

Private life als nieuwe grondslag voor het omgangsrecht van de biologische vader

MR. A.E. BARENSEN

Onlangs heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Hof) een aantal hoopvolle uitspraken gedaan voor biologische vaders. In 2011 deed het Europese Hof uitspraak in de zaak *Schneider tegen Duitsland*.¹ De heer Schneider was een relatie aangegaan met een gehuwde vrouw. Zij werd zwanger, verbrak daarna de relatie en voegde zich weer bij haar echtgenoot. De heer Schneider claimde de biologische vader te zijn. Of hij dat daadwerkelijk was, kwam niet vast te staan. Een jaar eerder deed het Hof uitspraak in een vergelijkbare zaak.² In deze zaak stond wel vast dat klager de biologische vader was van de kinderen. De vrouwen weigerden medewerking aan een omgangsregeling, waarop beide heren een omgangsregeling verzochten aan de rechter. De nationale rechter weigerde dit in beide gevallen. De biologische vaders behoren niet tot de categorie personen die gerechtigd is omgang te verzoeken, aldus de rechters. Het Hof oordeelde echter in beide zaken dat de relatie tussen een biologische vader en zijn kind valt onder het privéleven van de biologische vader. Het niet-ontvankelijk verklaren van deze vaders in hun verzoek tot omgang behelst een inmenging van het recht op bescherming van hun privéleven.³ Biedt dit de biologische vader nieuwe mogelijkheden?

Family life als grondslag voor het recht op omgang

In 1987 oordeelde het Hof dat het wederzijds genot, door een ouder en kind, van elkaars gezelschap een fundamenteel element vormt van het familie- en gezinsleven.⁴ Daarnaast kan family life bestaan tussen het kind en anderen dan de ouder, bijvoorbeeld grootouders en pleegouders.⁵ Ook hen kan op basis daarvan een omgangsrecht toekomen. Tussen een moeder en haar kind bestaat ‘family life’ reeds door de geboorte.⁶ Voor de biologische vader ligt dit anders. Enkel een biologische band is onvoldoende om de bescherming van ‘family life’ uit artikel 8 EVRM in te roe-

pen.⁷ De relatie die hij heeft (gehad) met de moeder is van sterke invloed op de vraag of hem een omgangsrecht met het kind toekomt. Wordt een kind binnen een huwelijk geboren dan is het kind ‘ipso iure part of that family unit’.⁸ Tussen de leden van het gezin bestaat ‘family life’, aan welke relatie de vader een omgangsrecht ontleent.⁹ Tevens kan het gezinsleven dat ontstaat uit een niet-huwelijkse relatie onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM vallen.¹⁰ Het Hof spreekt over ‘de facto family ties’ waarbij een kind eveneens enkel door de geboorte onderdeel uitmaakt van die ‘family unit’. Van belang is dat er sprake moet zijn van een bestendige relatie. Is daarvan geen sprake dan zal de biologische vader bijkomende omstandigheden moeten stellen waaruit blijkt dat er toch ‘family life’ bestaat tussen hem en zijn kind, waarbij de aard van de relatie met de moeder,¹¹

1 EHRM 15 september 2011 (*Schneider tegen Duitsland*).

2 EHRM 21 december 2010 (*Anayo tegen Duitsland*).

3 EHRM 21 december 2010 (*Anayo tegen Duitsland*), par. 62 en EHRM 15 september 2011 (*Schneider tegen Duitsland*), par. 90.

4 EHRM 8 juli 1987 (*W. tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 59.

5 Zie voor family life tussen kind en grootouders EHRM 9 juni 1998 (*Bronda tegen Italië*), par. 51, zie ook EHRM 27 april 2000 (*L. tegen Finland*), par. 101. Zie voor family life tussen kind en pleegouders respectievelijk EHRM 27 april 2010 (*Moretti en Benedetti tegen Italië*), par. 52 en EHRM 17 januari 2012 (*Kopf en Liberda tegen Oostenrijk*), par. 37.

6 EHRM 13 juni 1979 (*Marckx tegen België*).

7 EHRM 1 juni 2004 (*Lebbink tegen Nederland*), par. 37.

8 EHRM 21 juni 1988 (*Berrehab tegen Nederland*), par. 21.

9 EHRM 21 juni 1988 (*Berrehab tegen Nederland*), par. 21.

10 EHRM 18 december 1986 (*Johnston en anderen tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 55. Bevestigd in onder meer EHRM 26 mei 1994 (*Keegan tegen Ierland*), par. 44, EHRM 27 oktober 1994 (*Kroon en anderen tegen Nederland*), par. 30 en EHRM 1 juni 2004 (*Lebbink tegen Nederland*), par. 35.

11 EHRM 27 oktober 1994 (*Kroon en anderen tegen Nederland*), par. 30.

de feitelijke contacten met het kind¹² of een aantoonbare interesse¹³ van de vader in het kind, al dan niet (deels) voor of na de geboorte van het kind,¹⁴ relevante factoren kunnen zijn. In bijzondere gevallen kan ‘intended family life’ voldoende zijn om de bescherming van artikel 8 EVRM te genieten.¹⁵ Van doorslaggevend belang is dat het de biologische vader niet kan worden verweten dat er geen ‘family life’ tot stand is gekomen.¹⁶

Het Nederlandse omgangsrecht

Pas in het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw is het recht op omgang in de wet opgenomen.¹⁷ De eerste regeling zag enkel op de situatie na echtscheiding en voorzag ook niet zozeer in een *recht* op omgang, als gaf het de rechter de discretionaire bevoegdheid een om-

Het niet-ontvankelijk verklaren van deze vaders in hun verzoek tot omgang behelst een inmenging van het recht op bescherming van hun privéleven.

gangsregeling toe te wijzen. In het huidige Nederlandse omgangsrecht is voor de ouder zonder gezag een expliciet recht op omgang opgenomen in de wet.¹⁸ De ouder met gezag ontleent een recht op omgang aan de bestaande gezagsverhouding.¹⁹ Het recht om een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling in te dienen, is voorbehouden aan twee van elkaar te onderscheiden groepen personen: de juridische ouders van een kind en, sinds 1995, derden die in een nauwe persoonlijke betrekking staan tot het kind. De term nauwe persoonlijke betrekking is rechtstreeks ontleend aan de term familie- en gezinsleven uit artikel 8 EVRM.²⁰ Voor de juridische ouders is enkel het juridisch ouderschap voldoende om ontvankelijk te worden verklaard in een verzoek om omgang. Voor derden geldt dat daarvoor bijkomende omstandigheden moeten worden gesteld waaruit de nauwe persoonlijke betrekking met het kind blijkt. Daarna komt de rechter toe aan een belangenafweging om te beoordelen of hij het verzoek inwilligt, waarbij de belangen van alle betrokkenen tegen

elkaar worden afgewogen.²¹ Zoals blijkt uit de casus uit de inleiding is het voor de biologische vader echter niet altijd mogelijk een nauwe persoonlijke betrekking aan te tonen. Hem kan het namelijk door de moeder onmogelijk worden gemaakt een dergelijke band op te bouwen.

Private life als nieuwe grondslag

In de zaken *Schneider* en *Anayo* is door het Hof voor het eerst geoordeeld dat het recht op omgang niet enkel een onderdeel uitmaakt van het recht op ‘family life’, maar dat in het geval van de biologische vader het evenzeer deel uitmaakt van zijn ‘private life’. Het Hof redeneert dat de kwestie in ieder geval onder het privéleven van de klagers valt – hetgeen eveneens wordt beschermd door artikel 8 EVRM – nu de relatie tussen een biologische ouder en zijn kind een belangrijk onderdeel uitmaakt van de identiteit van die ouder.²² Het zonder meer beschermen van een bestaand gezinsverband, zoals in casu door de nationale instanties is gedaan, getuigt niet van een evenwichtige belangenafweging, nu ook de belangen van de biologische vader moeten worden meegewogen. Of er ruimte is voor een omgangsregeling dient immers aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval te worden beslist.²³ Het Hof heeft hiermee een nieuwe maatstaf gegeven aan de hand waarvan de ontvankelijkheid van het verzoek tot omgang van de louter biologische vader moet worden beoordeeld. Het recht op privéleven ziet op iemand zijn persoonlijkheid en zijn identiteit. De reikwijdte laat zich echter niet nauwkeurig definiëren. Het is evenals het begrip ‘family life’ een begrip dat zich leent voor ruime interpretatie. Duidelijk was dat het recht om relaties aan te gaan met andere personen onder de reikwijdte van het recht op privéleven valt. Duidelijk is thans dat het recht van de biologische vader op omgang met zijn kind hier *ook* onder valt, mits na inhoudelijke toetsing komt vast te staan dat dit niet strijdig is met het belang van het kind.

Voorstel wijziging omgangsrecht

Uit bovengenoemde uitspraken blijkt dat het in strijd is met het recht van de biologische vader op bescherming van zijn privéleven om hem, zonder inhoudelijke toetsing, het recht op omgang te ontzeggen.²⁴ Dit noopt tot herziening van het Nederlandse omgangsrecht dat immers uitgaat van ‘family life’ als grondslag voor het recht op omgang.²⁵ Teneinde het huidige Nederlandse omgangsrecht in overeenstemming te brengen met de nieuwe Europese maatstaven inzake het omgangsrecht van de louter biologische vader, stel ik voor een apart omgangsrecht te introduceren voor de louter

12 EHRM 5 november 2002 (*Yousef tegen Nederland*), par. 51. Zie ook EHRM 21 december 2010 (*Anayo tegen Duitsland*), par. 57.

13 EHRM 1 juni 2004 (*Lebbink tegen Nederland*), par. 36. Zie ook EHRM 21 december 2010 (*Anayo tegen Duitsland*), par. 57. Een dergelijke interesse kan bijvoorbeeld blijken uit het uiten van de wens een rol te willen spelen in het leven van het kind (EHRM 22 juni 2004 (*Pini en anderen tegen Roemenië*), par. 143), of uit één of meer (financiële) bijdragen aan de verzorging van het kind (EHRM 1 juni 2004 (*Lebbink tegen Nederland*), par. 38).

14 EHRM 29 juni 1999 (*Nylund tegen Finland*).

15 EHRM 29 juni 1999 (*Nylund tegen Finland*). Dit valt ook af te leiden uit de latere uitspraak EHRM 1 juni 2004 (*Lebbink tegen Nederland*).

16 EHRM 21 december 2010 (*Anayo tegen Duitsland*), par. 57.

17 Artikel 1:161 lid 5 BW (oud).

18 Artikel 1:377a BW. Er geldt thans zelfs een omgangsplicht, mijns inziens een lege huls.

19 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 012, nr. 3, p. 26.

20 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 012, nr. 3, p. 27-28.

21 *Kamerstukken II* 1987/88, 18 964, nr. 8, p. 1.

22 EHRM 21 december 2010 (*Anayo tegen Duitsland*), par. 58 en 62 en EHRM 15 september 2011 (*Schneider tegen Duitsland*), par. 90.

23 EHRM 21 december 2010 (*Anayo tegen Duitsland*), par. 186.

24 De belangenafweging kan niet reeds door de wetgever zijn verdisconteerd in de wet.

25 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 012, nr. 3, p. 27-28.

biologische vader waarin geen nadere eisen worden gesteld aan de ontvankelijkheid.²⁶ Dit kan door in het eerste lid van het huidige artikel 1:377a BW toe te voegen dat het kind tevens recht heeft op omgang met zijn louter biologische vader, die dan ook het recht verkrijgt omgang te verzoeken (lid 2). Onder de louter biologische vader wordt verstaan de verwekker van het kind die niet de juridische vader is. De bekende zaaddonor moet hier ook onder worden begrepen.²⁷ Thans wordt uit het ter beschikking stellen van zaad door een bekende donor ten onrechte afgeleid dat er geen intentie is tot vaderschap. De bekende zaaddonor zou de mogelijkheid moeten hebben om omgang te verzoeken met zijn kind. Voor hem zou in dat geval overigens ook de onderhoudsplicht uit artikel 1:394 BW moeten gelden. Het kind heeft namelijk het recht te weten wie zijn biologische ouders zijn. Het is onwenselijk dat de moeder een positie kan verwerven waarin zij het kind en de vader de mogelijkheid kan onthouden een relatie op te bouwen met elkaar. Voor de onbekende zaaddonor²⁸ ligt dit anders nu de moeder het kind die mogelijkheid niet kan onthouden aangezien anoniem doneren niet meer mogelijk is in Nederland. Daarnaast kan gesteld worden dat het doneren van zaad bij de spermabank duidelijk laat zien dat er geen intentie is tot vaderschap, hetgeen rechtvaardigt dat de onbekende donor niet onder de voorgestelde wetswijziging valt.

Staten zijn verplicht te onderzoeken of het in het belang is van een kind om een relatie op te bouwen met de biologische vader, in het bijzonder waar het omgangsrechten betreft. Dit kan mede de plicht inhouden het biologisch vaderschap te laten vaststellen in een omgangsprocedure wanneer hierover onduidelijkheid bestaat.²⁹ Ik ben er voorstander van deze mogelijkheid te introduceren zonder directe familierechtelijke gevolgen. Dit wordt gerechtvaardigd door het belang van de biologische vader en zijn kind om met elkaar een band te kunnen opbouwen. Het artikel dient de rechter wel de ruimte te bieden hiervan af te zien wanneer dit in strijd is met het belang van het kind. Hier kan aansluiting worden gezocht bij de ontzeggingsgronden voor omgang. Mijns inziens komt dit voldoende tegemoet aan de verplichtingen die het EHRM oplegt, zonder af te doen aan de verplichting uit het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) om het belang van het kind een eerste overweging te laten vormen in elke beslissing die het kind aangaat. Dient de vader, wanneer zijn biologisch vaderschap niet vaststaat en de rechter in het belang van het kind afziet van de vaststelling daarvan, ontvankelijk te worden verklaard? Deze vraag moet ontkennend

worden beantwoord. Door de mogelijkheid het biologisch vaderschap vast te stellen, mits niet schadelijk voor het kind, worden de belangen van de biologische vader voldoende meegewogen.

De wetgever aan zet

De louter biologische vader is voor recht op omgang met zijn kind niet langer afhankelijk van het hebben van ‘family life’ met zijn kind. Hij heeft recht op een inhoudelijke toetsing, nu deze aangelegenheid in ieder geval zijn privéleven raakt. De rechter is verplicht de belangen van alle partijen mee te nemen in zijn beslissing, dus óók die van de biologische vader. De Hoge Raad heeft zich sinds bovengenoemde Europese zaken drie keer uitgelaten over het omgangsrecht van de louter biologische vader.³⁰ In alle

Het Hof heeft hiermee een nieuwe maatstaf gegeven aan de hand waarvan de ontvankelijkheid van het verzoek tot omgang van de louter biologische vader moet worden beoordeeld.

drie de gevallen is door de feitenrechter geoordeeld dat er onvoldoende omstandigheden zijn aangetoond waaruit een ‘nauwe persoonlijke betrekking’ blijkt en zijn de vaders niet ontvankelijk verklaard in hun verzoek tot omgang. Deze biologische vaders hadden mijns inziens echter kans gemaakt wanneer zij zich hadden beroepen op een ander element van artikel 8 EVRM: het privéleven. De rechter was dan genoodzaakt een belangenafweging te maken. Er is werk aan de winkel, zoals professor Bruning terecht opmerkte.³¹ De besproken uitspraken staan geen andere oplossing toe dan dat de wetgever het omgangsrecht voor de louter biologische vader aanpast.

Over de auteur

Mr. Alexandra Barendsen is juriste, projectmedewerker, bij Defence for Children.

26 Enkel een ruimere interpretatie van het omgangsrecht is mijns inziens onvoldoende om tegemoet te komen aan deze nieuwe maatstaven, nu het Nederlandse omgangsrecht gebaseerd is op het ‘family life’ principe. Het zou niet zuiver zijn hieronder nu ook ‘private life’ te verstaan nu dit ook binnen artikel 8 EVRM twee van elkaar te scheiden begrippen zijn.

27 Zaaddonor die door de moeder is uitgekozen buiten een spermabank om.

28 De zaaddonor die zijn zaad heeft afgestaan aan de spermabank. Overigens, onbekend is hij wellicht, maar anoniem sinds 2004 niet meer.

29 EHRM 22 maart 2012 (*Kautzor tegen Duitsland*), par. 76.

Wilt u reageren op dit artikel?

Stuur uw reactie naar personenenfamilierecht@sdu.nl
Een selectie van de reacties kan in een van de volgende afleveringen van REP worden geplaatst.

30 HR 13 juli 2012, LJN BW7010, HR 2 november 2012, LJN BX5798 en HR 14 december 2012, LJN BY1197.

31 M.R. Bruning, ‘Recht op omgang bij private life’, *FJR* 2013-1, p. 1.