

Biologisch vader of verwekker?

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 26 juni 2009, LJN: BH2250 (mrs. J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, J.C. van Oven en C.A. Streefkerk; A-G mr. J.L.R.A. Huydecoper)

Vaderschapsactie; verwekker van een kind als bedoeld in artikel 1:394 BW; stelplicht- en bewijslastverdeling; tegenbewijs door biologische vader van door hem gesteld donorschap.

De feiten¹

- 1 De vrouw is de moeder van de in 2002 geboren dochter.
- 2 De man is alleenstaand.
- 3 Blijkens een in eerste aanleg opgemaakt deskundigenrapport kan uit uitkomsten van DNA-onderzoek worden geconcludeerd dat de man, met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, de biologische vader van de dochter is.
- 4 De dochter verblijft bij de vrouw, die het gezag over het kind heeft.
- 5 Partijen hebben nimmer in gezinsverband samengeleefd.

Het geding in feitelijke instanties²

In dit geding heeft de vrouw op de voet van artikel 1:394 BW de rechtbank verzocht te bepalen dat de man € 500,- per maand zal betalen als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de dochter. Daartoe heeft de vrouw gesteld dat partijen van januari tot 24 oktober 2001 een relatie hebben gehad en dat uit deze LAT-relatie, na gemeenschap van partijen, de dochter is geboren.

De man heeft hiertegen aangevoerd, samengevat, dat hij jegens de dochter niet onderhoudsplichtig is, omdat hij niet haar verwekker is in de zin van artikel 1:394 BW, nu hij nimmer gemeenschap met de vrouw heeft gehad en hij slechts de biologische vader van de dochter kan zijn door spermadonorschap op grond van een tussen partijen in september 2001 gesloten donorovereenkomst. De vrouw heeft bestreden dat zij een donorovereenkomst met de man heeft gesloten en zij heeft – kort gezegd – de echtheid van de door de man in kopie overgelegde donorovereenkomst en van haar daarop geplaatste handtekening betwist.

De rechtbank was van oordeel dat de man door een kopie van de donorovereenkomst over te leggen een begin van bewijs had geleverd. Nadat zij hem in de gelegenheid had gesteld nader bewijs ten aanzien van het bestaan van de donorovereenkomst te leveren dan wel op andere wijze zijn stelling dat hij donor is, te onderbouwen, kwam de rechtbank op grond van wat de man had overgelegd tot de slotsom dat onvoldoende aannemelijk was geworden dat sprake is geweest van een donorovereenkomst dan wel dat de dochter, ingeval zij het kind van de man is, op grond van spermadonorschap is verwekt.

Op verzoek van de man heeft de rechtbank een DNA-onderzoek bevolen en aan de door haar benoemde deskundige de vraag voorgelegd of de man de biologische vader van de dochter kan zijn. Op grond van de conclusie in het door de deskundige uitgebrachte rapport heeft de rechtbank aangenomen dat de man, met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, de (biologische) vader is en heeft zij de man niet meer in de gelegenheid gesteld zijn stellingen omtrent het donorschap nader toe te lichten. Ervan uitgaande dat de man op grond van artikel 1:394 BW onderhoudsplichtig is, heeft de rechtbank bij eindbeschikking het inleidende verzoek van de vrouw toegewezen.

In hoger beroep heeft de man onder meer verzocht de bestreden beschikkingen te vernietigen en alsnog de vrouw niet-ontvankelijk te verklaren in het inleidende verzoek dan wel dit verzoek af te wijzen.

Ter onderbouwing van zijn primaire verweer dat de vrouw niet kan worden ontvangen in haar verzoek op grond van artikel 1:394 BW, aangezien hij slechts donor is en niet verwekker als bedoeld in dit artikel, verwees de man naar de parlementaire geschiedenis van artikel 1:394 BW en daarop gegronde (lagere) rechtspraak. Daarnaast bestreed de man de door de rechtbank tot uitgangspunt genomen bewijslastverdeling ten aanzien van de stelling dat hij verwekker is. Subsidiair keerde de man zich tegen de door de rechtbank bepaalde (ingangsdatum van zijn) maandelijks bijdrage in de kosten van de verzorging en opvoeding van de dochter.

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

2 Ontleend aan de punten 3.2.1-3.2.4 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van

de Hoge Raad.

Het hof heeft de eindbeschikking van de rechtbank deels vernietigd en een lagere maandbijdrage bepaald, maar heeft voor het overige de beschikkingen waarvan beroep bekrachtigd.

Het hof heeft in de rechtsoverwegingen 4.2 tot en met 4.4 het primaire verweer van de man verworpen. Daartoe overwoog het, kort samengevat, dat gelet op de gemotiveerde betwisting door de vrouw van de door de man in het geding gebrachte donorovereenkomst en haar ontkenning dat zij daaronder een handtekening heeft geplaatst, de rechtbank de bewijslast terecht bij de man had gelegd. Ook het hof kwam tot de slotsom dat de man niet erin is geslaagd aan te tonen dat de vrouw de donorovereenkomst heeft ondertekend en dat sprake is van donorschap (rov. 4.2). Gelet op de uitkomst van het, door de man verzochte, DNA-onderzoek en het feit dat de man niet erin is geslaagd aan te tonen dat de dochter op niet-natuurlijke wijze is verwekt, geldt hij volgens het hof als de verwekker van de dochter in de zin van artikel 1:394 BW, op grond waarvan hij jegens haar onderhoudsplichtig is (rov. 4.4).

Het cassatiemiddel³

Het middel bestrijdt met een rechts- en motiveringsklacht het oordeel van het hof dat de bewijslast ten aanzien van het donorschap op de man rust. Betoogd wordt dat het hof aldus heeft miskend dat de vrouw zich heeft beroepen op de rechtsgevolgen van de door haar met een beroep op artikel 1:394 BW gestelde feiten, zodat het in het licht van de gemotiveerde betwisting door de man van de stellingen van de vrouw op grond van artikel 150 Rv aan haar is te bewijzen dat hij de verwekker van het kind is.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door de man tegen de beschikking van het hof gericht cassatiemiddel als volgt.

3.3.1 Bij de beoordeling van deze klachten moet het volgende worden vooropgesteld.

Ingevolge art. 1:394 BW – in zijn huidige redactie ingevoerd bij de op 1 april 1998 in werking getreden Wet van 24 december 1997, Stb. 1997, 772, tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie – is de ‘verwekker van een kind dat alleen een moeder heeft’ als ware hij ouder verplicht tot het voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het minderjarig kind.

Met de wijziging van art. 1:394 BW (vaderschapsactie) heeft de wetgever beoogd tot uitdrukking te brengen dat het hier gaat om een verzoek tegen ‘de verwekker van het kind’, dat wil zeggen ‘de man die samen met de moeder op natuurlijke wijze het kind heeft laten ontstaan’ (zie de Kamerstukken II 1995-1996, 24 649, nr. 3, blz. 8 en 24-25). Volgens de memorie van toelichting valt het begrip ‘verwekker’ niet steeds samen met het begrip ‘biologische vader’ (stuk nr. 3, blz. 8-9).

3.3.2 Uit het vorenstaande volgt dat onder de ‘verwekker van een kind’ als bedoeld in art. 1:394 BW in het algemeen niet wordt begrepen de man die als donor zijn sperma ten behoeve van kunstmatige bevruchting heeft afgestaan met het oogmerk van donorschap. Aan een dergelijk biologisch vaderschap is dan ook geen onderhoudsplicht verbonden als ware de donor ouder van het door die bevruchting verwekte kind.

3.4 Zoals met juistheid in het middel tot uitgangspunt wordt genomen, brengt in beginsel de hoofregel van art. 150 Rv. – dat ingevolge art. 284 in verbinding met art. 798 e.v. in een verzoekschriftprocedure als de onderhavige van overeenkomstige toepassing is tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet – mee dat de moeder van het kind feiten en omstandigheden moet stellen waaruit kan volgen dat de in rechte aangesproken man de in art. 1:394 bedoelde ‘verwekker’ van het kind is in die zin dat hij degene is die samen met de moeder door geslachtsgemeenschap, ‘op natuurlijke wijze’, het kind heeft laten ontstaan.

Als de man gemotiveerd heeft betwist de verwekker te zijn, zal de moeder dit in beginsel moeten bewijzen, bijvoorbeeld door DNA-onderzoek. Wanneer uit dat onderzoek, zoals hier het geval is, met voldoende zekerheid blijkt dat de man de biologische vader is, moet worden aangenomen dat hij tevens de verwekker van het kind is in de zin van art. 1:394 behoudens door hem te leveren tegenbewijs. Dit brengt mee dat indien de man wiens biologisch vaderschap is aangetoond, gemotiveerd betwist dat hij de verwekker is, stellende dat het biologisch vaderschap zijn grond vindt in het feit dat hij als spermadonor is opgetreden, hij dat in geval van betwisting door de vrouw aannemelijk zal hebben te maken, zoals het hof in zijn bestreden rov. 4.2 kennelijk ook heeft geoordeeld. Dit oordeel geeft dus niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Het middel treft derhalve geen doel.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verworpt het cassatieberoep en veroordeelt de man in de kosten van het geding in cassatie.

Noot

1 Inleiding: biologisch vader of verwekker?

In het personen- en familierecht, in het bijzonder in het afstammings- en alimentatierecht, is het van groot belang te weten of een man slechts biologisch vader dan wel tevens verwekker is. De verwekker, dus de man die geslachtsgemeenschap met de moeder heeft gehad, is uiteraard altijd tevens de biologische vader, maar het omgekeerde kan niet worden gezegd. Zo is de (sperma- of zaad) donor wél de biologische vader, maar niet de verwekker, nu hij geen geslachtsgemeenschap met de moeder heeft gehad. Er is immers in geval van een donor sprake van kunstmatige inseminatie of bevruchting (KID). Hierna (punten 2-5) bespreek ik kort de bepalingen uit Boek 1 BW waarin het onderscheid tussen biologisch vader en verwekker relevant is. Vervolgens (punt 6) besteed ik enige aandacht aan de stelplicht- en bewijslastverdeling (art. 150 Rv) en ten slotte (punt 7) maak ik nog een enkele opmerking over de inhoud van de donorovereenkomst zelf.

2 Artikel 1:204 lid 3 BW inzake de vervangende toestemming tot erkenning

Ingevolge artikel 1:204 lid 1, aanhef en onder c, BW is de erkenning nietig, indien zij is gedaan – ingeval het kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt – zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder. Vervangende toestemming van de rechtbank is echter op verzoek van de man die het kind wil erkennen, mogelijk op

3 Ontleend aan punt 3.2.5 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

grond van artikel 1:204 lid 3 BW, indien (1) de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden en (2) de man de verwekker van het kind is. De Hoge Raad⁴ heeft laatstgenoemde bepaling uitsluitend op de verwekker toegepast en dus niet op de donor, die slechts als biologisch vader kan worden beschouwd. Ik heb mij echter afgevraagd of de wetgever er niet verstandiger aan doet de bekende donor gelijk te stellen met de in het slot van deze bepaling bedoelde verwekker.⁵ Ik bedoel dus niet de aanvankelijk⁶ anonieme donor, die uiteraard *a fortiori* niet met een verwekker kan en mag worden gelijkgesteld.

3 Artikel 1:207 lid 1 BW inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap

Voor gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een man – niet te verwarren met de vaderschapsactie van artikel 1:394 BW, waarover meer hierna onder punt 4 – is op grond van artikel 1:207 lid 1 BW vereist dat deze man de verwekker van het kind is dan wel als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (meestal kortweg de ‘instemmende levensgezel’ genoemd). De donor valt niet onder laatstgenoemde bepaling, want hij is niet alleen geen verwekker, maar ook geen instemmende levensgezel. Bij een dergelijke levensgezel moet men vooral denken aan de mannelijke partner van de moeder, die instemt met kunstmatige bevruchting. De donor is uiteraard niet de partner van de moeder. Overigens is het wél mogelijk dat de levensgezel van de moeder weliswaar vruchtbaar is, maar zich niet op natuurlijke wijze kan voortplanten, en dat de moeder kunstmatig wordt bevrucht met zaad van haar levensgezel (KIP, kunstmatige inseminatie met sperma van de partner, te vergelijken met KIE, kunstmatige inseminatie met sperma van de echtgenoot, in geval van een huwelijk⁷), maar ook dan noemt men deze levensgezel doorgaans geen donor. De donor is altijd een derde, een buitenstaander gezien vanuit de relatie van de moeder met een man dan wel met een vrouw.

4 Artikel 1:394 BW inzake de – alimentaire – vaderschapsactie

In de praktijk wordt de hierboven onder punt 3 besproken gerechtelijke vaststelling van het vaderschap vaak ‘vaderschapsactie’ genoemd. Ten onrechte, want vanouds is deze

term, zowel in de literatuur als in de jurisprudentie, gereserveerd voor de alimentaire actie van artikel 1:394 BW.⁸ Blijkens de eerste volzin van dit artikel zijn de verwekker en de instemmende levensgezel, alsof zij (juridische) ouders waren, verplicht te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het minderjarige kind.⁹ De donor is dus niet onderhoudsplichtig. Er is hier sprake van een congruentie tussen de artikelen 1:207 en 394 BW, omdat het in beide bepalingen om zowel de verwekker als de instemmende levensgezel gaat. Waarschijnlijk is dit ook de reden waarom de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in de praktijk vaak vaderschapsactie wordt genoemd.

5 Een tweetal andere bepalingen

Ten slotte wijs ik nog even op artikel 1:200 lid 1, aanhef, BW inzake ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap, welke ontkenning mogelijk is op de grond dat de man niet de biologische vader (dus niet: de verwekker) van het kind is, alsmede op artikel 1:205 lid 1, aanhef, BW inzake vernietiging van de erkenning, welke vernietiging mogelijk is op de grond dat de erkenner niet de biologische vader (dus niet: de verwekker) van het kind is.

6 Stelplicht- en bewijslastverdeling

Hoe zit het nu met de stelplicht- en bewijslastverdeling? Moet de man bewijzen dat hij geen verwekker, maar slechts donor is om aldus een alimentatieplicht in de zin van artikel 1:394 BW te voorkomen, of moet de vrouw bewijzen dat de man verwekker en niet slechts donor is om hem aldus als alimentatieplichtig te kunnen beschouwen? De Hoge Raad zet in de belangrijke rechtsoverweging 3.4 alles nog eens goed op een rijtje.

- 1 In beginsel geldt de hoofdregel van artikel 150 Rv: de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.
- 2 Deze hoofdregel geldt – tezamen met de rest van het bewijsrecht (art. 149-207 Rv) – op grond van de schakelbepaling van artikel 284 lid 1 Rv ook voor de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Onder deze verzoekschriftprocedure valt ook het familieprocesrecht anders dan in scheidingszaken (art. 798-813 Rv).¹⁰

4 HR 24 januari 2003, LJN: AF0205, NJ 2003, 386 (vervangende toestemming tot erkenning; concl. A-G in buitengewone dienst J.K. Molmaker; m.nt. J. de Boer).

5 Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studireeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2009, nr. 185.

6 Aanvankelijk, omdat uiteindelijk het kind, zodra het de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt, in beginsel kan achterhalen wie zijn biologische vader is door middel van kennisneming van de zogenaamde persoonsidentificerende gegevens (ge-

slachtsnaam, voornamen, geboortedatum en woonplaats) in de zin van art. 2 lid 1, aanhef en onder c, jo. art. 3 lid 2 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wet van 25 april 2002, Stb. 2002, 240, in werking getreden deels op 1 januari 2004 en deels op 1 juni 2004, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donoren bij kunstmatige donorbevruchting). Zie Van Mourik-Nuytinck (vorige voetnoot), nr. 174.

7 Om het lijstje met afkortingen compleet te maken kan ik hier ook nog vermelden dat tegenwoordig nogal eens de afkorting KIK, kunstmatige inseminatie met sperma van een kennis, wordt gebruikt

om aan te geven dat het gaat om kunstmatige bevruchting met het zaad van een bekende donor. Aldus gaat het in totaal om de vier afkortingen – in alfabetische volgorde – KID, KIE, KIK en KIP.

8 Aldus ook de Hoge Raad in de tweede alinea van rechtsoverweging 3.3.1 van zijn beschikking.

9 Nadat het kind de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, gaat het om het voorzien in de kosten van levensonderhoud en studie overeenkomstig de art. 1:395a en 395b BW.

10 Voor het familieprocesrecht in scheidingszaken – dat zijn ook verzoekschriftprocedures – zijn de art. 815-828 Rv van belang.

- 3 De genoemde hoofdregel brengt in beginsel mee dat de moeder van het kind feiten en omstandigheden moet stellen waaruit kan volgen dat de in rechte aangesproken man de in artikel 1:394 BW bedoelde verwekker van het kind is.
- 4 Als de man gemotiveerd heeft betwist de verwekker te zijn, zal de moeder dit in beginsel moeten bewijzen, bijvoorbeeld door DNA-onderzoek.
- 5 Wanneer uit dat onderzoek, zoals hier het geval is, met voldoende zekerheid blijkt dat de man de biologische vader is, moet worden aangenomen dat hij tevens de verwekker van het kind is in de zin van artikel 1:394 BW behoudens door hem te leveren tegenbewijs. Anders gezegd: de biologische vader wordt vermoed tevens de verwekker te zijn behoudens tegenbewijs.¹¹
- 6 Dit brengt mee dat, indien de man wiens biologisch vaderschap is aangetoond, gemotiveerd betwist dat hij de verwekker is, stellende dat het biologisch vaderschap zijn grond vindt in het feit dat hij als spermadonor is opgetreden, hij dat in geval van betwisting door de vrouw aannemelijk zal hebben te maken.¹²

Hieruit blijkt hoe belangrijk het bestaan van een donorovereenkomst is en – nog belangrijker – dat deze niet mondeling, maar schriftelijk wordt aangegaan. En als men dan toch met deze materie bezig is, kan men maar beter meteen de gang naar de notaris maken om een authentieke akte, houdende de donorovereenkomst, te doen verlijden. In het onderhavige geval heeft de vrouw namelijk bestreden dat zij een donorovereenkomst met de man heeft gesloten. Zij heeft de echtheid van de door de man in kopie overgelegde donorovereenkomst en van haar daarop geplaatste handtekening betwist (art. 159 lid 2 Rv).¹³ Dit zou waarschijnlijk niet zijn gebeurd als de donorovereenkomst in de vorm van een notariële akte was gegoten.¹⁴ Weliswaar is, gelet op artikel 157 lid 2 Rv, de bewijskracht van een partijverklaring¹⁵ in geval van een authentieke akte (in de zin van art. 156 lid 2 Rv) niet sterker dan die van een partijverklaring in geval van een onderhandse akte (in de zin van art. 156 lid 3 Rv), te weten in beide gevallen dwingend bewijs (in de zin van art. 151 Rv) tussen partijen van de waarheid van de partijverklaring, maar het verschil tussen een onderhandse akte en een authentieke akte is blijkens artikel 157 lid 1 Rv wél dat laatstgenoemde akte tegen eenieder dwingend bewijs oplevert van hetgeen de ambtenaar bin-

nen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen heeft verklaard, hetgeen bij eerstgenoemde akte uiteraard niet aan de orde komt. De onderhavige procedure laat hoe dan ook zien dat het verstandiger is om de donorovereenkomst in een notariële akte neer te leggen.

7 De inhoud van de donorovereenkomst zelf

Wat kan men zoal in een donorovereenkomst regelen? In de praktijk komt men contractuele regelingen tegen van afstammingsrechtelijke, gezagsrechtelijke en omgangsrechtelijke aard. Voorzichtigheid is hier echter geboden, zeker als het gaat om afstammings- en gezagsrecht, omdat men zich hier al snel op een gebied begeeft waarop men vrij behoort te blijven en waaromtrent men vaak in het geheel geen geldige regelingen kan treffen, nu deze zijn voorbehouden aan de wetgever. Aldus kan er al snel strijd met artikel 3:59 in verbinding met artikel 3:40 leden 1 en 2 BW bestaan: de donorovereenkomst die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde dan wel met een dwingende wetsbepaling. Een voorbeeld: als een man ten behoeve van een lesbisch paar als donor wil optreden en vóór de kunstmatige bevruchting met de toekomstige moeder afsprekt dat hij haar na de bevalling niet om schriftelijke toestemming tot erkenning in de zin van artikel 1:204 lid 1, aanhef en onder c, BW zal verzoeken, is deze afspraak naar mijn mening nietig. Ook gezagsrechtelijk zal men niet snel tot geldige, bindende afspraken kunnen komen. In het zojuist gegeven voorbeeld hebben de moeder en de meemoeder, dus de duomoeders, van rechtswege gezamenlijk gezag over het kind, zodra dit is geboren binnen het lesbisch huwelijk of partnerschap (art. 1:253sa BW). Zijn de duomoeders niet met elkaar gehuwd of geregistreerd, dan heeft de moeder in beginsel eenhoofdig gezag over het kind (art. 1:253b BW) behoudens de mogelijkheid voor de duomoeders om de rechtbank te verzoeken hen gezamenlijk met het gezag over het kind te belasten, mits de meemoeder ‘family life’ met het kind heeft, dat wil zeggen: in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat (art. 1:253t BW). Wil de donor een gezagsrechtelijke positie verkrijgen, dan moet er in elk geval een rechter aan te pas komen om dit te realiseren. De donorovereenkomst waarin gezagsrechtelijke afspraken zijn opgenomen, zet dus geen zoden aan de dijk. Omgangsrechtelijk ligt dit enigszins anders, maar ook

11 Het gaat hier dus om een weerlegbaar vermoeden, een ‘praesumptio iuris tantum’, en niet om een onweerlegbaar vermoeden, een ‘praesumptio iuris et de iure’. Art. 3:34 lid 1 BW is een mooi voorbeeld van een bepaling waarin beide vermoedens voorkomen, te weten een onweerlegbaar vermoeden in de eerste volzin (‘wordt geacht’) en een weerlegbaar vermoeden in de tweede volzin (‘wordt vermoed’). Zie ook art. 3:118 lid 2 BW (‘wordt geacht’) tegenover art. 3:118 lid 3 BW (‘wordt vermoed’).

12 In dit verband verwijs ik nog naar de in voetnoot

10 van de conclusie van A-G Huydecoper genoemde ‘recente publicatie van uitstekende kwaliteit’ van V. van den Brink, ‘Stellen, betwisten, bewijzen – een handleiding’, *Praktisch procederen* 2008, p. 89-100, in het bijzonder p. 94-97. Overigens heeft de A-G in de onderhavige procedure geconcludeerd tot vernietiging van de beschikking van het hof; zie voor de reden hiervan in het bijzonder punt 20 van zijn conclusie.

13 Zie rechtsoverweging 3.2.1 van de beschikking van de Hoge Raad.

14 In geval van een notariële akte geldt de

dwingende bewijskracht van deze authentieke akte als bedoeld in art. 157 lid 1 Rv ook voor de echtheid van de handtekeningen van partijen; zie H.L.G. Wieten, *Bewijs*, Studiereeks burgerlijk procesrecht, deel 3, Deventer: Kluwer 2008, p. 38.

15 Met ‘partijverklaring’ bedoel ik hier de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen in de zin van art. 157 lid 2 Rv, dit ter onderscheiding van bijvoorbeeld de partijverklaring in geval van een inlichtingencomparitie in de zin van art. 88 lid 4 Rv.

hier zal de contractsvrijheid niet onbeperkt zijn, omdat het belang van het kind doorslaggevend is en afspraken die omgang met het kind belemmeren of onmogelijk maken, al snel in strijd met artikel 3:59 in verbinding met artikel 3:40 leden 1 en 2 BW zullen zijn. Het lesbische paar kan in de donorovereenkomst met de donor afspreken dat hij na de bevalling omgang met het kind kan krijgen.

Mocht hieromtrent niets worden afgesproken en het lesbische paar niet bereid zijn de donor omgang met het kind te laten hebben, dan kan de donor bij gebreke van vrijwillige medewerking van de duomoeders, althans in geval van 'family life' met het kind, omgang afdwingen op grond van artikel 1:377a BW, zoals deze bepaling luidt sinds 1 maart 2009.¹⁶ ■

¹⁶ Toen trad de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Wet van 27 november 2008, *Stb.* 2008, 500) in werking, welke wet niet alleen het scheidings- en gezagsrecht, maar ook het omgangsrecht ingrijpend heeft gewijzigd, in het bijzonder door de afschaffing van de art. 1:377f en 377h BW en de opnemings van personen met 'family life' die het recht op omgang willen effectueren, in art. 1:377a BW. Zie ook

HR 30 november 2007, *LJN*: BB9094, *NJ* 2008, 310 (*het omgangsrecht van de spermadonor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking met het kind*; concl. A-G L. Strikwerda; m.nt. J. de Boer; *AA* 2008, p. 133-138, m.nt. A.J.M. Nuytinck, *AA*20080133) en HR 11 april 2008, *LJN*: BC3927, *NJ* 2008, 555 (*ontzegging omgangsrecht aan spermadonor*; concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent; m.nt. J. de Boer), in welke beschikking de

Hoge Raad heeft geanticipeerd op de afschaffing van art. 1:377f BW en op de nieuwe redactie van art. 1:377a BW, zodat de ontzeggingsgrond van art. 1:377a lid 3, aanhef en onder d, BW naar de mening van de Hoge Raad terecht door het hof was toegepast op de spermadonor. Vgl. Van Mourik-Nuytinck (voetnoot 5), nr. 234.