegevens van het kind illusoir maken.

Mijns inziens is deze mogelijke complicatie geen reden om van de hier voorgestelde wettelijke regeling af te zien. Een dergelijk zet van de kant van de duo-moeders zal niet de regel zijn. Veel kinderen kunnen worden geholpen hun afstammingsinformatie veilig te stellen. Ook in andere situaties dan duo-moederschap is de tenuitvoerlegging van de recht op afstammingsinformatie niet perfect.

Gevolgen van de vermelding

De vermelding brengt als zodanig geen rechten of plichten tot stand.²⁰¹ De bedoeling is niet anders dan het kind informatie te verschaffen over de identiteit van zijn biologische vader.

Inlichting duo-moeders door de overheid

Voorts strekt het tot aanbeveling dat de overheid ervoor zorgt dat (aanstaande) duo-moeders worden ingelicht over het belang van het kind bij afstammingsinformatie. Een voorbeeld is voorhanden: de wijze waarop het recht op afstammingsinformatie ten behoeve van geadopteerde kinderen wordt gewaarborgd. Adoptanten worden ingelicht over het belang van hun geadopteerde kinderen bij informatie over hun oorspronkelijke ouders en de reden waarom deze niet voor hen hebben kunnen zorgen.²⁰² De situaties zijn weliswaar niet identiek, maar het komt mij voor dat het belang van het kind van duo-ouders om te weten van wie het in biologische zin afstamt en hoe en waarom de zaaddonor aan de kindervens van de duo-moeders heeft meegewerkt, niet minder vitaal is dan het belang van een geadopteerd kind.

4.5 Tussenconclusie

Het recht van het kind op afstammingsgegevens

Een persoon heeft er recht op te weten van wie hij of zij afstamt. De Hoge Raad nam als uitgangspunt voor zijn beslissing op 15 april 1994, NJ 1994, 608 'het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht'. Dit recht heeft internationaal erkenning gevonden in artikel 7 IVRK. Zie ook artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten 1966 en artikel 30 van het Haagse Adoptieverdrag 1993. Het Europees Hof heeft in zijn rechtspraak erkend dat het recht op afstammingsinformatie uit artikel 8 EVRM voortvloeit.

²⁰¹ Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba 27 juni 2003, NJ 2004, 124 o.w. 2.6.

²⁰² Zie de twee teksten van R.A.C. Hoksbergen, *a.w.* n. 148.

Uit de rechtspraak van de Nederlandse rechters en van het Europees Hof blijkt dat het recht op afstammingsgegevens in uiteenlopende situaties kan worden ingeroepen. Een ongehuwde moeder, bijvoorbeeld, kan door de rechter worden bevolen de identiteit van de vader aan haar dochter prijs te geven. Een instelling kan worden verplicht inzage in dossiers te verlenen. Het recht van het kind – ook indien het volwassen is – op afstammingsinformatie is zeer sterk, maar botst regelmatig met andere, eveneens door verdragsrechten beschermde rechten. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad en het Europees Hof dient er een belangenafweging te worden gemaakt. Hoe de belangenafweging uitpakt hangt in sterke mate af van de omstandigheden.

Een zekere voorrang komt echter toe aan het recht op afstammingsgegevens, vooral vanwege het vitale belang van een persoon om te weten van wie hij of zij afstamt. Voor ouders geldt als aanvullend argument dat zij verantwoordelijk zijn voor het bestaan van het kind. Deze overweging maakt dat een eventueel beroep van een ouder op bescherming van haar of zijn privé-leven sterk aan kracht inboet indien het concurreert met het recht van het kind op afstammingsgegevens. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de ouder alleen dan onder haar of zijn plicht (tot verstrekking van de informatie) uit kan komen, indien de ouder aannemelijk heeft kunnen maken dat hij of zij niet verantwoordelijk is voor het bestaan van het kind. Dit geldt volgens de Hoge Raad bijvoorbeeld voor de vrouw die door de verwekker is verkracht. Door De Boer is echter aangevoerd dat zelfs deze schrijnende omstandigheden veeleer aanleiding geven tot uitstel van de plicht tot verstrekking van de gegevens dan tot volledig afstel. Het vitaal belang van het kind is immers ook in deze situatie onverminderd van kracht.

Afweging belang kind bij afstammingsinformatie tegen belang duo-moeders en zaaddonor bij geheimhouding

Hoe dienen de met elkaar botsende rechten te worden afgewogen in de situatie die in dit onderzoek vooropstaat? Een kind wordt geboren en opgevoed in de relatie van duo-moeders: heeft dat kind het recht om op de hoogte te worden gebracht van de identiteit van de zaaddonor? Tegenover het recht van het kind om te weten staat een beroep op geheimhouding door de zaaddonor, door de moeder of door haar vrouwelijke partner.

Wat het belang van de anonieme zaaddonor betreft is de kogel al door de kerk. In de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting heeft, zoals in paragraaf 4.3 uiteengezet, de wetgever reeds een principiële keuze gemaakt voor de mogelijkheid dat de identiteit van een anonieme zaaddonor aan een kind van zestien jaar of ouder wordt prijsgegeven. Maakt de zaaddonor hiertegen bezwaar, dan dient de stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting de belangen van de informatiezoeker en van de zaaddonor tegen elkaar af te wegen. Beroep bij de bestuursrechter is mogelijk. De grondslag van deze wetgeving ligt in de rechtspraak van de Hoge Raad en het Europees Hof over het recht op afstammingsgegevens. Het is niet aannemelijk dat het belang van een informatiezoeker minder zwaar zou wegen in de situatie waarin verwekking het gevolg is van spermadonatie door een kennis van de

moeder dan wanneer deze is geschied door een anonieme donor. Bij de verwekking door een kennis is er immers veel meer informatie die de informatiezoeker zou kunnen willen weten: hoe kwam de moeder met hem in contact? Waarom heeft zij juist hem gekozen? Wat was zijn rol in de vroege kindertijd van de informatiezoeker?

Het belang van de informatiezoeker botst eveneens met het belang van de moeder en haar vrouwelijke partner bij geheimhouding. In de normale situatie zijn gevoeligheden echter afwezig en staat niets in de weg aan de aanspraak van het kind op afstammingsinformatie.

De rechtspraak van de Hoge Raad en het Europees Hof verschilt wat betreft de noodzaak van een belangenafweging in elke situatie waarin er sprake is van botsing tussen enerzijds het recht op afstammingsgegevens en anderzijds de rechten van anderen of een algemeen belang. In de zaak *Odièvre* staat het Europees Hof toe dat er geen belangenafweging plaatsvindt: de moeder die in Frankrijk voor een anonieme geboorte heeft gekozen heeft een absoluut vetorecht. De Hoge Raad daarentegen staat erop op dat er altijd een belangenafweging plaatsvindt. Dit is ook het standpunt van de Nederlandse wetgever. Hierboven in paragraaf 4.2.8 heb ik voorgesteld de uitspraak in de zaak *Odièvre* op dit punt niet te volgen. Het Europees Hof week in de *Odièvre* zaak af van zijn eigen regel. De uitspraak in *Odièvre* lijkt in strijd met het systeem van het EVRM, dat steeds – met uitzondering van de artikelen 2 en 3 EVRM – een afweging tussen de belangen van het individu en van het algemeen belang nastreeft. Nederlandse wetenschappers hebben zich overwegend kritisch uitgelaten over dit aspect van de *Odièvre*-uitspraak.

Deel 5 Aanbevelingen

5.1 Recht van de zaaddonor met familie- en gezinsleven

De uitvoerige rechtspraak van de Hoge Raad die oorspronkelijk is ontwikkeld om conflicten tussen de moeder en de verwekker op te lossen, biedt inmiddels houvast bij conflicten tussen de zaaddonor met familie- en gezinsleven en de moeder. Deze regels functioneren goed, zowel in de situatie waarin het kind één juridische ouder heeft als waarin het er twee heeft. Een sterk punt in deze ontwikkeling is dat de Hoge Raad aan het begrip familie- en gezinsleven een invulling heeft gegeven die zich mede uitstrekt tot de relatie tussen zaaddonor en moeder.

Het is doorgaans onwenselijk dat de wetgever ingrijpt in een goed verlopende rechtsontwikkeling. Wettelijke ingrepen met betrekking tot de rechtspositie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven zijn op dit moment in velerlei opzicht voorbarig. De maatschappelijke ontwikkelingen op dit terrein zijn in volle gang. Ingrepen zijn daarom alleen op hun plaats waar sterke argumenten pleiten voor een verbetering van inmiddels de door de rechtspraak tot stand gebrachte regeling.

Het verdient aanbeveling dat de wetgever bij de invoering van de mogelijkheid van erkenning door een vrouw aandacht schenkt aan de volgende aspecten.

5.1.1 Het recht van de zaaddonor om familierechtelijke betrekkingen te vestigen, indien het kind maar één juridische ouder heeft

Ik pleit ervoor dat de wetgever een belangenafweging voorschrijft voor de situatie waarin de zaaddonor met familie- en gezinsleven verzoekt om vervangende toestemming tot erkenning. De huidige regeling komt er op neer dat, indien de moeder geen toestemming tot erkenning aan de zaaddonor met familie- en gezinsleven wil geven, hij doorgaans weinig kans heeft. Het Europese Hof heeft zich over een dergelijke situatie nog niet uitgesproken. Desalniettemin is aanpassing van het recht zeer wenselijk.

Mijn pleidooi is gebaseerd op twee verschillende ontwikkelingen. De eerste is dat het Europees Hof, zoals blijkt uit de zaak *Róžański t. Polen* (2006), erop staat dat bij een weigerachtige houding van de moeder niet geheel aan de belangen van de verwekker voorbij mag worden gegaan. De tweede ontwikkeling is dat de Hoge Raad in zijn jongste rechtspraak voor wat de mogelijkheid tot erkenning betreft uitgaat van een gelijkstelling van de zaaddonor met familie- en gezinsleven en de verwekker. De door het Europees Hof voorgeschreven beoordelingscriteria voor het erkenningsverzoek van de verwekker zouden mijns inziens van overeenkomstige toepassing moeten zijn op het erkenningsverzoek van de zaaddonor met familie- en gezinsleven.

Op vele relevante punten zijn de verwekker en de zaaddonor met familie- en gezinsleven vergelijkbaar. Voor de betrokkenheid van de man en de betekenis die hij in het leven van het kind kan hebben, maakt de exacte wijze van verwekking niets uit. Een wettelijke gelijkstelling van de rechtspositie van de zaaddonor met familie-

en gezinsleven met die van de verwekker zou goed stroken met de op verdragsrechten gefundeerde rechtspraak van de Hoge Raad over de zaaddonor.

In het huidige recht moet een zaaddonor met familie- en gezinsleven die de toestemming van de moeder door de rechter wil laten vervangen in de meeste situaties aantonen dat de moeder geen enkel te respecteren belang heeft bij haar weigering. De hier aanbevolen regeling brengt mee dat de rechter het belang van de zaaddonor met familie- en gezinsleven – en mogelijk het kind – bij erkenning, tegen het belang van de moeder, het kind en de duo-moeder bij niet-erkenning zou moeten afwegen. Deze maatstaf laat voldoende ruimte voor de bescherming van de feitelijke verzorgingssituatie waarin het kind wordt grootgebracht. Heel concreet houdt dit in dat de zaaddonor met familie- en gezinsleven hetzelfde recht zou moeten hebben als de verwekker thans op grond van artikel 1:204 lid 3 BW al heeft.

5.1.2 Het recht van de zaaddonor om familierechtelijke betrekkingen te vestigen, indien het kind al twee juridische ouders heeft (de mogelijkheid van vernietiging)

Ik stel voor dat de wetgever overweegt het voor een zaaddonor met familie- en gezinsleven mogelijk te maken een erkenningsverzoek in te dienen, gekoppeld aan een verzoek tot vernietiging van een eerder gedane erkenning. Deze mogelijkheid dient beperkt te worden tot twee situaties:

- de zaaddonor met familie- en gezinsleven heeft geen redelijke mogelijkheid gehad om tot erkenning over te gaan;
- de zaaddonor met familie- en gezinsleven heeft een groter aandeel in de verzorging van het kind dan gebruikelijk is.

De rechter dient het verzoek te beoordelen aan de hand van een belangenafweging. Het belang van het kind bij continuïteit in de verzorging dient daarbij zwaar te wegen (HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386).

Het zou logisch zijn om tegelijkertijd met de regeling voor de zaaddonor met familie- en gezinsleven ook het uit de rechtspraak voortvloeiende recht van de verwekker om een erkennings- plus vernietigingsverzoek in te dienen, wettelijk vast te leggen. De verwekker behoort niet tot de groep van belanghebbenden die op grond van artikel 1:205 BW het recht hebben om de vernietiging van een erkenning aan te vragen. De Hoge Raad heeft echter op 12 november 2004 (NJ 2005, 248) bepaald dat artikel 8 EVRM meebrengt dat de verwekker het recht heeft in de eerste van de twee voornoemde situaties de nietigheid van de erkenning in te roepen.

Ook deze aanbeveling berust op de vergelijkbaarheid van de situatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven met die van de verwekker.

Daarom strekt tot aanbeveling aan artikel 1:205 lid 1 BW een nieuwe onderdeel toe te voegen. In artikel 1:205 lid 1 BW staat thans:

‘Een verzoek tot vernietiging van de erkenning kan, op de grond dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is, bij de rechtbank worden ingediend:

- a. door het kind zelf, tenzij de erkenning tijdens zijn meerderjarigheid heeft plaatsgevonden;

- b. door de erkenner, indien hij door bedreiging, dwaling, bedrog of, tijdens zijn minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden daartoe is bewogen;
- c. door de moeder, indien zij door bedreiging, dwaling, bedrog, of tijdens haar meerderjarigheid, door misbruik van omstandigheden bewogen is toestemming tot de erkenning te geven.’

Voorgestelde toevoeging:

- d. door de verwekker, indien hij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om zelf het kind te erkennen;
- e. door de zaaddonor die met het kind in nauwe persoonlijke betrekking staat, indien hij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om zelf het kind te erkennen.

Voorts stel ik, uitgaande van de redenering van De Boer, voor dat de wetgever overweegt aan de voorgestelde onderdelen d en e de volgende zinsnede toe te voegen: of indien hij een groter aandeel in de opvoeding van het kind heeft en heeft gehad dan gebruikelijk is.

5.1.3 Het recht op afstammingsinformatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven

De zaaddonor met familie- en gezinsleven heeft mijns inziens het recht te weten of hij de biologische vader is van het kind van de duo-moeders. Deze informatie heb ik met het woord afstammingsinformatie aangeduid. Dit begrip ziet mede op de afstammingsgerelateerde informatie, zoals of het kind is geboren of op welke dag.

Dit recht heeft hij op soortgelijke basis als de verwekker, en wel om de volgende redenen. Ten eerst zal de eerder besproken gelijkstelling van zaaddonor met familie- en gezinsleven en de verwekker voor wat het erkenningsrecht betreft nutteloos zijn, tenzij de zaaddonor net als de verwekker het recht op afstammingsinformatie heeft. Ten tweede heeft het Europees Hof in het *Keegan t. Ierland* arrest (1994) geoordeeld dat de Ierse wetgeving in strijd was met artikel 8 EVRM, omdat deze eraan in de weg stond dat de verwekker op de hoogte werd gebracht van het feit dat zijn dochter ter adoptie werd geplaatst. Verdedigbaar is de stelling dat de onthouding aan de zaaddonor met familie- en gezinsleven van informatie over de geboorte van het kind, met de situatie in de zaak *Keegan* vergelijkbaar is. In beide situaties blijft de biologische vader verstoken van informatie, ten gevolge waarvan de band tussen de biologische vader en het kind definitief kan worden verbroken.

Slechts in zeer uitzonderlijke situaties zal de zaaddonor het recht op afstammingsinformatie kunnen invoeren. Uit de beslissing van het Europees Hof in de zaak *Nylund* volgt dat zijn recht wijkt voor de verzorgingssituatie waarin het kind wordt opgevoed. Het recht op afstammingsinformatie van de zaaddonor met familie- en gezinsleven kan slechts worden uitgeoefend indien de moeder niet voor het kind zorgt of de zaaddonor met familie- en gezinsleven meer voor het kind heeft gezorgd dan de moeder.

Een wettelijke regeling van het recht op afstammingsinformatie acht ik niet nodig. Dit recht zal de zaaddonor met familie- en gezinsleven pas hoeven in te roepen

als andere, zoals de twee eerdere, in de vorige paragraaf genoemde, rechten aan de orde zijn, terwijl de informatie die een voorwaarde is voor het recht op toegang tot de rechter ontbreekt. Een beroep op artikel 8 EVRM lijkt mij in een dergelijk geval voldoende.

Het strekt tot aanbeveling dat de overheid ervoor zorgt dat duo-moeders op de hoogte worden gebracht van het risico dat zij lopen indien de zaaddonor met familie- en gezinsleven van de geboorte van het kind onkundig blijft. Uit rechtspraak van de Hoge Raad lijkt voort te vloeien dat een beroep op nietigheid van een eerder gedane erkenning door een zaaddonor die niet op de hoogte van de geboorte is veel kansrijker is dan een poging door een zaaddonor die wel op de hoogte is.

5.2 Prenatale erkenning door vrouwelijke partner

Een prenatale erkenning heeft alle wettelijke gevolgen van een erkenning. Zij is echter aantastbaar: de erkenning kan op verzoek van de verwekker worden vernietigd, als hij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om zelf het kind te erkennen (HR 12 november 2004, NJ 2005, 248). Desalniettemin staan de duo-moeders redelijk sterk. De rechter zal tot een belangenafweging overgaan. De beoogde verzorgingssituatie weegt hierbij zwaar.

Een vrouwelijke erkenner wordt in deze situatie niet anders behandeld dan een mannelijke erkenner-niet-verwekker.

Aannemelijk is dat dezelfde regels gelden voor een zaaddonor met familie- en gezinsleven.

Denkbaar is dat de overheid (aanstaande) duo-moeders bewust wil maken van de aantastbaarheid van de erkenning, als de zaaddonor met familie- en gezinsleven niet op de hoogte is gesteld van de geboorte.

5.3 Recht van het kind van duo-moeders op afstammingsgegevens

Het kind van duo-moeders dat door tussenkomst van een aan de moeder bekende zaaddonor is verwekt, heeft een sterk maar niet absoluut recht op afstammingsinformatie. Sinds het Valkenhorst arrest van de Hoge Raad (HR 15 april 1994, NJ 1994, 608) kan er geen twijfel over bestaan dat een recht op afstammingsgegevens deel uitmaakt van het Nederlandse recht. De Hoge Raad baseerde het Nederlandse recht op afstammingsinformatie op ‘het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht’. Het recht is bovendien in verschillende internationale verdragen erkend: het EVRM, artikel 8, het IVRK, artikel 7 lid 1, het Haagse Adoptieverdrag, artikel 30 en het IVBPR, artikel 17 lid 1.

Het recht op afstammingsgegevens beschermt het vitaal belang van de mens bij persoonlijke informatie dat van belang is voor de vorming van de persoonlijkheid. Het ontbreken van de informatie kan veel leed veroorzaken. Toch blijkt uit de rechtspraak dat in sommige situaties, zoals in die waarin de moeder is verkracht, het belang van de moeder bij geheimhouding voorrang heeft (zie HR 3 januari 1997,

NJ 1997, 451). Ook is denkbaar dat een kind dat uit overspel is geboren niet altijd het recht heeft om de waarheid te kennen. Indien dit soort zwaarwegende belangen aan de orde zijn en deze met overtuigend bewijs worden gestaafd, zal ook de duo-moeder zich met succes tegen de uitoefening van het recht op afstammingsgegevens van het kind kunnen verzetten.

In de rechtspraak is de situatie aan de orde geweest waarin de moeder geen zwaarwegend belang heeft aangetoond, maar zij zich desondanks verzet tegen de uitoefening van het recht van het kind op afstammingsgegevens. Niet uitgesloten kan worden dat ook duo-moeders dit zullen proberen te doen. Stilgestaan dient te worden bij het gegeven dat het kind de afstammingsinformatie alleen met medewerking van de duo-moeders kan verkrijgen. Het probleem waarop het kind stuit is niet nieuw. Maar door vrouwelijke erkenning mogelijk te maken, creëert de wetgever wel een nieuw risicogebied. Voor elke erkenning door een vrouw staat immers vast dat biologische en juridische ouderschap niet overeenkomen.

Een stap die zou kunnen worden overwogen is de invoering van de regel dat in bepaalde situaties de ambtenaar voor de burgerlijke stand de persoonsgegevens van de biologische vader – volgens de opgave van de moeder en na bevestiging door de biologische vader – op de geboorteakte zal vermelden. Deze vermelding zou kunnen worden opgenomen in het onderdeel van de geboorteakte waar alleen personen met een gerechtvaardigd belang toegang tot hebben. De ambtenaar van de burgerlijke stand zou tot vermelding van de persoonsgegevens van de biologische vader moeten overgaan in alle situaties waarin hij of zij weet of redelijkerwijs moet weten dat de biologische en juridische ouderschap niet overeenkomen. Zo zou de ambtenaar de naam van de biologische vader in de geboorteakte dienen op te nemen indien de moeder of erkenner hem hebben medegedeeld dat de erkenner niet de verwekker van het kind is. Dit geldt ook voor de situatie van duo-moeders, omdat de ambtenaar weet dat het biologische en juridische ouderschap niet overeen kunnen komen.

Ik stel voor de geslachtsnaam, voornaam, plaats van geboorte en geboortedatum van de biologische vader op te nemen in de geboorteakte. Indien de man ontkent dat hij de biologische vader is zou hij, de moeder of het kind het geschil aan de rechter moeten kunnen voorleggen. DNA-onderzoek zou uitsluitend kunnen geven. Indien de man de vermelding aanvaardt, dient de ambtenaar zijn gegevens als biologische vader op te nemen. Een adder onder het gras zou kunnen zijn dat de man ervoor kiest geen reactie te geven of de bewering van de moeder bevestigt, hoewel hij weet hij dat hij de biologische vader niet kan zijn. Het is zelfs mogelijk dat de man in samenspanning met de duo-moeders bewust de uitoefening van het recht op afstammingsrecht van het kind wil verijdelen. Deze mogelijkheid vormt in mijn ogen geen overtuigende reden om van de voorgestelde regeling af te zien. Bij oprichting van een bank kan niet worden uitgesloten dat er een keer een overval zal zijn.

Voorts strekt tot aanbeveling dat de overheid ervoor zorgt dat (aanstaande) duo-moeders worden ingelicht over het belang van het kind bij afstammingsinformatie. Ter vergelijking: adoptanten worden ingelicht over het belang van hun geadopteerde kinderen bij informatie over hun oorspronkelijke ouders en de reden waarom deze

niet voor hen hebben kunnen zorgen. De situaties zijn weliswaar niet identiek, maar het komt mij voor dat het belang van het kind van duo-ouders om te weten van wie het in biologische zin afstamt en hoe en waarom de zaaddonor aan de kindergens van de duo-moeders heeft meegewerkt, niet minder vitaal is dan het belang van een geadopteerd kind.