

JPF 2011/136

Gerechtshof 's-Gravenhage

13 april 2011, 200.044.596/01; 200.068.764/01; LJN BQ2950; LJN BQ2937.

(mr. Mink

mr. Van de Poll

mr. Van der Kuijl)

[Appellant] te [woonplaats],
verzoeker in hoger beroep,
hierna te noemen: de man,
advocaat: mr. B.A. Huijgen te Amsterdam.

Als belanghebbende is aangemerkt:

1. de Stichting Bureau Jeugdzorg Zuid-Holland te 's-Gravenhage, kantoorhoudende te Leiden,
hierna te noemen: Jeugdzorg,
2. de Raad voor de Kinderbescherming, regio Rotterdam-Rijnmond, locatie Rotterdam,
hierna te noemen: de raad.
3. [de moeder] te [woonplaats], Polen,
hierna te noemen: de moeder,
4. de pleegouders van de hierna te noemen minderjarige [de minderjarige 1], wonende op een bij
Jeugdzorg bekend adres,
hierna te noemen: de pleegouders.

Internationale adoptie, Illegale overbrenging, Voorlopige voogdij, Internationale erkenning

[WCA - 9 ; WCA - 10 ; EVRM - 8; BW Boek 1 - 204 ; lid 1 sub e ; IVRK - 8]

» **Samenvatting**

Begin 2008 is in Polen een minderjarig kind geboren. Begin 2008 is in een ander deel van Polen een ander minderjarig kind geboren. De biologische moeders van de kinderen geven aan dat dezelfde man de biologische vader van hun kinderen is. Enkele dagen na de geboorte van beide kinderen heeft de man de kinderen erkend. In het najaar van 2008 heeft de vrouw van de (gepretendeerde) biologische vader beide kinderen in Polen geadopteerd, in welke procedure de man en zijn vrouw aangaven hun gewone verblijfplaats in Polen te hebben. Na de geboorte hebben de man en de vrouw de kinderen naar Nederland gebracht. De man (Nederlandse nationaliteit) en zijn vrouw (zowel de Nederlandse als de Poolse nationaliteit) staan ingeschreven in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand. Op 11 maart 2010 heeft de Rechtbank 's-Gravenhage het verzoek tot erkenning van zowel de erkenning als de adoptie afgewezen. De man en vrouw hebben hiertegen hoger beroep ingesteld.

Met betrekking tot de erkenning van de erkenning door de man is het hof van oordeel dat de erkenning in principe op grond van art. 10 Wet conflictenrecht afstamming (Wca) in aanmerking komt voor erkenning, maar dat in casu een weigeringsgrond als bedoeld in art. 10 lid 2 aanhef en onder a Wca zich voordoet, zodat dat de erkenning van de erkenning in strijd is met de Nederlandse openbare orde. Het hof is van mening dat er in casu sprake is van omzeiling van de adoptiewetgeving.

Met betrekking tot de erkenning van de adoptie door de vrouw is het hof van oordeel dat deze niet in aanmerking komt voor erkenning in Nederland. Daar het hof van oordeel is dat de feitelijke verblijfplaats van de vrouw op het moment van de adoptie in Nederland was gelegen, is er sprake van een interlandelijke adoptie. Op deze interlandelijke adoptie is het Haags Adoptieverdrag 1993 van toepassing; welke regels niet zijn nageleefd.

Aangezien noch de man noch de vrouw met het gezag is belast, heeft de rechtbank terecht geoordeeld

dat in het gezag van de kinderen moet worden voorzien. Het hof is het met de rechtbank eens dat er in de periode dat de kinderen bij de man en de vrouw hebben gewoond tussen hen family life in de zin van art. 8 EVRM is ontstaan. Met de benoeming van Bureau Jeugdzorg tot voogdes over de kinderen is inbreuk op gemaakt op art. 8 EVRM. Het hof is echter van oordeel dat er hier sprake is van een gerechtvaardigde inmenging als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM.

Gelet op het voorgaande zal het hof de bestreden beschikking bekrachtigen.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

Procesverloop in hoger beroep

(...; red.)

Procesverloop in eerste aanleg en vaststaande feiten

(...; red.)

Beoordeling van het hoger beroep

1. In geschil zijn de verzoeken van de man om hem met het (gezamenlijk) gezag over [de minderjarige 1] te belasten en om de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige 1] bij hem te bepalen.

2. De man verzoekt thans, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de bestreden beschikking te vernietigen en, opnieuw beschikkende, zijn verzoeken – hem te belasten met het (gezamenlijk) gezag over [de minderjarige 1] en de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige 1] bij hem te bepalen – toe te wijzen, althans een zodanige beschikking te geven als het hof in goede justitie zal vermenen te behoren.

3. Jeugdzorg bestrijdt het beroep en verzoekt:

primair: de bestreden beschikking te bekrachtigen en mitsdien het verzoek in hoger beroep, strekkende tot vernietiging van de bestreden beschikking, af te wijzen, zo nodig met verbetering en/of aanvulling van gronden;

subsidiar: indien het hof van oordeel is dat de erkenning rechtsgeldig is, (het hof begrijpt) de beslissing aan te houden tot na het in kracht van gewijsde gaan van de beslissing van de rechtbank 's-Gravenhage op de inleidende verzoeken van de raad en Jeugdzorg, welke beslissing is aangehouden bij beschikking van 19 oktober 2009.

4. De raad bestrijdt het beroep en verzoekt:

primair: de bestreden beschikking in stand te laten en mitsdien het verzoek in hoger beroep af te wijzen;

subsidiar: indien het hof van oordeel is dat de erkenning rechtsgeldig is, (het hof begrijpt) de beslissing aan te houden tot na het in kracht van gewijsde gaan van de beslissing van de rechtbank 's-Gravenhage op de inleidende verzoeken van de raad en Jeugdzorg, welke beslissing is aangehouden bij beschikking van 19 oktober 2009.

5. De moeder onderschrijft het verzoek van de man.

6. De man stelt zich in zijn eerste grief op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat naar Nederlands recht geen rechtsgeldige erkenning heeft plaatsgevonden en dat de

man derhalve niet kan worden aangemerkt als de juridische vader van [de minderjarige 1]. De man stelt dat hij ingevolge artikel 1:204 lid 1 sub e van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) bevoegd was tot erkenning, omdat hij weliswaar op het moment van erkenning gehuwd was met een andere vrouw, maar dat tussen hem en [de minderjarige 1] een nauwe persoonlijke betrekking bestond. Hij beroept zich op een beschikking van de Hoge Raad van 28 april 2006 (hierna: de Vietnambeschikking) en stelt dat de feiten in deze beschikking bijna geheel overeen komen met het feitencomplex in de onderhavige zaak. Slechts op één punt wijken de feiten in de Vietnambeschikking af van de feiten in de onderhavige zaak, en wel in die zin dat het kind in de Vietnambeschikking ruim drie maanden bij de man en diens echtgenote verbleef voordat zij door de man werd erkend, terwijl [de minderjarige 1] één dag bij de man en de vrouw verbleef toen zij door de man is erkend. Naar de mening van de man kan het niet zo zijn dat dit enkele verschil maakt dat in de Vietnambeschikking wel sprake is van een rechtsgeldige erkenning en in de onderhavige zaak niet. De man wijst erop dat [de minderjarige 1] sinds enkele dagen na haar geboorte bij de man en de vrouw heeft verbleven en tot 3 april 2009 met veel liefde en aandacht door hen is verzorgd en opgevoed. Deze feiten, hoewel daterend van na de erkenning, hadden moeten worden meegewogen bij de beoordeling of er ten tijde van de erkenning tussen de man en [de minderjarige 1] een nauwe persoonlijke betrekking bestond, aldus de man.

In zijn tweede en derde grief stelt de man dat de rechtbank ten onrechte geen enkele overweging heeft gewijd aan de belangen van [de minderjarige 1]. Volgens de man staat niet ter discussie dat het in het belang van [de minderjarige 1] is dat zij door de man en de vrouw wordt verzorgd en opgevoed. Naar de mening van de man had de rechtbank dan ook dienen te overwegen dat de verzoeken van de man om hem met het gezag over [de minderjarige 1] te belasten en om de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige 1] bij hem te bepalen in het belang van [de minderjarige 1] dienen te worden toegewezen, zelfs indien geen rechtsgeldige erkenning heeft plaatsgevonden.

7. Jeugdzorg stelt zich op het standpunt dat de man niet de biologische vader is van [de minderjarige 1] en dat de wijze waarop de erkenning van [de minderjarige 1] tot stand is gekomen in strijd is met fundamentele beginselen en waarden van onze rechtsorde en om die reden niet kan worden geduld. Naar de mening van Jeugdzorg bestond er ten tijde van de erkenning geen nauwe persoonlijke betrekking tussen de man en [de minderjarige 1] omdat [de minderjarige 1] op dat moment slechts één dag bij de man en de vrouw verbleef. Uit de Vietnambeschikking vloeit volgens Jeugdzorg geenszins voort dat het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking (nagenoeg) uitsluitend gebaseerd kan zijn op feiten die dateren van na de erkenning. De erkenning is naar Nederlands recht dan ook nietig, aldus Jeugdzorg. Jeugdzorg betoogt voorts dat het niet in het belang van [de minderjarige 1] is dat de man wordt belast met het gezag over haar nu sprake is van een illegale opnemings en niet te verwachten valt dat de man [de minderjarige 1] volledig en naar waarheid zal voorlichten over haar afkomst. Jeugdzorg stelt dat de wens van de moeder om [de minderjarige 1] naar haar in Polen te laten terugkeren in tegenspraak is met haar eerdere uitlatingen in de procedure bij de rechtbank.

8. De raad onderschrijft de standpunten van Jeugdzorg en stelt in aanvulling daarop dat de man en de vrouw geprobeerd hebben om de geldende adoptiewet en -regelgeving te omzeilen. Door [de minderjarige 1] in Polen te erkennen, heeft de man getracht een juridische status ten aanzien van haar te verkrijgen. Nu de rechtsgeldigheid van de erkenning ter discussie staat, stelt de man zich op het standpunt dat het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking gebaseerd kan worden op feiten die nagenoeg uitsluitend zijn ontstaan na de erkenning. De raad betwist dit standpunt. Indien het standpunt van de man juist zou zijn, zou hiermee immers de mogelijkheid gecreëerd worden de rechtsfiguur van erkenning te misbruiken ter omzeiling van de adoptiewetgeving, terwijl juist beoogd is dit te voorkomen. De raad wijst er nog op dat het van groot belang is dat middels een DNA-onderzoek wordt vastgesteld of de man de biologische vader van [de minderjarige 1] is. Doordat de man zijn medewerking aan een DNA-onderzoek weigert, gaat hij voorbij aan de wezenlijke belangen van [de minderjarige 1], aldus de raad.

9. De moeder stelt in haar voormelde brief van 16 februari 2011 dat [de minderjarige 1] met haar toestemming bij de man verbleef. [De minderjarige 1] is daar volledig tegen de wil van de moeder weggehaald. Volgens de moeder was er geen enkele noodzaak om [de minderjarige 1] bij de man en de vrouw weg te halen. Zij stelt dat [de minderjarige 1] in het pleeggezin waar zij thans verblijft wordt verwaarloosd. De moeder betwist dat zij afstand heeft gedaan van (de rechten op) haar dochter. Zij is van mening dat zij het recht heeft om over het lot van [de minderjarige 1] te beslissen. De moeder stelt dat de rechtbank geen juridische gronden had om Jeugdzorg te belasten met de voogdij over [de minderjarige 1]. Volgens haar heeft de rechtbank daarom gebruik gemaakt van het feit dat [de minderjarige 1] al zo lang in het pleeggezin verblijft.

Procedurele aspecten

10. De moeder stelt in haar voormelde brief van 16 februari 2011 – voor zover in deze zaak van belang – dat haar elke mogelijkheid om zich te verdedigen is ontnomen. Zij wijst erop dat zij voor de meeste zittingen bij de rechtbank niet of te laat is opgeroepen. Voorts heeft zij niet alle stukken ontvangen. De stukken die de moeder heeft ontvangen waren niet vertaald in de Poolse taal.

11. Het hof overweegt als volgt. Voor zover de moeder stelt dat zij bij de rechtbank onvoldoende gelegenheid heeft gehad om haar standpunt naar voren te brengen, is dit gebrek in hoger beroep hersteld, nu de moeder in hoger beroep in de gelegenheid is gesteld om gehoord te worden, en haar mening per brief kenbaar heeft gemaakt. Aan haar stelling dat een Poolse vertaling van een aantal processtukken ontbrak verbindt het hof geen consequenties. Onduidelijk is welke stukken de moeder bedoelt. Nu de moeder er door haar uitgebreide standpunt blijk van heeft gegeven op de hoogte te zijn van de relevante inhoud van de procedure, acht het hof haar voldoende voorgelicht. Nu zij geen incidenteel appel heeft ingesteld, zal het hof de stelling van de moeder dat zij wenst dat [de minderjarige 1] bij haar zal verblijven, passeren.

12. Het hof zal geen acht slaan op de bijlagen, gevoegd bij de reactie van Jeugdzorg van 22 maart 2011, nu het hof slechts gelegenheid heeft gegeven tot een reactie op de brief van de moeder van 16 februari 2011, niet tot het overleggen van stukken.

Het gezag

13. Het hof overweegt als volgt. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat op de door de man in Polen gedane erkenning de in artikel 10 Wet conflictenrecht afstamming (hierna: Wca) neergelegde regels van toepassing zijn. Dit betekent dat, nu het ervoor gehouden moet worden dat de erkenning in Polen is neergelegd in een door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte, en voorts dat daaraan een behoorlijk onderzoek is voorafgegaan, die erkenning in Nederland als rechtsgeldig dient te worden erkend, tenzij dat kennelijk in strijd met de openbare orde zou zijn. Deze laatste weigeringsgrond doet zich ingevolge het bepaalde in artikel 10 lid 2, aanhef en onder a, Wca in elk geval voor indien de erkenning is verricht door een Nederlander die naar Nederlands recht niet bevoegd zou zijn om [de minderjarige 1] te erkennen.

14. Naar Nederlands recht is een erkenning blijkens artikel 204 lid 1 sub e BW nietig indien zij is gedaan door een op het tijdstip van de erkenning met een andere vrouw gehuwde man, tenzij de rechtbank heeft vastgesteld dat aannemelijk is dat tussen de man en de moeder een band bestaat of heeft bestaan die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. Vaststaat dat de man, die Nederlander is, ten tijde van de erkenning van [de minderjarige 1] gehuwd was met de vrouw. Voorts staat vast dat de man de rechtbank niet voorafgaand aan de erkenning heeft verzocht, vast te stellen dat tussen hem en [de minderjarige 1] een nauwe persoonlijke betrekking bestaat.

Het enkele feit dat deze rechterlijke vaststelling niet aan de erkenning is voorafgegaan draagt nog niet het oordeel dat die handeling strijdig is met de fundamentele beginselen of waarden van de

Nederlandse rechtsorde. Dit is echter anders indien wordt getracht door die erkenning de regelgeving met betrekking tot interlandelijke adoptie te omzeilen.

15. Het hof is van oordeel dat de erkenning van [de minderjarige 1] in Polen door de man in Nederland geen effect heeft. Het verbod van erkenning door een Nederlandse gehuwde man werd immers in de opvatting van de wetgever met het oog op het voorkomen van een omzeilen van de regelgeving met betrekking tot interlandelijke adoptie van zodanig fundamenteel gewicht gevonden dat opneming van het voorschrift van artikel 10 lid 2 aanhef en onder a, Wca noodzakelijk werd geoordeeld. De ratio van deze regel is de bescherming van het kind. Met die bepaling wordt toepassing van de openbare orde-exceptie dwingend voorgeschreven in het geval waarin een Nederlandse gehuwde man in het buitenland een kind heeft erkend terwijl hij daartoe naar de maatstaven van het Nederlandse recht niet bevoegd was.

16. In de onderhavige zaak is het hof van oordeel dat er sprake is van het omzeilen van de regelgeving met betrekking tot interlandelijke adoptie. Het hof neemt daarbij het volgende in aanmerking.

[Begin 2008] is in Polen [de minderjarige 1] geboren. [Begin 2008] is in een ander deel van Polen een meisje genaamd [de minderjarige 2] geboren, dat later dat jaar eveneens door de man is erkend. De biologische moeder van [de minderjarige 1] was toen 18 jaar oud en de biologische moeder van [de minderjarige 2] 16 jaar oud. De man, die toen 51 jaar oud was, stelt van beide meisjes de biologische vader te zijn en wil tezamen met de vrouw, met wie hij sedert [2001] is gehuwd en die de Poolse en de Nederlandse nationaliteit heeft, beide meisjes opnemen in hun gezin. Het echtpaar heeft tezamen geen kinderen gekregen. De biologische moeders van de beide meisjes stellen eveneens dat de man de biologische vader is van hun kinderen. [De minderjarige 1] verblijft sedert [4 dagen na haar geboorte] bij de man. [5 dagen na haar geboorte] wordt zij door de man in Polen erkend en vanaf [6 dagen na haar geboorte] verblijft zij bij de man en de vrouw in Nederland. [De minderjarige 2] verblijft sedert [ongeveer 2 weken na haar geboorte] bij de man en de vrouw in Nederland. Vaststaat dat de biologische moeders van de beide meisjes toestemming hebben gegeven aan de man om met de meisjes naar Nederland te reizen. Het ophalen van de minderjarigen geschiedde telkens met de auto en er was geen reisdocument ten behoeve van [de minderjarige 1] en [de minderjarige 2] afgegeven. [De minderjarige 1] en [de minderjarige 2] zijn een week na hun aankomst in Nederland ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie. De man en de vrouw hebben kinderbijslag voor hen ontvangen. De vrouw heeft [de minderjarige 2] [in het najaar van 2008] in Polen geadopteerd, in welke procedure de man en de vrouw aangaven in Polen hun verblijfplaats te hebben. De feiten en omstandigheden alsmede de gedragingen van de man en de vrouw zijn daarmee echter in strijd. De man en de vrouw wonen in Nederland en de vrouw heeft hier een werkring. Zij zijn met de kinderen naar Nederland gereisd en de kinderen zijn voor zover bekend, behoudens een kort verblijf in de zomer van 2008, niet meer terug geweest in Polen. Door deze gedragingen hebben de man en de vrouw er blijk van gegeven, dat zij met de kinderen in Nederland wilden blijven en de kinderen in Nederland wilden laten opgroeien. Het enkele feit dat zij ook een huis in Polen hebben, doet aan het voorgaande niet af. Zij hebben geen contact gezocht met de raad teneinde beginseltoestemming, vereist om een kind naar Nederland te kunnen overbrengen voor adoptie, te verzoeken. Om vast te kunnen stellen of de stelling van de man, dat hij de biologische vader is van de beide minderjarigen, juist is, is aan de man gevraagd om een DNA-onderzoek te doen verrichten. Dit onderzoek heeft de man geweigerd, zich beroepende op het ontbreken van toestemming van de biologische moeders. Deze is niet vereist en het hof acht de reden voor weigering, mede gelet op de grote belangen die er voor de man en de vrouw op het spel konden staan bij een DNA-onderzoek, niet steekhoudend. Gelet op de wisselende verklaringen die de man over zijn gestelde vaderschap heeft afgelegd, in samenhang met de hiervoor weergegeven feiten en omstandigheden, kan de man niet als biologische vader (verwekker) van [de minderjarige 1] worden aangemerkt.

Op grond van voorgaande feiten en omstandigheden is naar het oordeel van het hof komen vast te staan dat ten deze de man en de vrouw de regelgeving met betrekking tot interlandelijke adoptie

hebben willen omzeilen.

17. Gezien het vorenstaande kan de vraag of sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking, zoals bedoeld in artikel 1:204 lid 1 sub e BW in het midden blijven. In zoverre is deze zaak dan ook niet te vergelijken met de zaak in de zogenaamde “Vietnambeschikking” van de Hoge Raad van 28 april 2006, zodat een beroep daarop faalt. Ook indien achteraf zou worden vastgesteld dat deze nauwe persoonlijke betrekking er zou zijn op het moment van de erkenning, staat het hiervoor overwogene omtrent de omzeiling van de regelgeving inzake interlandelijke adoptie er aan in de weg dat de erkenning in Nederland effect zal sorteren. Naar Nederlands recht is de erkenning van [de minderjarige 1] door de man nietig, nu de man tot deze erkenning niet bevoegd was, omdat hij onder voormelde omstandigheden niet voorafgaande aan de erkenning de rechtbank heeft verzocht vast te stellen dat aannemelijk is dat tussen hem en [de minderjarige 1] een nauwe persoonlijke betrekking bestaat.

18. Aangezien de man naar Nederlands recht niet kan worden aangemerkt als juridische vader van [de minderjarige 1], heeft de rechtbank zijn verzoek om hem op grond van artikel 1:253c BW te belasten met het (gezamenlijk) gezag over [de minderjarige 1] terecht afgewezen.

19. Het hof erkent dat het belang van [de minderjarige 1] centraal dient te staan bij de beoordeling van het verzoek van de man om hem met het ouderlijk gezag over [de minderjarige 1] te belasten. Nu er geen wettelijke basis is voor toewijzing van het verzoek van de man komt het hof echter niet toe aan een afweging van belangen.

20. Gelet op het hiervoor overwogene zal het hof de bestreden beschikking bekrachtigen voor zover daarbij het verzoek van de man om hem met het (gezamenlijk) gezag over [de minderjarige 1] te belasten is afgewezen.

De hoofdverblijfplaats

21. Uit het beroepschrift lijkt te volgen dat de man zijn verzoek om de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige 1] bij hem te bepalen baseert op artikel 1:253a BW. Op grond van gemeld artikel kan de rechtbank op verzoek van de ouders of één van hen een regeling vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Deze regeling kan omvatten de beslissing bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft.

22. Nu het hof de bestreden beschikking zal bekrachtigen voor zover daarbij het verzoek van de man om hem met het (gezamenlijk) gezag over [de minderjarige 1] te belasten is afgewezen, zal het hof de bestreden beschikking eveneens bekrachtigen voor zover daarbij het verzoek van de man om de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige 1] bij hem te bepalen is afgewezen.

23. Mitsdien beslist het hof als volgt.

Beslissing op het hoger beroep

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beschikking voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;

wijst het in hoger beroep meer of anders verzochte af.

» Noot

Een interessante casus die verschillende aspecten van het internationale afstammingsrecht c.q. adoptierecht laat zien. Is hier sprake van een internationale draagmoederschapsconstructie? Dat zullen wij nooit weten omdat de man heeft geweigerd een DNA-onderzoek te laten uitvoeren. Is er hier

sprake van omzeiling van de adoptiewetgeving? Zowel de rechtbank als het hof zijn van mening dat dit het geval is. De vraag rijst echter of dit standpunt voldoende kan worden onderbouwd voor een geslaagd beroep op grond van art. 10 Wca alsmede de exceptieclausule van art. 8 lid 2 EVRM. In deze noot zal ik trachten enige verheldering aan te brengen met betrekking tot de erkenning van de erkenning.

Op grond van art. 10 Wca komen buitenlandse erkenningen in aanmerking voor erkenning in Nederland, mits zij aan een aantal cumulatieve voorwaarden voldoen. Aan deze formele voorwaarden is *in casu* voldaan. Dit is niet het eigenlijke probleem. Discussie wordt gevoerd over de weigeringsgronden, en met name de weigeringsgrond als bedoeld in art. 10 lid 2 aanhef en onder a Wca, te weten een erkenning door een Nederlander die naar Nederlands recht niet bevoegd zou zijn het kind te erkennen. Het doel van dit verbod is het voorkomen van oneigenlijk gebruik van de erkenning waardoor de adoptiewetgeving zou worden omzeild (*Kamerstukken II 26 675*, nr. 3, p. 21). *In casu* is de voorwaarde die is opgenomen in art. 1:204 lid 1 onder e BW van cruciaal belang. Op basis van de terugkoppeling via art. 10 lid 2 Wca kan een in het buitenland tot stand gekomen erkenning in Nederland niet worden erkend indien deze wordt verricht door een Nederlander die getrouwd is met een andere vrouw dan de vrouw uit wie het kind is geboren, tenzij aan één van de twee uitzonderingen is voldaan die worden genoemd in art. 1:204 lid 1 aanhef en onder e BW. Het hof concludeert dat men de reikwijdte van deze bepaling in het midden kan worden gelaten, omdat al vast is komen te staan dat deze erkenning tot doel strekt om de adoptiewetgeving te omzeilen.

Hoewel ik de redenering van het hof kan volgen, heb ik moeite met de conclusie dat deze zaak niet te vergelijken is met de zogenaamde Vietnam-beschikking (HR 28 april 2006, «JPF» 2006/102). In deze zaak stond de vraag centraal of de erkenning in Vietnam van een daar uit een Vietnamese moeder geboren kind door een op dat tijdstip met een andere vrouw gehuwde Nederlandse man hier te lande als rechtsgeldig kon worden erkend. Naar het oordeel van de rechtbank (dat ook in cassatie stand heeft gehouden) voldeed de man – toen hij het kind erkende – materieel aan de eis van art. 1:204 lid 1 aanhef en lid 1 onder e BW, inhoudende dat tussen hem en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestond. De vraag is gerezen of de man voorafgaand aan de erkenning ook toestemming nodig had van de rechtbank. De Hoge Raad heeft dienaangaande overwogen dat "het enkele feit dat deze rechterlijke vaststelling niet aan de erkenning in Vietnam is voorafgegaan, niet het oordeel [kan] dragen dat het erkennen van die handeling op de voet van het bepaalde in art. 10 lid 1 Wca zou leiden tot een gevolg dat strijdig is met de fundamentele beginselen of waarden van de Nederlandse rechtsorde."

Dit betekent dat als een man aan het materiële criterium van art. 1:204 lid 1 aanhef en onder e BW voldoet (namelijk dat er een nauwe persoonlijke betrekking bestaat tussen hem en het kind), de buitenlandse erkenning in Nederland in aanmerking komt voor erkenning zonder dat de man rechterlijke toestemming voorafgaand aan de erkenning heeft verzocht. Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2007 blijkt dat de potentiële relatie, zoals die uit allerlei afspraken en omstandigheden kan blijken, voldoende kan zijn voor het aannemen van *family life*, als bedoeld in art. 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (NJ 2008, 310, m.nt. De Boer). Daarnaast heeft de Hoge Raad vastgesteld dat het niet noodzakelijk is dat de wensvader de biologische vader is van het kind is. De Hoge Raad zei dat er geen twijfel over kan bestaan dat "voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking in voormelde zin niet vereist is dat de man de verwekker, althans de biologische vader van het kind is." (HR 28 april 2006, LJN AU9237, r.o. 3.5).

In de onderhavige uitspraak heeft het Hof 's-Gravenhage zich op het standpunt gesteld dat als vast is komen te staan dat er sprake is van omzeiling van de adoptiewetgeving, men kan terugvallen op de algemene openbare orde exceptie van art. 10 lid 1 jo. 9 lid 1 onder c Wca (hoewel dit niet expliciet is vermeld). De vraag rijst hoe men erachter kan komen wat de bedoelingen van partijen was. Eveneens kan de vraag worden gesteld of de partijbedoelingen subjectief of objectief moeten worden bekeken. Indien vast komt te staan dat partijen gebruik hebben gemaakt van een draagmoeder, staat dan zonder

meer vast dat partijen de adoptiewetgeving willens en wetens hebben willen omzeilen? Dit is mijns inziens niet het geval. Gebruik maken van draagmoederschap kan niet gelijk worden gesteld met een bewuste omzeiling van de adoptiewetgeving (mits een dergelijke draagmoederschapsconstructie ook overeenstemt met de plaatselijke voorschriften). Indien deze redering wordt gevolgd, staan de deuren wagenwijd open voor een massale trek naar het buitenland om kinderen aldaar te erkennen en dus de adoptiewetgeving te omzeilen. Staan de deuren echter al niet open sinds 28 april 2006? Het hof probeert nu grenzen te stellen aan het openhartige beleid dat door de Hoge Raad met de Vietnam-beschikking is ingezet, maar op deze wijze lijkt willekeur het eindresultaat te zijn.

Mijns inziens dient op deze wijze niet aan de weg te worden getimmerd. Er zijn te veel belangen die hierin een rol spelen en de situaties zijn te divers om zulke principiële beslissingen over te laten aan de rechter. De wetgever – zowel nationaal als internationaal – dient zich hier pragmatisch op te stellen en snel met regelgeving te komen. Hopelijk zullen de huidige expertmeetings in nationale en internationale circuits de nodig impuls geven.

I. Curry-Sumner,