

Fout of denkfout: aansprakelijkheidsvragen na adoptiemisstanden

*Mr. dr. K.L. Maes**

1. Inleiding

1.1 Adoptie, adoptiemisstanden en adoptiestop

‘Al red je er maar één’, sprak de schrijver Jan de Hartog in 1967 haast aanmoedigend over adoptie uit het buitenland.¹ De uitspraak markeert de beginfase van grootschalige interlandelijke adoptie in Nederland, met als startschot de Adoptiewet in 1956 en een piek in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw.² De dominante gedachte was dat zowel het kind in een noodsituatie als de aspirant-adoptieouders voordeel hadden bij een adoptie. Adoptie werd als een ‘goeddoen’ gezien.³ In totaal zouden er meer dan 40.000 kinderen uit ongeveer tachtig verschillende landen in Nederland worden geadopteerd.⁴

Deze uitspraak en het opvolgende ‘adoptie-enthousiasme’ staan in schrill contrast met de eerste signalen over adoptiemisstanden eind jaren zestig en de adoptiestop die – na al eerder opschortingen van interlandelijke adoptie in specifieke lan-

den – in mei 2024 in Nederland definitief is geworden.⁵ De aanleiding voor deze interlandelijke adoptiestop is gelegen in de (toenemende) signalen over misstanden bij deze adopties en het vernietigende rapport van de commissie-Joustra in 2021 dat daarop volgde.⁶ Zo ontdekten veel geadopteerden op volwassen leeftijd dat de afstammingsgegevens in hun dossier ontbraken of onjuist of vervalst waren, waardoor hun geboortouders niet traceerbaar waren. In sommige gevallen bleek de geboortemoeder bovendien niet vrijwillig afstand te hebben gedaan van het kind, maar waren kinderen onder dwang of tegen betaling afgestaan.⁷ Enkele geadopteerden stelden de Nederlandse Staat aansprakelijk voor hun onrechtmatig verlopen adoptie.⁸

* Mr. dr. K.L. Maes is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht en als onderzoeker en universitair docent verbonden aan de Universiteit Utrecht.

1 Hij deed deze uitspraak in een televisie-interview. Het citaat is ontleend aan het rapport van de commissie-Joustra over de rol en verantwoordelijkheid van de Nederlandse overheid bij interlandelijke adoptie van kinderen in ten minste de periode 1967-1998, zoals deze commissie is ingesteld door de Minister voor Rechtsbescherming (JenV). Zie Commissie-Joustra, *Rapport Commissie onderzoek interlandelijke adoptie*, 2021, p. 3, online raadpleegbaar via www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/08/tk-bijlage-coia-rapport (hierna: COIA-rapport 2021). Dit rapport komt in het vervolg van deze bijdrage meermaals aan de orde.

2 CBS, *Een halve eeuw adoptie in Nederland*, 30 oktober 2006, online raadpleegbaar via www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2006/44/een-halve-eeuw-adoptie-in-nederland. Vgl. ook *Kamerstukken II 1979/80*, 16194, nrs. 1-2 en COIA-rapport 2021, p. 13-15.

3 Vgl. COIA-rapport 2021, p. 3. Het doel van adoptie bij de invoering in 1956 is geweest om het kind bescherming te bieden door de duurzame band tussen kind en pleegouders juridisch te erkennen. Hiermee werd adoptie gezien als het sluitstuk van jeugdbescherming. Vgl. Punselie, in: *GS Personen- en familierecht*, Boek 1, titel 12 BW, aant. 1.

4 Althans, gerekend tot en met de verschijningsdatum van het COIA-rapport in 2021. Vgl. COIA-rapport 2021, p. 5.

5 Het gaat hier om nieuwe procedures: wie nog een procedure heeft lopen, komt volgens de minister wel voor adoptie in aanmerking. Zie onder meer ‘Nieuwe adopties uit buitenland per direct stopgezet’, *NOS* 21 mei 2024.

6 Het gegeven dat de Nederlandse overheid mogelijk bekend was met en betrokken was bij de misstanden, was voor de Minister voor Rechtsbescherming reden om op 18 april 2019 een onafhankelijke commissie in te stellen. Deze genoemde commissie-Joustra heeft onderzoek gedaan naar mogelijke misstanden die in het verleden bij interlandelijke adopties hebben plaatsgevonden, en heeft onderzocht wat de rol van de Nederlandse overheid was. Zie COIA-rapport 2021, p. 7, zoals hiervoor omschreven en ook in het vervolg van deze bijdrage wordt besproken.

7 COIA-rapport 2021, p. 3 en 7. Tevens volgde uit het advies van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) uit 2016 reeds dat de knelpunten van interlandelijke adoptie niet opwegen tegen de voordelen. Vgl. RSJ, *Bezinning op interlandelijke adoptie*, 14 oktober 2016, p. 65-69 en online raadpleegbaar via www.rsj.nl/documenten/rapporten/2016/10/14/advies-bezinning-op-interlandelijke-adoptie.

8 In deze bijdrage staat enkel de adoptieprocedure van Dilani Butink centraal. Voor enkele andere aansprakelijkheidsprocedures in deze adoptiecontext zij verwezen naar Rb. Den Haag 24 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12780 (adoptie uit Brazilië), Rb. Den Haag 24 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12781 en Hof Den Haag 12 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1716 (adoptie uit Bangladesh). Vgl. Rb. Den Haag 12 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6306 (adoptie uit Haïti). Deze zaken worden wegens de feitelijke verschillen met de onderhavige zaak én het verschillende wettelijke kader dat gold ten tijde van de adoptie in het navolgende onbesproken gelaten.

Een van deze geadopteerden is Dilani Butink, in 1992 geadopteerd uit Sri Lanka (hierna: de vrouw).⁹ Zij is niet in staat gebleken om aan de hand van haar adoptiepapieren haar biologische ouders te vinden. De vrouw meent dat haar adoptie onzorgvuldig tot stand is gekomen, waardoor zij nu in onzekerheid verkeert over haar afkomst en de omstandigheden waaronder zij is afgestaan.

1.2 De inzet van de aansprakelijkheidsprocedure

Naar aanleiding van de televisie-uitzendingen van Zembla in 2017 over misstanden bij adoptie uit (onder andere) Sri Lanka heeft de vrouw in de eerste plaats de stichting aansprakelijk gesteld die bemiddeld heeft bij haar adoptie. Het gaat hier om de Stichting Kind en Toekomst (hierna: de Stichting), een van de twee grootste Nederlandse adoptiebemiddelaars in Sri Lanka.¹⁰ Bovendien verwijt de vrouw de Nederlandse Staat (hierna: de Staat) dat hij beter toezicht had moeten houden op de Stichting. In deze procedure vordert de vrouw een verklaring voor recht dat de Stichting en de Staat onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld en dat zij daarom gehouden zijn om haar schade te vergoeden.

De kernvraag die daaraan voorafgaat, is of de Stichting en de Staat in 1992, gezien de bekende signalen over misstanden bij interlandelijke adopties, een verhoogde mate van zorgvuldigheid hadden moeten betrachten (en dit hebben nagelaten). Het gaat daarbij om een afweging tussen de formele naleving van wettelijke procedures en de plicht tot extra waakzaamheid in het licht van wijdverspreide signalen over misstanden. Nadat de rechtbank Den Haag deze aansprakelijkheid in september 2020 had afgewezen, wees het gerechtshof Den Haag de aansprakelijkheid van zowel de Stichting als de Staat in juli 2022 toe. De Hoge Raad vernietigde in april 2024 op zijn beurt de uitspraak van het gerechtshof, en verwees de zaak terug naar het gerechtshof Amsterdam. Ten tijde van het verschijnen van deze bijdrage ligt de zaak aan dat hof ter beoordeling voor.

De verschillende oordelen in hoger beroep ten opzichte van de eerste aanleg en in cassatie ten opzichte van het hoger beroep leggen de complexiteit en wellicht ook de worsteling van de verschillende rechterlijke instanties met het onderwerp bloot. Het onderhavige artikel strekt tot een bespreking van deze uitspraken en het ingewikkelde onderwerp van adoptiemisstanden dat daartoe aanleiding gaf.

1.3 Afbakening en plan van behandeling

Het 'adoptiedossier' van de afgelopen zeventig jaar is omvangrijk. Hetzelfde geldt voor het onderzoek over en de aandacht voor de misstanden bij interlandelijke adopties. In deze bijdrage wordt dan ook niet beoogd een overzicht te bieden van de

misstanden rondom interlandelijke adopties, noch wordt er naar gestreefd een volledig beeld te schetsen van de precieze gang van zaken tussen de Adoptiewet in 1956 en de adoptiestop in 2024. Wel wordt getracht een – samenvattend – overzicht te bieden in een maatschappelijk beladen, juridisch complex en een met veel zijpaden belaste aansprakelijkheidsprocedure.¹¹ Beoogd wordt zo veel als mogelijk bloot te leggen hoe de verschillende uitspraken zich tot elkaar verhouden en wat de verschillende instanties tot verschillende overwegingen bracht. Daarbij wordt bovendien vooruitgelopen op het arrest van het Amsterdamse gerechtshof.

Concreet is het artikel als volgt opgebouwd. Allereerst worden de belangrijkste feiten van deze zaak geschetst (par. 2) en – voor een goed begrip van de daarna te bespreken uitspraken – wordt vervolgd met het relevante juridische (adoptie)kader (par. 3). Daarop voortbordurend worden de uitspraak in eerste aanleg en hoger beroep (par. 4), de conclusie van A-G Sniijders (par. 5) en de uitspraak van de Hoge Raad (par. 6) besproken. Een analyse en een 'tegengeluid' volgen daarna (par. 7). Besloten wordt met een conclusie (par. 8).

2. Relevante feiten en omstandigheden

2.1 De adoptie

De vrouw is in 1992 in Sri Lanka geboren en als baby vlak na haar geboorte door haar Nederlandse adoptieouders geadopteerd.¹² Blijkens de hierover gewezen uitspraken is over deze adoptie het navolgende bekend.

De adoptieouders van de vrouw hebben in 1990 via de Stichting een jongen geadopteerd uit Sri Lanka en wensten nadien nog een kind te adopteren. De Stichting is een Nederlandse organisatie voor bemiddeling bij interlandelijke adoptie, waartoe zij ook op grond van artikel 15 Wet opnemings buitenlandse pleegkinderen (Wobp) een vergunning heeft.

Met het oog op deze tweede adoptie hebben de ouders een aanvraag ter verkrijging van toestemming voor opnemings van een buitenlands pleegkind ingediend bij het Ministerie van Justitie. Na een gezinsonderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming is de beginseltoestemming door de Staatssecretaris van Justitie in 1991 verleend.¹³ De Stichting heeft vervolgens een voorstel gedaan voor de adoptie van een meisje uit Sri Lanka. De adoptieouders zijn daartoe op 29 decem-

⁹ Ten behoeve van de leesbaarheid wordt de geadopteerde vrouw in het vervolg van dit artikel aangeduid als 'de vrouw', om de wisselende definities van 'eiseres' (eerste aanleg), 'appellante' (hoger beroep) en 'verweerster' (cassatie) te vermijden.

¹⁰ COIA-rapport 2021, p. 91.

¹¹ Voor een uitputtende bespreking van de centraal staande thema's en de behandeling van (meer) zijpaden, zij in het bijzonder verwezen naar A-G Sniijders in zijn conclusie voor HR 19 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:622 (hierna: conclusie van de A-G).

¹² Strikt genomen werd de adoptie pas na inachtneming van een termijn van drie jaar, waarin de vrouw als 'pleegkind' werd aangemerkt, in Nederland erkend. In deze bijdrage wordt desondanks – in lijn met de hierover gewezen uitspraken – het jaar 1992 als het moment van de adoptie aangehouden.

¹³ Een verklaring waaruit volgt dat de aspirant-adoptieouders volgens het Ministerie van Justitie en Veiligheid geschikt zijn om een buitenlands kind te adopteren.

ber 1991 naar Sri Lanka gereisd, alwaar zij dit meisje enkele dagen hebben verzorgd. Het meisje is nadien door haar opa teruggetrokken uit de adoptieprocedure. De directeur van de Stichting stelde de ouders vervolgens gerust dat zij een ander kindje zouden krijgen. Dit is het moment dat de adoptie van de vrouw in beeld komt.

Ongeveer een week later werd een nieuw meisje (te weten: Dilani Butink) aan haar adoptieouders gegeven ter verzorging. Op dat moment was zij een of twee dagen oud. De adoptieouders werden bijgestaan door een Sri Lankaanse advocaat en voerden een gesprek met de Sri Lankaanse Kinderbescherming (hierna: Probation) over de adoptie. Op 4 maart 1992 sprak de Sri Lankaanse rechtbank na een zitting de Sri Lankaanse adoptie uit. Op deze zitting ondertekende een vrouw – die zich voorstelde als de biologische moeder en wier identiteit door de rechtbank werd gecontroleerd – een afstandsverklaring. Dit was volgens de toen geldende Wobp een ter plaatse geldige en naar Nederlandse normen aanvaardbare wijze van afstand doen.

Naast deze afstandsverklaring beschikten de adoptieouders over een geboorteakte en een rapport van de Stichting, waarin de conditie van het kind bij opname en (summier) de situatie van de moeder en de reden voor afstand van het kind werden vermeld. Volgens deze informatie was de biologische moeder ongehuwd zwanger geraakt en gaf de vader aan onvoldoende geld te hebben en op zoek te gaan naar een baan. Van die zoektocht keerde hij echter niet terug, om welke reden de moeder zou hebben besloten het kindje na de bevalling ter adoptie af te staan. In het rapport stonden geen vadergegevens vermeld.

Op 5 maart 1992 heeft een medewerker van de Nederlandse ambassade in Sri Lanka een visum afgegeven voor de baby en dezelfde dag is zij met haar adoptieouders naar Nederland gevlogen. In Nederland is zij ingeschreven bij de gemeente en bij vonnis van 26 januari 1995 is de adoptie naar Nederlands recht uitgesproken door de kantonrechter te Almelo.

Tussen 2009 en 2015 is de (inmiddels) vrouw diverse keren naar Sri Lanka gereisd om op zoek te gaan naar haar biologische ouders, maar zonder succes. De geboorteakte bleek onjuiste informatie te bevatten. Zo bleek dat onder het nummer van haar geboorteakte een andere geboorte geregistreerd was. In het ziekenhuis waar ze zou zijn geboren, stond bovendien geen baby met haar naam als patiënt geregistreerd. De vrouw is ook nadien niet in staat gebleken om aan de hand van haar adoptiepapieren en met de nodige hulp van betrokken instanties haar biologische ouders te vinden.

2.2 Adoptiemisstanden

2.2.1 Signalen van misstanden

In de periode voor en na de adoptie van de vrouw zijn er diverse signalen van adoptiemisstanden in onder andere de Nederlandse media verschenen. Het ging hierbij onder meer over

kinderhandel en illegale adopties van buitenlandse kinderen, waaronder uit Sri Lanka. Vanaf juni 1987 is er zelfs een periode geweest waarin er geen aanvragen voor de opnemings van kinderen voor interlandelijke adoptie in Sri Lanka in behandeling werden genomen. In paragraaf 4.1 en 7.2 wordt nader ingezoomd op de signalen die ten tijde van de adoptie van de vrouw bestonden.

2.2.2 Zembla-rapportages

Een kleine sprong in de tijd: op 17 mei 2017 heeft Zembla in de rapportage ‘Adoptiebedrog’ bericht over jongvolwassenen die vanuit Sri Lanka geadopteerd zijn en die onjuiste of valse papieren hadden. In september 2017 volgde een tweede rapportage over kinderen die door Sri Lankaanse adoptiebemiddelaars waren ‘verkocht’ ten behoeve van adoptie door buitenlanders. Op 28 maart 2018 volgde ten slotte een derde rapportage over de misstanden bij adopties uit Sri Lanka, waaraan de vrouw heeft meegewerkt.

2.2.3 Het COIA-rapport

Na de Zembla-afleveringen uit 2017 over misstanden bij interlandelijke adoptie, stelde de Minister voor Rechtsbescherming op 18 april 2019 een onderzoekscommissie in (hierna: de commissie-Joustra). De commissie-Joustra kreeg de opdracht om onderzoek te doen naar de mogelijke misstanden die in het verleden bij interlandelijke adopties hebben plaatsgevonden en wat de rol van de Nederlandse overheid daarbij was.¹⁴ Op 8 februari 2021 werd het COIA-rapport uitgebracht, waarin geconcludeerd werd dat er onder meer in Sri Lanka sprake was van ernstige structurele misstanden en dat zowel de Staat als de bemiddelaars daarvan op de hoogte waren:¹⁵

‘Het algemene beeld dat uit dit onderzoek naar voren komt is dat in de gehele periode van interlandelijke adoptie, en in alle landen, zich structureel ernstige misstanden hebben voorgedaan en dat de overheid en bemiddelaars vanaf de jaren zestig daarvan op de hoogte waren. In het licht van de opdracht aan de commissie is de passiviteit van de Nederlandse overheid en de focus van de Nederlandse politiek op de belangen van adoptieouders opvallend. De overheid heeft nagelaten in te grijpen waar daar wel aanleiding toe bestond.’¹⁶

14 Overigens was de Nederlandse overheid daar niet een uitzondering in: zo publiceerde ook de Zwitserse overheid in januari 2020 een onderzoeksrapport waarin Sri Lankaanse adoptiemisstanden werden aangekaart. Vgl. S. Bitter, A. Bangerter & N. Ramsauer, *Adoptionen von Kindern aus Sri Lanka in der Schweiz 1973-1997. Zur Praxis der privaten Vermittlungsstellen und der Behörden*, januari 2020, ontleend aan COIA-rapport 2021, p. 7.

15 Zie over de duiding van het rapport onder meer I.N.B.D. Wilbrink, ‘Interlandelijke adoptie na het rapport van de Commissie Joustra: einde van een tijdperk of opmaat naar een nieuw begin?’, *FJR* 2022, afl. 2, p. 41-44. In deze bijdrage komen de hoofdlijnen van het COIA-rapport 2021, kritische kanttekeningen daarbij vanuit de rechtswetenschap en de reactie van de overheid aan bod.

16 COIA-rapport 2021, p. 3.

De relevante bevindingen uit het rapport voor de onderhavige casus worden nader uitgelicht in paragraaf 7.2.

2.2.4 Excuses, maar geen erkenning van aansprakelijkheid

De Minister voor Rechtsbescherming heeft in een reactie op het COIA-rapport laten weten dat de overheid een actievere rol had moeten aannemen om misstanden te voorkomen. Daarbij wordt erkend dat er fouten zijn gemaakt: ‘Al vanaf de jaren ’60 kwamen adoptiemisstanden aan het licht, maar de Nederlandse overheid verzuumde om haar verantwoordelijkheid en verplichting na te komen. De overheid heeft niet gedaan wat er van haar mocht worden verwacht. Ze had een actievere rol moeten nemen om misstanden te voorkomen’, aldus de minister.¹⁷

Op advies van de commissie worden excuses aangeboden.¹⁸ Ook wordt toegezegd een expertisecentrum te zullen oprichten ter ondersteuning van geadopteerden bij juridische vraagstukken en afstammingsonderzoek. De Staat laat zijn verjaarsverweer in hoger beroep bovendien varen, maar erkent – in navolging van de Stichting – geen aansprakelijkheid in dit

specifieke geval.¹⁹ In mei 2024 wordt een definitieve adoptiestop ingesteld.²⁰

3. Intermezzo: de juridische vertrekpunten

3.1 Inleiding

Voor een goed begrip van de omvangrijke uitspraken die in paragraaf 4 samenvattend worden besproken, worden in deze paragraaf allereerst de belangrijkste juridische vertrekpunten bij de beoordeling van de aansprakelijkheden in kwestie besproken. Het gaat daarbij om de grondslag van de aansprakelijkheid (par. 3.2), de beoordeling van die aansprakelijkheid (*ex tunc*) in het licht van de veranderende opvattingen over adoptie (par. 3.3), evenals de hoofdlijnen van de destijds geldende adoptiewetgeving (par. 3.4).

3.2 Verschillen in aansprakelijkheid

Zowel de Stichting als de Staat wordt in deze procedure aangesproken op grond van de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW, waarbij artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM),²¹ de destijds toepasselijke adoptiewetgeving (par. 3.4) en het ongeschreven recht als inkleuring dienen. Alhoewel de wettelijke grondslag voor de aansprakelijkheid dus gelijklopend is, raakt de procedure in de kern twee eigen (conceptuele) aansprakelijkheden.

In de eerste plaats de aansprakelijkheid van de Stichting die direct betrokken was bij de adoptie (als meest primair aangesproken partij).²² De Stichting wordt met name verweten on-

17 De Nederlandse overheid is tekortgeschoten door jarenlang weg te kijken van misstanden bij interlandelijke adoptie en hier niet op in te grijpen, sprak minister Dekker. Hij noemde dat geadopteerden erkenning verdienen van fouten uit het verleden en hulp verdienen in het heden. Deze toespraak van 8 februari 2021 is online raadpleegbaar via www.rijksoverheid.nl/documenten/toespraken/2021/02/08/toespraak-door-minister-dekker-bij-de-in-ontvangstneming-van-het-rapport-van-de-commissie-joustra.

18 Over de relatie tussen excuses en het ‘erkennen van schuld’ heeft Wijntjens – alhoewel niet in deze adoptiecontext – een relevant proefschrift geschreven. Op basis van haar jurisprudentieanalyse komt Wijntjens tot de conclusie dat de toepassing van de wilsvetrouwensleer maakt dat een verklaring waarin excuses worden aangeboden, in uitzonderlijke omstandigheden tot de erkenning van aansprakelijkheid kan leiden. De excuses moeten echter niet op zichzelf gezien worden beoordeeld, maar in samenhang met de andere bewoordingen in de verklaring. Vgl. L.A.B.M. Wijntjens, *Als ik nu sorry zeg, beken ik dan schuld? Over het aanbieden van excuses in de civiele procedure en de medische tuchtprocedure* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 68-73, 123-132 en 293-297. Vgl. ook L.A.B.M. Wijntjens, ‘Excuses voor het verleden: een analyse van civielrechtelijke consequenties’, *O&A* 2023, afl. 3, p. 126-136, waarin zij nader ingaat op de vraag of het aanbieden van excuses voor historisch onrecht gelijk kan worden gesteld aan het erkennen van aansprakelijkheid. Haar conclusie luidt op p. 136 dat er in theorie juridische risico’s kleven aan het aanbieden van excuses voor historisch onrecht, maar enkel als de ontvanger er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de excuses zo bedoeld waren. Dit zal in gevallen van historisch onrecht minder snel worden aangenomen en is misschien zelfs uitgesloten, aldus Wijntjens.

19 Ten tijde van het verschijnen van dit rapport lag de zaak reeds voor bij het gerechtshof Den Haag, zie hierna par. 4.3.

20 *Kamerstukken II* 2023/24, 31265, nr. 128. Naar aanleiding van de aangenomen motie van Kamerlid Van Nispen (SP) (*Kamerstukken II* 2023/24, 33836, nr. 92) werd de regering verzocht met een plan te komen om de interlandelijke adoptie op een zorgvuldige wijze af te bouwen. In een brief van 21 mei 2024 informeerde demissionair Minister voor Rechtsbescherming Franc Weerwind de Kamer over de wijze waarop invulling zou worden gegeven aan de motie. Uit deze brief volgde dat er een afbouwplan wordt opgesteld en dat nieuwe inschrijvingen voor een adoptieprocedure niet in behandeling zouden worden genomen. Duidelijk werd ook dat aangevangen procedures wel blijven doorlopen.

21 Het EVRM blijft als grondslag in het vervolg van deze bijdrage buiten beschouwing. Volstaan wordt met de opmerking dat tussen partijen discussie bestond of de vrouw zich tegenover de Stichting en de Staat rechtstreeks kon beroepen op het EVRM, nu dit verdrag op grond van art. 1 EVRM niet van toepassing is, aangezien de feiten zich in Sri Lanka afspeelden. De A-G sluit zich in zijn conclusie in sub 6.20 bovendien aan bij de overweging van het hof dat voor de vorderingen geen beroep behoeft te worden gedaan op art. 8 EVRM. Er is immers in zoverre sprake van reflexwerking, dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW ten opzichte van beide partijen wordt ingekleurd door het feit dat het in deze zaak gaat om de fundamentele rechten van een pasgeborene (r.o. 6.20).

22 Denkbaar is dat in feitelijke zin een nog meer primaire (derde) partij betrokken is, die verantwoordelijk is voor een eventuele fraude bij de adoptie. Nu niet duidelijk is of hiervan sprake is en welke partij daarvoor dan precies verantwoordelijk kan zijn of kan worden gehouden, en deze mogelijke partij in elk geval niet aangesproken wordt in deze procedure, wordt de Stichting hier als de meest primair aangesproken partij aangemerkt.

voldoende *onderzoek* naar de deugdelijkheid van de adoptie in kwestie te hebben gedaan. In de tweede plaats gaat het hier over de toezichthoudersaansprakelijkheid van de Staat, die als secundaire partij kan worden beschouwd.²³ Zo'n 'secundaire' of 'toezichthoudende'²⁴ partij wordt in de kern verweten het schadeveroorzakende handelen van de primaire partij niet voorkomen te hebben. Het gaat daarbij in essentie om de vraag of de secundaire partij (de Staat) voldoende toezicht heeft gehouden op die primaire partij.²⁵ De verplichting voor de Staat om toezicht te houden vloeit in casu voort uit het feit dat zij de vergunningverlenende partij is. Onder de Wobp was de Staat immers verplicht om toezicht te houden op het handelen van de Nederlandse bemiddelaars met een vergunning, zo wordt in paragraaf 3.4 nader besproken.

Bij de bespreking van de uitspraken in kwestie is het van belang het conceptuele onderscheid tussen deze aansprakelijkheden in gedachten te houden, omdat het blootlegt (en daarmee verklaart) dat de verschillende aansprakelijkheden, ondanks hetzelfde kader van artikel 6:162 BW, anders benaderd zullen worden. Hiermee doel ik met name op de terughoudendheid die bij de aansprakelijkheid van de Staat wel of méér betracht zal worden. De rechtspraak heeft zich in het verleden immers terughoudend getoond in secundaire aansprakelijkheidsprocedures c.q. procedures die toezichthoudersaansprakelijkheid raken.²⁶ Los van de terughoudendheid bij de beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag, blijkt ook het relativiteitsvereiste

van artikel 6:163 BW geregeld aan die aansprakelijkheid in de weg te staan.²⁷

Als verklaring voor deze terughoudendheid wordt in de literatuur (meer in het algemeen) gewezen op de angst voor een uitdijend aansprakelijkheidsrecht, oftewel het verliezen van de grip op dit soort toezichthoudersaansprakelijkheden.²⁸ Het gaat hier ook wel om de vrees voor een zich in Nederland ontwikkelende 'claimcultuur'.²⁹ Dat risico wordt juist ook in de(ze) context van 'historisch onrecht' benadrukt.³⁰ In het verlengde daarvan liggen de zogenoemde 'morele bezwaren' die tegen secundaire aansprakelijkheid pleiten.³¹ De secundaire, toezichthoudende partij is immers niet de (meest) directe veroorzaker van de schade (zij heeft de spreekwoordelijke trekker niet overgehaald), maar wordt wel aansprakelijk gehouden vanwege het niet voorkomen van het schadeveroorzakende gedrag van de primaire partij (die de trekker dus wel overhaalde).³²

Specifiek bij overheidsaansprakelijkheidskwesties (zoals die van de Staat) kan nog een aantal extra argumenten gelden die tegen aansprakelijkheid pleiten (en die bij de aansprakelijkheid van private partijen niet of minder gelden). Zo wordt in de literatuur gewezen op de specifieke positie van de overheid en

23 Zie over het onderscheid tussen de primaire en secundaire partij eerder K.L. Maes, *Secundaire aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2020.

24 Secundaire partijen betreffen veelal partijen die met toezichthoudende taken en verantwoordelijkheden zijn belast, alhoewel het niet noodzakelijkerwijze hoeft samen te vallen. In deze casus is dat wel het geval. Zie verder over dit onderscheid en de verschillende definities Maes 2020, p. 44-45.

25 Bedacht dient te worden dat het bij het onderscheid tussen primaire en secundaire partijen gaat om een *feitelijk* onderscheid (waarin geen direct normatief of causaliteitsoordeel besloten ligt). Bovendien ziet het 'secundaire' aspect dus niet zozeer op de zorgplicht of op de aansprakelijkheid zelf, maar op de partij die wordt aangesproken (hier: de Staat).

26 Hartlief merkt hierover op: '[D]e algemene uitleg van de rechtspraak van de Hoge Raad is dat toezichthouders niet veel te vrezen hebben van het civiele aansprakelijkheidsrecht.' Vgl. T. Hartlief, 'Opwinding in het actuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht: "terughoudendheid in de Kazernestraat"?' in: R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht. Liber amicorum Gerrit van Maanen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 192. Zie in de context van de overheidsaansprakelijkheid ook Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343 (*Vuurwerkkramp Enschede*), sub 11. Vgl. over die terughoudendheid (en de kritiek daarop) ook I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 107-108. Eerder: I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005, p. 216.

27 De relativiteit is in het verleden vaker een stok om mee te slaan gebleken voor het afhouden van secundaire aansprakelijkheid. Dit heeft overigens niet altijd tot bevredigende en logische uitkomsten geleid; te denken valt aan de, in hoger beroep vernietigde, uitspraak Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, m.nt. J.L. Brens en de kritiek van I. Giesen, 'Aansprakelijkheid na de schietpartij in Alphen aan den Rijn: hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?', *WPNR* 2015, afl. 7055, p. 277-279. Zelf ben ik ook kritisch geweest over deze uitspraak en de toepassing van het relativiteitsvereiste: K.L. Maes, 'Het hoger beroep inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn: hoe gerechtigheid zegevierde, en de geest in de fles bleef', *TVP* 2018, afl. 3, p. 75-88.

28 Zie onder meer Giesen 2005, p. 224-225; Giesen 2014, p. 90; J.M. Vermolen & W.H. van Boom, 'Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?', *NTBR* 2017, afl. 8, p. 245; Maes 2020, p. 454-472.

29 A-G Spier in zijn conclusie voor HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, *NJ* 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*), sub 5.39 en 5.52. Zie ook Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343 (*Vuurwerkkramp Enschede*), sub 7, laatste liggende streepje ('koudwaterrees'). Vgl. Giesen 2005, p. 224-225; Giesen 2014, p. 90: '(...) omdat de eerste sporen van een overwaaierende claimbeweging zichtbaar beginnen te worden', waarbij hij de aansprakelijkheden naar aanleiding van het schietincident in Alphen aan den Rijn als voorbeeld neemt. Dat deze angst al lange tijd serieus genomen wordt, volgt uit de brief van de Minister van Justitie over de toenemende 'claimcultuur' in Nederland, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26630, nr. 1, p. 1-21.

30 J. Spier, *De lange schaduw van het verleden. Omgaan met historisch onrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 19: '[A]ls we aanvaarden dat de huidige inzichten over het verleden de norm worden voor het verleden, liggen lawines van procedures en schadevergoedingsclaims in het verschiet.' Zie hierover nader par. 3.3.

31 Giesen 2005, p. 45; Giesen 2014, p. 108. Zie hierover in het kader van de (secundaire) overheidsaansprakelijkheid W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1676 en Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343 (*Vuurwerkkramp Enschede*), sub 6.

32 Zie hierover nader Maes 2020, p. 454-473.

het bezwaar om ten laste van de niet onuitputtelijke publieke financiële middelen een grote secundaire aansprakelijkheidslast van de overheid aan te nemen.³³ Bovendien wordt als verweer tegen (vergaande) aansprakelijkheid regelmatig (en geregeld succesvol) ingebracht dat de overheid beleidsvrijheid – inmiddels wordt gesproken over beleids- en beoordelingsruimte – geniet, en dus tot op zekere hoogte eigen keuzes kan maken.³⁴ Welke beleids- en beoordelingsruimte precies bestaat, moet uiteraard wel worden vastgesteld aan de hand van de toepasselijke wet- en regelgeving (zie nader par. 3.4).

Het voorgaande betekent concreet – zo bespreek ik nader in paragraaf 7.3 – dat de Staat niet per definitie het lot van de Stichting deelt, als vast zou komen te staan dat er genoeg signalen waren voor de Stichting om destijds anders te handelen in deze specifieke adoptiezaak. Het benadrukt dat de eigen primaire aansprakelijkheid van de Stichting en de secundaire of toezichthoudersaansprakelijkheid van de Staat beide op hun eigen merites beoordeeld moeten worden. Beide partijen moet een zelfstandig verwijt te maken zijn dat tot aansprakelijkheid noopt, waarbij de vraag naar de aansprakelijkheid van de Staat dus in het bijzonder terughoudend moet worden beoordeeld, zo zal ook de Hoge Raad in deze kwestie expliciet overwegen.

3.3 De beoordeling van veranderende opvattingen *ex tunc*

In de onderhavige zaak gaat het om de aansprakelijkheid van de Stichting en de Staat voor hun (nalatig) handelen bij een adoptie die plaatsvond in 1992. A-G Snijders merkt in zijn hierna te bespreken conclusie op dat de maatschappelijke opvattingen over interlandelijke adopties, en de verandering waaraan deze onderhevig zijn, grotendeels de crux van deze zaak zijn. In (het tweede gedeelte van) de vorige eeuw werd adoptie immers al snel in het belang van het kind geacht en werd informatie over de herkomst niet als harde eis gezien. Nu denken we daar anders over, omdat we nu weten hoe groot dat belang is.³⁵ Maar in hoeverre kunnen deze veranderde maatschappelijke opvattingen en de kennis van nu meespelen in de beoordeling van de ter tafel liggende aansprakelijkheid?

In principe niet. Uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht is immers dat de beoordeling moet plaatsvinden naar de geldende maatstaven ten tijde van de verweten gedragingen. De aansprakelijkheid moet dus, met andere woorden, *ex tunc* worden getoetst. De rechtbank Den Haag overweegt hierover in een andere adoptiezaak expliciet dat de rechtbank de verwijten moet beoordelen ‘aan de hand van de toen bestaande kennis en maatschappelijke opvattingen over adoptie’, en ‘informatie die na die tijd beschikbaar is gekomen of maatschappelijke

lijke en rechtsontwikkelingen die zich sindsdien hebben voorgedaan, moet zij buiten beschouwing laten’.³⁶ Bij de beoordeling van wat destijds als onrechtmatig diende te worden aangemerkt, zal de rechter (wel) aanknopingspunten zoeken bij geschreven teksten (zoals wetgeving, beleidsnota’s of parlementaire stukken).³⁷

Ook in het kader van het slavernijverleden is er veel geschreven over aansprakelijkheidsmogelijkheden na ‘historisch onrecht’ en over de in het verleden daarvan liggende vraag hoe die gedragingen dan beoordeeld moeten worden. Vanwege het evident verwerpelijke karakter van slavernij is het immers verleidelijk om onze opvattingen van nu te projecteren op het verleden. Onder meer Spier waarschuwt tegen dit gevaar van ‘hindsight bias’, stellende dat het ‘uitermate gevaarlijk is om de geschiedenis te willen herschrijven’.³⁸ Ook in deze context wordt als uitgangspunt gehanteerd dat de onrechtmatigheid moet worden beoordeeld naar de destijds geldende maatstaven. Het aansprakelijkheidsrecht leent zich er immers niet voor om handelen dat destijds niet afkeurenswaardig was, nu alsnog aan te merken als onrechtmatig, aldus Spier.³⁹ Ook Loth wijst erop dat dit in het geval van slavernij bovendien de absurde consequentie zou hebben dat de nabestaanden van slaven met succes een vordering tot schadevergoeding kunnen instellen, terwijl de slaven dat zelf niet konden.⁴⁰ Loth plaatst wel de kanttekening dat het voorgaande niet per definitie betekent dat in ernstige gevallen van historisch onrecht de onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven ontbrak en dus geen grond voor aansprakelijkheid bestaat.⁴¹

Kortom, het vertrekpunt is dat de beoordeling van de onrechtmatigheid *ex tunc* getoetst moet worden. Maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen hebben immers geen terugwerkende

33 Zie hierover nader Van Boom & Giesen 2001, p. 1675 e.v.; A-G Hartlief in zijn annotatie onder HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343 (*Vuurwerkkramp Enschede*), sub 7.

34 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (*DNB/Vie d’Or*), r.o. 4.2.2 en HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, *NJ* 2017/372 (*Arbeidsinspectie*), r.o. 3.4.3. Vgl. conclusie van de A-G, sub 7.2.

35 Zie conclusie van de A-G, sub 10.3-10.4.

36 Rb. Den Haag 24 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12781, r.o. 5.4. In hoger beroep is deze toets niet met zoveel woorden verwoord, maar ook daar wordt gekeken naar de situatie van destijds, vgl. Hof Den Haag 12 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1716, r.o. 6.15.3. Een vrijwel identieke overweging staat in Rb. Den Haag 24 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12780, r.o. 4.7.

37 M.A. Loth, ‘Houdbaar recht: over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht’, in: M.A. Loth & L.P.W. van Vliet, *Recht over tijd. Hoever reikt het privaatrecht in het verleden? Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2018*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 30.

38 Spier 2016, p. 11. Ontleend aan en zie verder hierover M.A. Loth, ‘Too big to restore: over aansprakelijkheid voor historisch onrecht’, *AVeS* 2017, afl. 2, p. 73. Vgl. ook het redactioneel van I. Giesen, ‘Ingehaald door de geschiedenis... tijdloze vragen voor de toekomst: historisch onrecht’, *NTBR* 2017, afl. 5, p. 145-146, waarin gerefereerd wordt aan de eerdergenoemde afscheidsrede van Spier (Spier 2016) en fundamentele vragen die over procedures vanwege historisch onrecht worden gesteld. Zie (nadien) ook W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, ‘Gedrag van toen, normen van nu?’, in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 52-56.

39 Vgl. Loth 2018, p. 31, (ook) refererend aan de afscheidsrede van Spier 2016.

40 Spier 2016, p. 19. Vgl. Loth 2018, p. 31.

41 Loth 2018, p. 33, met verwijzing naar het voorbeeld van de vrouwen die tussen 1860 en 1973 tegen hun wil tewerk zijn gesteld bij de Zusters van de Goede Herder. Bespreking van de volledige discussie hieromtrent in het kader van historisch onrecht gaat deze bijdrage te buiten; verwezen zij naar de voornoemde bronnen (waaronder uitvoerig Loth 2018).

kracht.⁴² Over dit principiële vertrekpunt zie ik – in tegenstelling tot de uitwerking ervan – tussen de verschillende betrokken instanties in deze adoptiezaak geen discussie.⁴³

3.4 De destijds geldende regelgeving in vogelvlucht

Voor de beantwoording van de vraag of de Stichting en de Staat in het onderhavige geval ook daadwerkelijk onrechtmatig hebben gehandeld, is (dus) het ten tijde van de adoptie geldende wettelijke kader relevant. De wettelijke adoptieregelingen, alsmede de achtergrond en de totstandkoming daarvan, worden uitvoerig besproken in de conclusie van A-G Snijders.⁴⁴ Op hoofdlijnen heeft hierover het volgende te gelden.

Toen de vrouw werd geadopteerd, was er nog geen verdrag dat de opnemings in het gezin en de adoptie regelde.⁴⁵ In 1989 is wel de Wobp in werking getreden.⁴⁶ De Wobp hield drie kernverplichtingen in voor de Stichting, te weten:

1. alleen bemiddelen bij adoptie in het belang van het kind;
2. geen winstoogmerk of onevenredig hoge vergoeding; en
3. het verzamelen van zo volledig mogelijk informatie omtrent de afkomst en achtergrond van het kind in het land van herkomst.⁴⁷

De meest relevante bepalingen voor de onderhavige kwestie laten zich als volgt uitlichten.

Artikel 15 Wobp verbood bemiddeling zonder vergunning en schreef voor dat een vergunning alleen kon worden verstrekt aan een bemiddelaar die zonder winstoogmerk bemiddelde in

gevallen waarin de opnemings in het belang van de betrokken kinderen kon worden geacht. Artikel 8 Wobp schreef onder sub d en e de overlegging van bescheiden voor waaruit, kort gezegd, zou blijken van de afstand door de biologische ouders en de instemming van de autoriteiten van het land van herkomst. Het eveneens in 1989 tot stand gekomen Besluit opnemings buitenlandse pleegkinderen (Bobb)⁴⁸ bevatte bovendien nadere gedragsregels voor de werkzaamheden van een vergunninghouder (zoals de Stichting). Een van de verplichtingen in artikel 17 sub d Bobp betrof het vergaren van zo volledig mogelijke gegevens met betrekking tot de afkomst en de achtergrond van het buitenlandse pleegkind in het land van herkomst.

Of naar behoren afstand was gedaan van het kind voor adoptie en of een interlandelijke adoptie in het belang van het kind was, werd dus beantwoord naar het nationale recht van het land waar het te adopteren kind geboren werd en door de bevoegde instanties van datzelfde land. Het Nederlandse recht regelde de voorwaarden voor de ouders.⁴⁹ Dat betekende echter niet dat de Nederlandse bemiddelaars volledig blind op die buitenlandse procedure mochten varen. In de parlementaire geschiedenis werd immers opgemerkt dat er een noodzaak bestond om over informatie over de achtergrond van het kind te beschikken teneinde tot een ‘oordeelkundige plaatsing te komen’.⁵⁰ Uit de relevante stukken kan bovendien worden afgeleid dat de wetgever er destijds van uitging dat de bemiddelaar moest nagaan of de adoptie in het belang van het kind was, en dat er geen kinderen mochten worden opgenomen ten aanzien van wie onzekerheid bestond of afstand in het land van herkomst op regelmatige wijze tot stand was gekomen:

‘(...) De instelling dient zich te verplichten alleen in die gevallen te bemiddelen, waarin zij heeft kunnen vaststellen dat: – de afstand door de ouder(s) of voogd van het kind in het land van herkomst op regelmatige wijze heeft plaatsgevonden; – de instemming met een toekomstige adoptie in Nederland door de bevoegde autoriteiten in het land van herkomst van het kind is verleend.’⁵¹

Ook blijkt uit een passage uit de memorie van toelichting bij het ontwerp-Wobp dat adoptie slechts in beeld kon komen als ‘iedere andere vorm van hulp aan het kind in het land van herkomst ontbreekt en ook niet kan worden gevonden’, en dat de vergunninghouders – waaronder de Stichting – zich aan dit uitgangspunt moesten houden.⁵² De wetgever onderkende wel dat deze informatie niet altijd verkrijgbaar zou zijn en de volledige zekerheid over de juistheid van de informatie ook niet altijd zou kunnen worden verkregen. Het betrof volgens de mi-

⁴² Hierover ook Wijntjens in haar annotatie onder de eerdergenoemde uitspraak van de rechtbank over de adoptie uit Bangladesh, L.A.B.M. Wijntjens, annotatie bij Rb. Den Haag 24 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12781, JA 2024/13, p. 122.

⁴³ Het is immers maar de vraag of het gerechtshof Den Haag dit vertrekpunt in de onderhavige zaak wel heeft miskend. Hij overweegt in r.o. 6.21 van zijn arrest immers expliciet dat ‘het handelen en nalaten van de Stichting en de Staat “ex tunc” getoetst moet worden, en dus niet met “wijsheid achteraf” moet worden beoordeeld’. De A-G meent echter dat het hof dit vertrekpunt in de verdere beoordeling uit het oog heeft verloren, zoals in par. 4 nader besproken wordt. Maar over de principiële vraag of de onrechtmatigheidsvraag in kwestie al dan niet *ex tunc* moet worden getoetst, zie ik dus geen discussie.

⁴⁴ Conclusie van de A-G, sub 4.1 e.v. Veel bronnen genoemd in het vervolg van deze subparagraaf zijn ontleend aan deze conclusie.

⁴⁵ Het Haags Adoptieverdrag is in 1993 tot stand gekomen, en dus na de adoptie van de vrouw, om welke reden dit verdrag verder buiten beschouwing gelaten wordt.

⁴⁶ De wet van 8 december 1988, houdende regelen inzake de opnemings in Nederland van buitenlandse pleegkinderen, *Stb.* 1988, 566. Op 14 mei 1998 is deze wet aangepast aan het Haags Adoptieverdrag van 29 mei 1993 en is de naam gewijzigd in Wet opnemings buitenlandse pleegkinderen *ter adoptie* (afgekort: Wobka). De adoptie van de vrouw heeft echter onder de oude wet uit 1988, in werking getreden op 15 juli 1989, plaatsgevonden, om welke reden de Wobka in deze bespreking buiten beschouwing blijft.

⁴⁷ De Wobp regelde daartoe drie onderwerpen: (1) de beginseltoestemming (art. 2-7), (2) de voorwaarden voor binnenkomst in Nederland van het in Nederland te adopteren buitenlandse pleegkind (art. 8-10) en (3) een vergunningstelsel voor bemiddelaars (art. 15-24). Zie conclusie van de A-G, sub 4.9. Bespreking van het volledige wettelijke systeem gaat deze bijdrage te buiten; in het navolgende worden de belangrijkste bepalingen voor de onderhavige kwestie uitgelicht.

⁴⁸ Besluit van 4 juli 1989, houdende vaststelling van het Besluit opnemings buitenlandse pleegkinderen en wijziging van het Uitvoeringsbesluit Kinderbescherming, *Stb.* 1989, 262.

⁴⁹ E.N. Frohn, ‘Adoptie in het Nederlandse IPR: een overzicht’, *FJR* 1994, afl. 7, p. 152. Vgl. conclusie van de A-G, sub 4.6.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1987/88, 20046, nr. 6, p. 11.

⁵¹ *Kamerstukken II* 1979/80, 16194, nrs. 1-2, p. 24-25.

⁵² *Kamerstukken II* 1986/87, 20046, nr. 3, p. 19.

nister daarom uitdrukkelijk een *inspanningsverplichting* om die (juiste) informatie te verkrijgen.⁵³

Kortom, de Nederlandse vergunninghoudende bemiddelaars – zoals de Stichting – mochten op basis van het destijds geldende wettelijke systeem in beginsel afgaan op de oordelen van de betrokken buitenlandse instanties (zoals de Sri Lankaanse). Op deze partijen rustte wel de inspanningsverplichting om enerzijds na te gaan of de vereiste buitenlandse procedures naar behoren waren doorlopen en anderzijds zo veel mogelijk achtergrond- en afstammingsgegevens te verzamelen.⁵⁴

De voorgaande bepalingen sippelen door in de verplichtingen van de Staat, nu het leidende vertrekpunten zijn bij het uit te oefenen toezicht op de Stichting. Ingevolge artikel 25 lid 1 Wobp moest door de Staat toezicht worden gehouden op de naleving van – kort gezegd – de verplichtingen van de vergunninghouder. Zo moest de vergunninghouder onder meer op grond van artikel 23 lid 2 Wobp jaarlijks verslag doen aan de minister van zijn werkzaamheden in en buiten Nederland. Artikel 26 Wobp gaf de ambtenaren die belast waren met het toezicht bovendien de bevoegdheid om inlichtingen in te winnen. Ook de memorie van toelichting bij het ontwerp-Wobp vermeldt expliciet dat deze wet voorzag in toezicht op de activiteiten van de vergunninghouders.⁵⁵

4. De procedures in lagere instanties

4.1 De signalen als onderbouwing van de vordering

De vrouw heeft de aangesproken partijen in deze procedure verschillende verwijten gemaakt van onzorgvuldig handelen bij haar adoptie. Ter onderbouwing van dat onzorgvuldig handelen stelt de vrouw dat vóór en ten tijde van haar adoptie al verschillende concrete aanwijzingen voor het bestaan van misstanden bestonden, hetgeen tot nader onderzoek van de Stichting had moeten leiden. De vrouw verwijt daarnaast de Staat dat hij er al jaren van op de hoogte was dat in Sri Lanka sprake was van omstandigheden waarin niet was veiliggesteld dat adopties in het belang van het kind waren. Hierbij wijst de vrouw op de volgende signalen van misstanden, die door A-G Snijders en de Hoge Raad ook als zodanig worden gepresenteerd (in respectievelijk sub 2.1 en r.o. 2.2):

- In 1976-1993 zijn in de Nederlandse media berichten verschenen over illegale adopties van buitenlandse kinderen uit diverse landen. Daarbij is ook aandacht besteed aan misstanden in Sri Lanka en maatregelen daartegen van de Sri Lankaanse overheid. Ook in de Sri Lankaanse media is bericht over illegale adopties vanuit Sri Lanka.
- In adviezen uit 1982 en 1983 heeft de toenmalige Raad voor het Jeugdbeleid naar aanleiding van een wetsvoorstel twijfel geuit over de gang van zaken bij een deel van de in-

terlandelijke adopties en gewezen op de mogelijkheden van controle en eisen aan bemiddelingsbureaus. Hij wees daarbij expliciet op onzorgvuldige bemiddeling.

- In een brief uit 1987 schreef de Raad voor de Kinderbescherming aan de commissie voor Justitie dat medewerkers regelmatig berichten ontvangen die ernstige vragen oproepen over de betrouwbaarheid van de situatie waarin de moeder afstand deed van haar kind en van de bemiddeling en de matching. Ook hier wordt expliciet verwezen naar ‘de situaties rond afstand en bemiddeling op Sri Lanka’.
- Vanaf 1987 is er een periode een adoptiestop geweest in Sri Lanka voor buitenlandse adopties vanwege perspublicaties binnen en buiten Sri Lanka over onregelmatigheden bij adoptiebemiddelingen.⁵⁶
- Tijdens de parlementaire behandeling van de Wobp wordt de problematiek bij Sri Lankaanse adopties meermaals besproken.⁵⁷
- In een memorandum uit 1990 van het Nederlandse consulaat te Colombo – de hoofdstad van Sri Lanka – wordt melding gemaakt van een krantenbericht van eind 1989 waarin aandacht wordt gevraagd voor het verschijnsel ‘baby farms’, en opgemerkt wordt dat dit ook in Sri Lanka als moreel verwerpelijk wordt gezien, maar dat er handig wordt ingespeeld op de wens van velen in de westerse wereld om kinderen te adopteren.
- In een memorandum van (ook) het Nederlandse consulaat te Colombo uit 1991 is vermeld dat er wekelijks in Sri Lanka artikelen verschijnen waarin gewezen wordt op wijzigingen van de Sri Lankaanse wetgeving. Dit lijkt te zijn ingegeven door mediaberichten over een ‘levendige babyhandel’.
- In een memorandum van het Nederlandse consulaat te Colombo uit 1991 wordt melding gemaakt van de arrestatie van een aantal personen (werkend bij een andere bemiddelaar) die betrokken zouden zijn bij de adoptie van illegaal geselecteerde baby’s, althans kinderroof. Dit memorandum is bij brief van 10 september 1991 door het Ministerie van Buitenlandse Zaken doorgeleid naar het Ministerie van Justitie. Het Openbaar Ministerie is verzocht een onderzoek in te stellen – mede naar aanleiding van een publicatie in het dagblad *Trouw* van 6 februari 1991 over illegale adoptie – en concludeert dat niet is gebleken van illegale bemiddeling met winstoogmerk noch van (grootscheepse) kinderhandel.
- Op 11 maart 1992 is in Sri Lanka de adoptiewetgeving gewijzigd, die vereist dat het te adopteren kind afkomstig is van een weeshuis dat vijf jaar wettelijk is geregistreerd.

⁵³ *Kamerstukken II* 1987/88, 20046, nr. 6, p. 11.

⁵⁴ Zie conclusie van de A-G, sub 4.18-4.20.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1986/87, 20046, nr. 3, p. 2. Zie conclusie van de A-G, sub 7.9-7.10.

⁵⁶ Ongeveer een jaar later, vanaf september 1988, stond Sri Lanka buitenlandse adopties gedeeltelijk weer toe. Hier waren wel voorwaarden aan verbonden. Zo mochten alleen nog kinderen uit staatshuizen worden geadopteerd en bepaalde de Sri Lankaanse Kinderbescherming de toewijzing van een kind. In maart 1992 werden deze bepalingen in striktere wetten regelgeving verankerd. Vgl. COIA-rapport 2021, p. 96.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1987/88, 20046, nr. 6, p. 3.

In paragraaf 7.2 worden deze signalen nader uitgewerkt, aanvullend met de signalen die uit het COIA-rapport zijn af te leiden, en geplaatst in het licht van de specifieke omstandigheden van dit geval, zoals de (snelle) babywissel.

De Staat en de Stichting hebben de standpunten van de vrouw tot aan de Hoge Raad bestreden. In beginsel mocht, zo stellen zij, worden uitgegaan van de juistheid van de bevindingen van de plaatselijke autoriteiten. Bovendien zouden de hiervoor genoemde misstanden geen betrekking hebben op adopties waarbij bestaande Nederlandse bemiddelaars of de door hen ingeschakelde buitenlandse bemiddelaars betrokken waren. Aanwijzingen dat er ook bij de reguliere interlandelijke adopties – zoals bij de vrouw – sprake was van misstanden, zouden er dus niet zijn geweest. Daarbij moet ook worden bedacht dat deze adoptie plaatsvond toen interlandelijke adoptie vanuit Sri Lanka weer mogelijk was, nadat Sri Lanka het tijdelijke verbod daarop had opgeheven en de procedures juist waren aangescherpt.

4.2 De rechtbank Den Haag

De rechtbank Den Haag heeft bij vonnis van 9 september 2020 de vorderingen van de vrouw afgewezen.⁵⁸ De rechtbank neemt hierbij als uitgangspunt dat er op basis van de beschikbare informatie onvoldoende aanwijzingen zijn om de stellingen van de vrouw, dat haar adoptiepapieren vals zijn en dat zij het slachtoffer is van illegale adoptiepraktijken in Sri Lanka, voor juist te houden. De rechtbank benadrukt dat de grote hoeveelheid mediaberichten over de zogenoemde misstanden geen betrekking had op deze adoptie zelf. Daarnaast heeft de rechtbank het beroep dat de Staat en de Stichting op verjaring hebben gedaan, gegrond verklaard.

4.3 Het gerechtshof Den Haag

Zoals gezegd, heeft de Staat na de aangenomen motie en het COIA-rapport besloten zich in adoptieprocedures als de onderhavige niet langer op verjaring te beroepen. De Stichting heeft zich in hoger beroep wel (weer) op verjaring beroepen, maar tevergeefs. Het beroep op verjaring is volgens het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De redenen daartoe zijn gelijklopend aan de redenen voor toewijzing van de vorderingen van de vrouw, en laten zich als volgt samenvatten.

Naar het hof oordeelt,⁵⁹ mocht van *de Stichting* redelijkerwijs worden verwacht dat zij op de hoogte was van de signalen over misstanden en dat dit reden voor haar was om maximale zorgvuldigheid en oplettendheid te betrachten, ook waar aan de in Sri Lanka voorgeschreven formaliteiten zoals rechterlijke goedkeuring was voldaan (r.o. 6.25). Het onderzoek en de controle van de Sri Lankaanse autoriteiten en instanties hadden de eerdere misstanden immers ook niet weten te voorkomen.

De Stichting had dus *meer moeite moeten doen* om zo veel mogelijk informatie te verkrijgen over de redenen voor afstand en over de afkomst van een te adopteren kind. Zij had geen genoeg mogen nemen met de verschaft summier informatie (r.o. 6.26). Dat geldt temeer gezien de duidelijke signalen over misstanden bij interlandelijke adopties (ook bij adopties uit Sri Lanka), en vanwege de omstandigheden waaronder de vrouw op zo korte termijn naar voren werd geschoven als te adopteren kind. Dit had bij de Stichting – die deze ‘babywissel’ aldus heeft gefaciliteerd – de vraag moeten doen rijzen of bij deze adoptie sprake is geweest van ‘babyhandel’ of vergelijkbare ongeoorloofde praktijken, of op zijn minst van een minder dan zorgvuldige procedure (r.o. 6.26-6.27). Maar wat had de Stichting dan precies wél of anders moeten doen? Het hof concretiseert zijn verwachtingen van de Stichting in retrospectief door in r.o. 6.26 te overwegen:

‘(...) Het lag op de weg van de Stichting om een en ander te verifiëren en om na te gaan of en hoe was onderzocht (onder meer) *dat de biologische moeder op naar Nederlandse maatstaven aanvaardbare wijze afstand had gedaan van haar kind en dat zo volledig mogelijke en juiste afstammingsgegevens waren verzameld. Uit niets blijkt echter dat de Stichting dit heeft gedaan.* Zo is onduidelijk hoe het mogelijk was dat [appellante] *zo snel kon worden aangeboden* (met name nu uit de stukken blijkt dat normaliter sprake was van een wachtlijst), *wanneer en hoe vaak met de biologische moeder is gesproken, hoe en op wiens initiatief het contact tot stand is gekomen, of ook met familie is gesproken om te onderzoeken of [appellante] door hen kon worden opgevoed (en zo nee, waarom niet?), waarom de naam van de vader niet is vermeld* en of daar wel naar is gevraagd, enzovoort. Voor zover het al zo was dat bepaalde informatie ook door Probation en/of de lokale bemiddelaars *niet te achterhalen* was, had in elk geval ook daarover *uitleg moeten worden gevraagd.*’ (cursivering KM)

Ook *de Staat* had volgens het hof redelijkerwijs bekend moeten zijn met de signalen van structurele misstanden (r.o. 6.31). Gelet op de hiervoor geschetste signalen moest ook de Staat beseffen dat de betrokkenheid van de Sri Lankaanse autoriteiten kennelijk niet altijd voldoende waarborgen bood. De Staat zou bij scherper toezicht hebben ontdekt dat de Stichting niet de in verband hiermee noodzakelijke maatregelen in het belang van het kind nam, en had de Stichting daarop dan moeten aanspreken (r.o. 6.32-6.33).

Het hof zet wederom in het vervolg van r.o. 6.32 – vergelijk hiervoor bij de Stichting – een extra stap door te concretiseren wat dan wél van de Staat verwacht had mogen worden. Zo overweegt het hof (1) dat de Staat tijdens zijn inspecties in 1989 en 1991 kritischer had moeten doorvragen naar de wijze waarop de Stichting onder meer vaststelde dat de adoptie in het belang van het kind was. Meer in het bijzonder bleek volgens het hof immers niet dat de Staat de Stichting heeft gevraagd op welke manier zij in individuele gevallen vaststelde

58 Rb. Den Haag 9 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8735.

59 Hof Den Haag 12 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1248.

dat de adoptie in het belang van het kind was, dat opvang bij familie niet tot de mogelijkheden behoorde, en dat de biologische moeder goed geïnformeerd en in vrijheid afstand had gedaan, respectievelijk hoe de Stichting ervoor zorgde dat zo veel mogelijk juiste afstammingsgegevens werden verzameld. Bovendien (2) had van de Staat mogen worden verwacht dat hij zou eisen dat meer zou worden gedaan om zo veel mogelijk informatie te verzamelen omtrent de afkomst en de redenen voor de moeder om afstand te doen van haar kind. Daarbij kan worden gedacht aan informatie over het aantal gesprekken met de biologische moeder, de inhoud/strekking daarvan, de wijze waarop het contact tot stand was gekomen, waaruit bleek dat zij vrijwillig afstand had gedaan, enzovoort. Tot slot (3) had de Staat moeten eisen dat, voor zover deze informatie volgens de Stichting echt niet te achterhalen was, de Stichting ten minste in het dossier zou vastleggen welke moeite hiervoor was gedaan en waarom het niet was gelukt.

Het hof erkent tot slot dat het handelen van de Staat als toezichthouder terughoudend moet worden getoetst, maar concludeert dat het handelen ook die terughoudende toets niet doorstaat: de Staat had in redelijkheid meer en beter toezicht kunnen en moeten houden op de wijze waarop de Stichting haar verplichtingen nakwam (r.o. 6.32-6.33). Ook erkent het hof het uitgangspunt dat – kort gezegd – mag worden uitgegaan van de buitenlandse procedure. Dit betekent volgens het hof echter niet dat de Staat in het kader van het algemeen toezicht onder alle omstandigheden alle verantwoordelijkheid kan afschuiven op de Sri Lankaanse instanties en mag volstaan met verwijzing naar de taken van de Stichting, het onderzoek door Probation en het Sri Lankaanse adoptievonnissen (r.o. 6.33). Daarbij verwijst het hof ook naar de conclusies over de afzijdige houding van de Staat in het COIA-rapport.

Het hof concludeert dat de Stichting en de Staat onrechtmatig hebben gehandeld. De Wobp strekte ertoe te voorkomen dat sprake zou zijn van onzekerheid over de afkomst en de vraag of de adoptie in het belang van het kind was. Door het nalaten van de Stichting en de Staat verkeert de vrouw helaas wel in die onzekerheid, aldus het hof.

In (het vervolg van) deze bijdrage wordt nader ingezoomd op de centraal staande onrechtmatigheidsvraag; de causaliteitskwestie – had anders handelen aan de zijde van de Stichting en de Staat voorkomen dat de vrouw omtrent haar afkomst zo in het duister tast? – blijft daarbij verder onbesproken. Het causale verband betrof immers niet de kern van de discussie, mede omdat dit verband voor verwijzing naar de gevorderde schadestaatprocedure slechts aannemelijk gemaakt hoeft te worden.⁶⁰ In de schadestaatprocedure kan die causaliteitsvraag dus nog wel een belangrijke horde vormen. Voor nu en in het licht van de verzochte verklaring voor recht wordt volstaan met een

verwijzing naar r.o. 6.29 van het arrest van het hof, waarin overwogen wordt:

‘Waar het haar om gaat is dat [appellante] bij rechtmatig handelen in elk geval meer informatie en (dus) minder onzekerheid had gehad over de omstandigheden waaronder afstand van haar is gedaan en over haar afkomst. (...) Ten aanzien van het causaal verband en de aard en omvang van de schade zijn er nog vragen te beantwoorden, maar het hof acht de mogelijkheid dat [appellante] door de onzekerheid waarin zij nu verkeert materiële schade (kosten onderzoek) en/of immateriële schade lijdt of heeft geleden aan nemelijk.’

4.4 Cassatieklachten

De Stichting bestrijdt in cassatie het oordeel van het hof dat haar beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Stichting en de Staat keren zich beide tegen het oordeel van het hof dat zij onrechtmatig hebben gehandeld, en voeren daartoe een groot aantal cassatieklachten aan. In de kern komt het hierop neer dat de Stichting dacht en mocht denken dat zij van de Sri Lankaanse instanties juiste gegevens had gekregen over de afkomst en achtergrond van de vrouw en dat die gegevens, voor zover mogelijk, volledig waren. Er waren geen aanwijzingen dat bij een adoptie als die van de vrouw iets mis was. Volgens de Stichting valt haar daarom niet te verwijten dat de vrouw haar biologische ouders nu niet kan vinden aan de hand van die gegevens.

De Staat heeft aangevoerd dat er voor hem als toezichthouder geen reden was om adoptiebemiddelingsorganisaties systematisch te controleren op de naleving van hun verplichting om zo volledig mogelijke gegevens over de afkomst en achtergrond van te adopteren kinderen te verzamelen.

5. Conclusie A-G Sniijders

A-G Sniijders (hierna: de A-G) heeft in een zeer uitvoerige conclusie de adoptieachtergrond, het (destijds) geldende wettelijke systeem en de procesgang tot dan toe geanalyseerd.⁶¹ In het voorgaande kwamen delen van deze conclusie reeds ter sprake, en ook in de analyse van paragraaf 7 zal hierop teruggerepen worden. In deze paragraaf wordt de conclusie van de A-G op hoofdlijnen samengevat.

Volgens de A-G zijn de cassatieklachten van de Staat en de Stichting gegrond. Zo stelt de A-G voorop dat de vorderingen van de vrouw moeten worden beoordeeld volgens de regels die ten tijde van haar adoptie golden. Die wet ging ervan uit dat een adoptiebemiddelingsorganisatie mag afgaan op de gegevens die de buitenlandse instanties haar verstrekken (zie eerder par. 3.4). De A-G constateert in dit verband dat de veranderde kijk op interlandelijke adopties voor een deel de crux van deze zaak is: het hof redeneert ernaartoe dat de Stichting *destijds*

⁶⁰ Dat het (vaststellen van het) causaliteitsvereiste bij aansprakelijkheid in het geval van ‘historisch onrecht’ wel problematisch kan zijn, bespreekt onder meer Loth 2018, p. 34-38.

⁶¹ Conclusie van A-G Sniijders voor HR 19 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:622, hiervoor al gedefinieerd als ‘conclusie van de A-G’.

om alle informatie had moeten vragen en al het mogelijke had moeten doen om die informatie te verzamelen waarvan we *nu* vinden dat geadopteerden daarvan kennis moeten kunnen nemen, welke mening we *nu* hebben omdat we *nu* weten hoe groot het belang daarvan voor hen is, aldus de A-G (sub 10.3).

De A-G constateert wel dat het fundamentele belang van deze informatie ten tijde van de totstandkoming van de Wobp en het Bobp ook onderkend werd. De A-G wijst er echter op dat de verplichting om gegevens te verzamelen over de afkomst en achtergrond van het te adopteren kind uitsluitend als een inspanningsplicht is vermeld in het Bobp. De A-G vervolgt met de conclusie dat het behoorlijk verzamelen, vastleggen en beschikbaar zijn van deze informatie voor de geadopteerde niet als een harde eis voor adoptie in de wet was neergelegd: het ontbreken van deze informatie stond niet aan de adoptie in de weg (sub 10.4).

Het oordeel van het hof berust volgens de A-G dus op een té extensieve uitleg van de Wobp en het Bobp. Daarbij doelt de A-G op de uitleg die het hof geeft aan de plicht van de vergunninghouder om onder de Wobp zowel te toetsen of de adoptie in het belang van het kind was, als informatie over de afkomst en achtergrond van het kind te vergaren. Beide plichten zijn volgens de A-G niet meer dan inspanningsplichten.

Het voorgaande kan slechts dan anders liggen, aldus de A-G, als sprake was van zodanig sterke signalen van misstanden bij interlandelijke adopties vanuit Sri Lanka dat in het gegeven geval inderdaad geen of onvoldoende vertrouwen kon worden gesteld in de betrokkenheid van de Sri Lankaanse autoriteiten. In dat geval mocht de Stichting niet zonder meer afgaan op hun beslissingen en bestond voor de Staat grond voor toezicht (sub 5.6). De A-G concludeert vervolgens – anders dan het hof – dat er ‘op zichzelf veel signalen van misstanden waren’, maar niet de ‘bedoelde concrete op reguliere interlandelijke adopties betrekking hebbende signalen’ (sub 5.15). Bij zijn oordeel over de betekenis van de signalen van misstanden is het hof volgens de A-G voorbijgegaan aan de hierop toegespitste verweren van de Stichting en de Staat. Ook is het hof niet voldoende ingegaan op het verweer van de Stichting dat zij destijds niet meer informatie in Sri Lanka kon krijgen. Tot slot zijn ook de oordelen van het hof dat de Stichting geen beroep kan doen op de ingetreden verjaring, en dat is voldaan aan de eisen voor toezichthoudersaansprakelijkheid van de Staat, niet naar behoren gemotiveerd. De conclusie van de A-G strekt tot vernietiging van het arrest van het hof.

6. De Hoge Raad

De Hoge Raad lijkt, in een relatief korte uitspraak,⁶² gevoelig voor de conclusie van de A-G. Met betrekking tot het handelen van *de Stichting* wordt vooropgesteld dat uit de regelgeving die in Nederland ten tijde van de adoptie gold, volgt dat de Stichting in beginsel mocht uitgaan van (1) de juistheid van de

bevindingen van de plaatselijke autoriteiten in Sri Lanka over de afstandsverklaring en (2) van hun oordeel dat de adoptie in het belang van het kind was. De Hoge Raad wijst vervolgens wel ook op de inspanningsverplichting van de Stichting om na te gaan of de procedures in Sri Lanka naar behoren waren doorlopen en om zo veel mogelijk achtergrond- en afstammingsgegevens te verzamelen, maar voegt daaraan toe dat ‘deze niet vergaand was’ (r.o. 3.1).

De Hoge Raad vervolgt met het kader voor de beantwoording van de vraag of de Stichting – ondanks dat zij de geldende procedures heeft nageleefd – onrechtmatig heeft gehandeld. Daarbij gaat het er volgens de Hoge Raad om of de Stichting, mede gezien de algemene signalen van misstanden, *meer moeite* had moeten doen om zo veel mogelijk informatie te verkrijgen over de redenen voor afstand en over de afkomst van de vrouw. Daarbij moeten volgens de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval worden betrokken. De Hoge Raad benadrukt dat het hier ten eerste gaat om de algemene signalen van misstanden, ook van vóór de invoering van de op het moment van de adoptie geldende regelgeving. Daarnaast gaat het om de door de Stichting en de Staat genoemde omstandigheden van dit concrete geval. Het betreft hier onder meer de omstandigheden dat deze adoptie volgens de voorgeschreven regels was verlopen en plaatsvond toen interlandelijke adoptie vanuit Sri Lanka weer mogelijk was (nadat Sri Lanka het tijdelijke verbod daarop had opgeheven en de regelgeving en procedures waren aangescherpt). Op dit laatste punt slagen de motiveringsklachten en gaat de uitspraak van het hof onderuit.

Met betrekking tot het handelen van *de Staat* oordeelt de Hoge Raad dat het hof niet de terughoudendheid in acht heeft genomen waarmee het handelen van de Staat als toezichthouder moet worden beoordeeld. Het hof heeft ten onrechte aangenomen dat de Staat volgens de toepasselijke regels als toezichthouder verplicht was om indringend te toetsen of de Stichting zich in een concreet geval aan de wettelijke normen hield. Evenmin kan dit oordeel in een geval als het onderhavige, waarin de adoptie volgens de in Nederland geldende regelgeving en procedures is verlopen, worden gedragen door de door het hof genoemde algemene signalen over misstanden.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag en verwijst het naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

7. Analyse en het vervolg

7.1 *The million-dollar question*

Niet ter discussie staat dat de adoptie van de vrouw heeft plaatsgevonden bij rechterlijke uitspraak in het land van herkomst, waarbij er een afstandsverklaring is afgelegd tegenover de rechter. Dat was toentertijd een naar Nederlands recht (op grond van art. 8 Wobp) aanvaardbare wijze om afstand te doen. Tussen partijen staat wél ter discussie of er destijds voldoende concrete aanwijzingen bestonden dat er bij adopties

62 HR 19 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:622.

als de onderhavige misstanden waren. Indien er aanwijzingen bestonden dat niet zonder meer op de Sri Lankaanse autoriteiten kon worden vertrouwd, mocht de Stichting immers niet zomaar afgaan op hun beslissingen en bestond voor de Staat grond voor toezicht op dat punt, zo lijken de verschillende instanties het – bij wijze van vertrekpunt – met elkaar eens te zijn.⁶³

Het hof concludeerde dat inderdaad extra zorgvuldigheid van de Stichting en de Staat kon worden verwacht, omdat zij op de hoogte waren dat er misstanden waren (geweest) bij adopties zoals die van de vrouw. De vrouw heeft in dat verband een veelvoud aan bronnen overgelegd, zoals opgesomd in paragraaf 4.1. De Staat en de Stichting verweren zich hiertegen door in de kern te stellen dat deze bronnen niet zien op misstanden bij de al bestaande Nederlandse (vergunninghoudende) bemiddelaars (en bij de ‘reguliere’ interlandelijke adopties waarvoor zij bemiddelingsdiensten verleenden), waarin in elk geval de A-G hen volgde.

Dit brengt de discussie tot de kernvraag: was er naar de destijds geldende opvattingen sprake van zodanig sterke signalen van misstanden bij interlandelijke adopties vanuit Sri Lanka, dat er aan de zijde van de Stichting en de Staat meer inspanning verwacht had mogen worden in termen van onderzoek en toezicht?

7.2 *Resumé: welke ‘voldoende sterke signalen’ waren er destijds wel en niet?*

7.2.1 *De gehanteerde vertrekpunten*

Volgens de Staat, de Stichting en de A-G zijn de algemene signalen over adoptiemisstanden voor deze kwestie van weinig betekenis, omdat – als gezegd – deze geen betrekking zouden hebben gehad op reguliere interlandelijke adopties die volgens de geldende regels verliepen (zoals de onderhavige). Het zou bij de aangedragen signalen daarentegen (veeleer) zijn gegaan over ‘cowboypraktijken’ als babyroof en -handel, en niet over de adopties waarbij werd bemiddeld door Nederlandse vergunninghouders in overeenstemming met de Sri Lankaanse procedures. Voordat in paragraaf 7.2.2 wordt besproken of die signalen inderdaad (allemaal) meer algemeen van aard waren, zijn wat mij betreft twee meer principiële (voor)vragen over deze redenering op zijn plaats.

Ten eerste: in dit verweer ligt een splitsing tussen de ‘algemene signalen’ en de ‘concrete signalen’ besloten. Maar is dat wel terecht? Laten de algemene signalen over Sri Lankaanse interlandelijke adopties zich in de praktijk wel zo strikt scheiden van de concrete signalen over deze Sri Lankaanse interlandelijke adopties met reguliere (Nederlandse) bemiddelaars? Of zal de wetgever met de inspanningsverbintenis tot onderzoek des-

tijds ook hebben bedoeld: als het huis van de burens in brand staat, werp dan ook eens een kritische blik op je eigen huis?

Ten tweede: als de algemene en concrete signalen zich al zo (moeten) laten scheiden, dan is het wat mij betreft ook nog maar zeer de vraag of die gevallen van babyroof en -handel in deze kwestie per definitie als relevant signaal uitgesloten moeten worden. Bij gebrek aan betrouwbare informatie over de wijze waarop de adoptie van de vrouw tot stand is gekomen en bij gebrek aan kloppende informatie over haar biologische ouders, valt toch juist níét uit te sluiten dat daar ook in deze adoptiekwestie sprake van was?

In het licht van deze twee algemene kanttekeningen is het – voor de beantwoording van de ter tafel liggende rechtsvraag (zie par. 7.1) – vervolgens van belang om nader in te zoomen op het antwoord op de vraag welke signalen er nu wel en niet waren. De relevante signalen die afgeleid kunnen worden uit de beschikbare feiten in deze procedure en het COIA-rapport luiden (samenvattend) als volgt.⁶⁴

7.2.2 *De signalen voor en na de aangepaste regelgeving*

De in paragraaf 4.1 besproken memoranda en mediaberichten spreken inderdaad van illegale kinderhandel, illegale adopties en ‘baby farms’ en soms ook van adoptiemisstanden in het algemeen, zonder steeds direct aan (Nederlandse) bemiddelaars te refereren. In zoverre is dit in lijn met het argument van de Staat en de Stichting.

Dit geldt wat mij betreft echter niet voor alle signalen. Zo wordt in de periode voor de adoptie in de aangehaalde mediaberichten (1976-1993) óók gesproken over adoptiemisstanden in Sri Lanka en óók door bemiddelaars. Zo schreef onder meer bemiddelaar BIA in de Nederlandse pers in 1981 dat er malafide bemiddelaars in Sri Lanka waren. Zij klaagde bovendien dat de Nederlandse overheid niets deed.⁶⁵ Gewezen zij ook op de Nederlandse bemiddelaar Wereldkinderen, die in 1987 berichtte dat hij bewust niet bij adopties in Sri Lanka bemiddelde, omdat de wettelijke situatie daar veel te wensen overliet en er geen enkele controle was.⁶⁶ In het COIA-rapport wordt daarover opgemerkt:

64 Uiteraard met dien verstande dat ik me hierbij enkel heb kunnen baseren op de openbaar beschikbare uitspraken in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie, evenals de conclusie van de A-G en het openbaar toegankelijke COIA-rapport en de daarin geciteerde passages. Bij lezing van het COIA-rapport heb ik me bovendien beperkt tot feitelijke signalen – met bronnen onderbouwd – en heb ik me niet gebaseerd op interviews met geadopteerden of andere waardeoordelen, indachtig de kritiek van de A-G in zijn conclusie (sub 5.12).

65 ‘Instellingen willen gedragscode ter voorkoming van adoptieschandalen’, *NRC Handelsblad* 16 mei 1981. Ontleend aan COIA-rapport 2021, p. 95.

66 COIA-rapport 2021, p. 97; ‘Sri Lanka verbiedt adoptie baby’s door buitenlanders’, *Leeuwarder Courant* 5 juni 1987.

63 Vgl. de formulering van deze ‘kernvraag’ als zodanig in de conclusie van de A-G (sub 5.6 en 5.9) en zoals besloten ligt in het besproken oordeel van het hof en de Hoge Raad.

‘[Z]ulke aantijgingen werden de jaren erna vaker geuit tegen de overheid en bepaalde bemiddelaars, maar doorgaans in de wind geslagen.’⁶⁷

In dit verband kan ook worden gewezen op adviezen uit 1982 en 1983 van de Raad voor het Jeugdbeleid (een adviesorgaan van de Nederlandse overheid). Ik citeer uit het advies uit 1982:

‘Het grootste probleem *bij de interlandelijke adoptie* is dat in verschillende landen van herkomst van een dergelijke afweging nauwelijks sprake is, dat te gemakkelijk aangenomen wordt, dat de ouders of de alleenstaande moeder het kind niet zullen kunnen verzorgen en dat vele nederlandse echtparen en verschillende partikuliere bemiddelaars of *bemiddelende instanties* dit ook maar al te gemakkelijk aksepteren en *niet of nauwelijks navragen of er wel echt afstand van dit kind is gedaan*. (...) Dit leidt ertoe dat in verschillende landen van herkomst *afstandsverklaringen afgegeven worden waarvan de herkomst en het waarheidsgehalte dubieus* is en dat *Nederlanders*, dit al of niet wetende of vermoedende, hier gebruik van maken.’⁶⁸ (cursivering KM)

Ook uit het COIA-rapport volgt dat in die periode bij onder meer het Ministerie van Justitie reeds bekend was dat sommige bemiddelaars in Sri Lanka het niet nauw namen met de geldende regels. In het rapport wordt onder meer gewezen op een bericht van de ambassade in Sri Lanka van 3 februari 1987, waarin wordt verwezen naar de wanpraktijken van een andere grote Nederlandse interlandelijke bemiddelaar in Sri Lanka (Stichting Flash).⁶⁹ Daarnaast stuurde een Nederlandse diplomaat in Sri Lanka in februari 1987 een vertrouwelijk bericht naar het Ministerie van Buitenlandse Zaken waarin problemen met de Sri Lankaanse adoptiepraktijken werden aangekaart. Hij stelde dat ‘ernstige vermoedens gerechtvaardigd waren over kinderhandel via tussenpersonen’ en verzocht het Ministerie van Buitenlandse Zaken om in dringende adoptiegevallen de lokale tussenpersonen na te trekken en toe te zien op betere controle. Daarvoor ontbrak het volgens betrokken ambtenaren bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en de

ambassade echter aan personele capaciteit en financiële slagkracht.⁷⁰

Relevant in dit verband is ook de ‘brandbrief’ van 31 maart 1987 van de Raad voor de Kinderbescherming te Zutphen, geschreven aan de (Nederlandse) vaste commissie voor Justitie:

‘In de loop der jaren zijn medewerkers van de Raad Zutphen bij het doen van dergelijke onderzoeken en bij de vervolcontacten met pleegouders met enige regelmaat geconfronteerd met berichten, die *ernstige vragen oproepen naar de betrouwbaarheid* van de situatie waarin de moeder afstand deed van haar kind, *van de bemiddeling* en de matching. (...) Verdachte afstandssituaties, *twijfelachtige bemiddeling* en ondoordachte matching zijn zaken, waar het belang van het buitenlandse pleegkind allerminst mee gediend is. Naar aanleiding van *recente berichten over zorgwekkende situaties rond afstand en bemiddeling op Sri Lanka* en de daarover door pleegouders aan de Raad Zutphen voorgelegde bevindingen heeft de Raad Zutphen het departement om een onderzoek naar de juistheid van die berichten gevraagd.’⁷¹ (cursivering KM)

Een Sri Lankaanse onderzoekscmissie publiceerde vervolgens halverwege 1987 een kritisch rapport over de adoptiemisstanden: van de 1670 zaken in 1986 zouden er slechts 37 via de officiële kanalen zijn gegaan.⁷² De hieropvolgende tijdelijke adoptiestop vanaf 1987 had eveneens betrekking op *alle* nieuwe buitenlandse adoptieaanvragen, en dus ook op interlandelijke adopties vanuit Sri Lanka waar Nederlandse bemiddelaars bij betrokken waren.⁷³ Het ging immers om een algemene stop van interlandelijke adopties, vanwege onregelmatigheden bij ‘adoptiebemiddeling’.⁷⁴ Ook tijdens de parlementaire behandeling van de Wobp werd de problematiek bij de Sri Lankaanse adopties meermaals besproken.

Wel staat nog overeind – zoals door de Staat en de Stichting terecht is aangevoerd – dat deze adoptie plaatsvond toen interlandelijke adoptie vanuit Sri Lanka weer mogelijk was, nadat Sri Lanka het tijdelijke verbod daarop had opgeheven en nadat

67 COIA-rapport 2021, p. 94. Gewezen wordt op: ‘Controle nodig op bemiddeling’, *NRC Handelsblad* 31 juli 1981; ‘Overheid gaat wantoestanden rond de adoptie legaliseren’, *De Telegraaf* 15 april 1983; ‘Adoptie vaak niet meer centraal in organisaties’, *Trouw* 17 september 1983; ‘Illegale adoptie veelal toevallige ontdekking: kinderhandel floreert nog steeds’, *De Telegraaf* 19 februari 1986.

68 Zoals onder meer opgenomen in r.o. 2.2 van de uitspraak van de Hoge Raad.

69 COIA-rapport 2021, p. 94, met referentie aan het codebericht ‘confidentieel’ van de Nederlandse ambassade te Colombo aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken van 3 februari 1987, MinJus-archief, DECOS, Codeberichten inzake Sri Lanka/Adoptie, a87/701/1011790 (voetnoot 273 van dit rapport). Overigens wordt in het COIA-rapport ook opgemerkt dat een diplomaat van de ambassade de ophef rondom adoptiemisstanden in 1987 overtrokken vond, zie p. 95 van het rapport. Een paar dagen later schreef dezelfde diplomaat echter een vertrouwelijk bericht naar het Ministerie van Buitenlandse Zaken waarin hij juist wees op de adoptiemisstanden (zie de hoofdtekst).

70 Ontleend aan COIA-rapport 2021, p. 94, met een verwijzing aan het codebericht ‘confidentieel’ van de Nederlandse ambassade te Colombo aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken van 3 februari 1987, MinJus-archief, DECOS, Codeberichten inzake Sri Lanka/Adoptie, a87/701/1011790.

71 Zoals onder meer opgenomen in r.o. 2.2 van de hierna te bespreken uitspraak van de Hoge Raad.

72 COIA-rapport 2021, p. 96.

73 De A-G merkt hierover op dat deze adoptiestop wel is genoemd in de parlementaire geschiedenis van de Wobp, maar dat hierover geen specifieke opmerkingen zijn gemaakt. Daar volgt volgens de A-G dan ook uit dat die misstanden niet de Nederlandse bemiddelaars en hun contacten betroffen. De vraag is echter of uit de afwezigheid van opmerkingen hierover wel de conclusie kan worden getrokken dat het dan dus niet van toepassing zou zijn. Dat blijkt nu juist nergens uit, terwijl het wel om een algemene interlandelijke adoptiestop gaat.

74 Zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 2.2 als vaststaand feit.

de Nederlandse regelgeving en procedures in 1989 met de invoering van de Wobp en het Bobp waren aangescherpt. In beginsel mocht bij deze adoptie dus worden vertrouwd op de Sri Lankaanse autoriteiten en hun aangescherpte procedures (zoals immers vertrekpunt was van de geldende wetgeving).

In reactie hierop zou echter in de eerste plaats kunnen worden gewezen op de overweging van de Hoge Raad dat óók de algemene signalen van vóór de invoering van deze regelgeving in 1989 een rol mogen spelen bij de beantwoording van de vraag of er ten tijde van de adoptie ‘voldoende concrete signalen’ van misstanden waren. Dat lijkt mij goed volgbaar: met de nieuwe regelgeving zouden de jarenlange misstanden immers niet in één keer verdwenen zijn. De Wobp en het Bobp codificeerden bovendien niet voor niets de besproken inspanningsverplichtingen tot onderzoek en toezicht. Waakzaamheid was dus nog steeds vereist.

In de tweede plaats geldt dat de signalen over misstanden ook in de periode ná de aangescherpte en nieuwe regelgeving in 1989 en vóór de adoptie van de vrouw in 1992 bleven bestaan. Deze signalen laten zich – tot slot – als volgt samenvatten.

Uit de besproken feiten in deze procedure (zie par. 4.1) volgde reeds dat ook na 1989 berichten in de media bleven verschijnen over illegale adopties van buitenlandse kinderen uit diverse landen, waaronder Sri Lanka. In 1991 werd bovendien een geval bekend van een Nederlandse bemiddelaar die in Sri Lanka was gearresteerd (waarmee de Stichting toen nog samenwerkte). Ook zij gewezen op de in paragraaf 4.1 besproken memoranda uit 1990 en 1991 van het Nederlandse consulaat in Sri Lanka, waarin verwezen werd naar de adoptiemisstanden in Sri Lanka.

Uit het COIA-rapport blijkt dat de Nederlandse ambassade zowel in januari als in september 1990 het Ministerie van Buitenlandse Zaken nog waarschuwde voor het bestaan van ‘baby farms’ in Sri Lanka.⁷⁵ In maart 1991 signaleerde de Nederlandse ambassade in Sri Lanka bovendien opnieuw adoptiemisstanden, waarbij verwezen werd naar de Nederlandse bemiddelaars uit Sri Lanka. In het COIA-rapport wordt hierover opgemerkt:

(...) Deze zelfverklaarde “stevige aanpak” werd toegejuicht door de ambassade. Er werd verwezen naar een niet nader genoemde Nederlandse adoptieorganisatie die direct betrokken was bij een baby farm. Volgens de ambassade waren de *in Sri Lanka actieve Nederlandse bemiddelaars nog steeds “met een waas van geheimzinnigheid” omgeven.*⁷⁶ (cursivering KM)

⁷⁵ Memorandum van CZ/Colombo aan DAZ/JZ (‘Confidential’) van 26 maart 1991, BZ-archief, inv.nr. 136; Memorandum CZ/Colombo aan DAZ/JZ van 23 juli 1991, BZ-archief, inv.nr. 137, ontleend aan COIA-rapport 2021, p. 97.

⁷⁶ COIA-rapport 2021, p. 97.

De commissie concludeert in het COIA-rapport vervolgens en onder meer:

‘De betrokkenheid van de bemiddelende partijen bij misstanden varieert. Hoewel veel documentatie van bemiddelende partijen is vernietigd, is gebleken dat zij bekend waren met misstanden en enkelen ook zelf rechtstreeks of via personeel ter plaatse daarbij betrokken waren.’⁷⁷ (cursivering KM)

Samenvattend blijkt uit deze berichten, adviezen en rapporten in mijn optiek dat er sprake was van structurele signalen en zorgen over interlandelijke adoptie in Sri Lanka in de periode voor en rondom de adoptie van de vrouw. In deze stukken valt geen beperking af te leiden dat de problemen zich niet voor zouden doen bij Sri Lankaanse interlandelijke adopties met reguliere (Nederlandse) bemiddelaars. Het lijkt evenmin enkel over babyroof of -handel of zeer algemene signalen te gaan. En zelfs als het enkel daarover zou gaan, is voor mij – zoals in paragraaf 7.2.1 reeds is toegelicht – niet helder waarom alleen zeer specifieke signalen over Nederlandse reguliere bemiddelaars relevant zouden zijn en de meer algemene signalen in deze kwestie per definitie als relevant signaal uitgesloten moeten worden.

7.3 En wat dan nu? Een tegengeluid

De A-G en de Hoge Raad overwegen dat het gerechtshof Den Haag in zijn overwegingen te weinig oog heeft gehad voor de besproken argumenten van de Staat en de Stichting dat er juist minder reden tot zorg was in dit specifieke geval, althans dat de motivering op dat punt tekortschoot. Dat is een wat mij betreft goed volgbare overweging. De vraag is echter wel of de A-G op zijn beurt en in zijn uitputtende conclusie (1) voldoende oog heeft gehouden voor de argumenten die voor aansprakelijkheid pleiten, en (2) niet te strikt is geweest in zijn conclusie dat de bestaande signalen geen betrekking hadden op Nederlandse reguliere bemiddeling bij interlandelijke adoptie.

Laat ik besluiten met het volgende tegengeluid.

Vooropgesteld: de A-G heeft gelijk, er moet *ex tunc* gekeken worden naar de signalen, en ook het nieuwe hof moet zich niet laten verleiden om de aansprakelijkheidsvraag met de ‘bril van vandaag’ te beoordelen. Maar: óók bij een *ex tunc*-toets kan de conclusie zijn dat de Stichting en de Staat beter hadden moeten weten en handelen.

De A-G heeft bovendien gelijk dat in die toets in beginsel uitgegaan moet worden van de verstrekte informatie door de buitenlandse instanties. Ook ik lees dat duidelijk terug in de wetsgeschiedenis, net als de letterlijke verwijzing naar de *inspanningsverplichting* om te controleren of de buitenlandse

⁷⁷ COIA-rapport 2021, p. 132.

procedures naar behoren zijn doorlopen en om zo veel mogelijk gegevens over de adoptie te verzamelen.

Maar: bij een inspanningsverplichting moet een partij nog steeds wel doen wat in haar vermogen ligt om een bepaald resultaat te behalen (hier, in essentie, de belangen van het te adopteren kind waarborgen). Dat dit belang (ook) in de tijdsgeest van 1992 deel van de inspanningsverplichting uitmaakte – en de inspanningsverbintenis van destijds dus niet volledig uitgehold dient te worden naar een ‘kijk maar wat lukt’ –, volgt in mijn optiek uit het feit dat in de regelgeving en parlementaire geschiedenis destijds veelvuldig de nadruk werd gelegd op het ‘belang van het kind’. In deze parlementaire geschiedenis werd ook gewezen op ‘de bevredigende wijze waarop afstand moet worden aangetoond’, ‘de behoorlijke manier waarop de buitenlandse procedures moeten zijn doorlopen’ en de noodzaak om ‘zoveel mogelijk achtergrond- en afstammingsgegevens te verzamelen’ (zie par. 3.4).⁷⁸ Bovendien werd ook in de jaren tachtig het belang onderkend dat een geadopteerde zijn herkomst en achtergrond moest kunnen kennen.⁷⁹

Met die vertrekpunten in de hand kan vervolgens een optelsom worden gemaakt van (ten eerste) de signalen van misstanden die ten tijde van de adoptie van de vrouw wel bestonden, en (ten tweede) de omstandigheden van dit specifieke adoptiegeval.

Ten eerste: de vrouw kan inderdaad niet aantonen wat er in dit specifieke geval in 1992 exact verkeerd is gegaan of anders had moeten. Dat is nu precies inherent aan het feit dat zij niet over de juiste adoptiepapieren en andere relevante gegevens over de gang van zaken rondom haar adoptie beschikt. Maar staan in de in paragraaf 7.2.2 besproken opsomming niet een hele hoop zorgwekkende signalen die ook zagen of logischerwijze hadden kunnen zien op (1) (Nederlandse) bemiddelaars (2) bij de Sri Lankaanse (3) interlandelijke adoptie (4) van *voor* en *na* de aangescherpte regelgeving in 1989?

Het antwoord op deze vraag luidt wat mij betreft dat de genoemde signalen in elk geval een beeld van continue zorgen over interlandelijke adoptie in de periode voor en rondom de adoptie schetsen, in het algemeen én in Sri Lanka. Voor zover dus al een scheiding tussen algemene en concrete signalen gemaakt kan worden (zie par. 7.2.1), geldt dat er dus óók concrete zorgen werden geuit over Sri Lankaanse interlandelijke adopties. De Nederlandse bemiddelingsorganisaties waren bovendien onderdeel van die zorgen, althans werden niet steeds van die adoptiezorgen uitgesloten.

Ten tweede, en tegen de achtergrond van deze signalen, zouden ook de specifieke omstandigheden van dit adoptiegeval reden tot meer inspanning voor informatievergaring kunnen zijn geweest. Ik doel dan in het bijzonder op de lastminute ‘babywissel’ en het feit dat de vrouw nog maar een of twee dagen oud was toen zij aan haar adoptieouders werd gegeven. Goed betoogd kan wat mij betreft worden dat het samenspel van de jarenlange (algemene én meer concrete) signalen enerzijds en deze specifieke omstandigheden anderzijds tot meer onderzoek en toezicht had moeten leiden, om zo ten minste te bezien of er in dit geval sprake kon zijn van die ‘babyhandel’ of andersoortige ongeoorloofde praktijken waar in Sri Lanka al jaren veel over te doen was.

Als het gerechtshof Amsterdam zich – goed gemotiveerd! – aan deze optelsom wenst te wagen, dan zou dit tot de slotsom kunnen leiden dat door de aangesproken partijen inderdaad ‘meer moeite’ gedaan had moeten worden om te voorkomen dat de vrouw in de huidige onzekerheid over haar afkomst en adoptieomstandigheden zou komen te verkeren.⁸⁰ In mijn optiek is er met het voorgaande in elk geval voldoende aanleiding om hoge eisen te stellen aan de onderbouwing van het standpunt van de Stichting en de Staat dat zij voldoende moeite hebben gedaan – lees: dat zij aan de besproken ‘inspanningsverplichting’ hebben voldaan – om die informatie te verkrijgen c.q. op de naleving van die verplichting voldoende toezicht te houden.⁸¹

Voorwaarde daarvoor is nadrukkelijk wel dat het hof in zijn afweging óók oog heeft voor en zich rekenschap geeft van de aangevoerde signalen die juist minder reden tot zorg gaven (zie par. 7.2) en die afzet tegen de hiervoor geschetste signalen. Hetzelfde geldt voor het conceptuele verschil in aansprakelijkheid tussen de Stichting en de ‘toezichthoudende’ Staat (zie par. 4.1). De Staat deelt immers niet per definitie het lot van de Stichting, zeker niet in het licht van de terughoudendheid waarmee deze aansprakelijkheid beoordeeld dient te worden. Ook de Staat zal dus een zelfstandig of eigen verwijt moeten kunnen worden gemaakt, inhoudende dat er voldoende relevante signalen waren die onder de geldende regelgeving tot nader toezicht hadden moeten leiden. Ondanks de besproken terughoudendheid is wat mij betreft wel goed denkbaar dat de signalen en specifieke omstandigheden die de Stichting tot nader *onderzoek* hadden moeten leiden, de Staat op zijn beurt en onder de besproken wettelijke regeling tot nader *toezicht* hadden moeten brengen, en vice versa.

⁸⁰ Zie over de causale relatie eerder par. 4.3 en voetnoot 60.

⁸¹ In dat verband is de stelling dat de Stichting tegen de grenzen aanliep van beschikbare informatie en daarbij afhankelijk was van de buitenlandse instanties, een relevante. Daaraan gaat wel ook een inspanningsverbintenis vooraf; of zij tegen die grenzen aanliep nadat zij zich voldoende had ingespannen, dient dan wel goed onderbouwd te worden. Dat geldt te meer omdat de vrouw al na enkele dagen is geadopteerd; kon in dat korte tijdsbestek bekeken worden of de procedure goed is verlopen, en geconcludeerd worden dat alle andere wegen om meer informatie te vergaren waren uitgeput? Bij gebrek aan inzicht in de processtukken is die onderbouwing verder niet te beoordelen.

⁷⁸ Immers: die inspanningsplicht zag nu juist op de in art. 8 Wobp en art. 16 Bobp genoemde verplichtingen om na te gaan of de vereiste buitenlandse procedures naar behoren zijn doorlopen, en anderzijds om zo veel mogelijk achtergrond- en afstammingsgegevens te verzamelen. Zie ook conclusie van de A-G, sub 4.18-4.20.

⁷⁹ Vgl. conclusie van de A-G, sub 5.13, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Wobp en de toelichting op het Bobp (bij art. 17), waarin dat fundamentele belang uitdrukkelijk wordt uitgesproken.

Tot slot, en als vastgesteld kan worden dat de signalen en omstandigheden tot anders handelen hadden moeten nopen: wát hadden de Stichting en de Staat dan precies anders moeten doen? Bij de beantwoording van de vraag welke inspanningen (dan wel) verwacht hadden mogen worden, zouden de concrete suggesties van het gerechtshof Den Haag ter illustratie kunnen dienen. Zo wordt in r.o. 6.27 van dit arrest overwogen dat *de Stichting* onder meer had moeten nagaan waarom de baby zo snel kon worden aangeboden, wanneer en hoe vaak met de biologische moeder was gesproken, of ook met de familie was gesproken om te bekijken of de baby door hen kon worden opgevoed, waarom de naam van de vader niet was vermeld in het dossier en of daar wel naar was gevraagd. Voor zover het al zo was dat bepaalde informatie ook door Probation en/of de lokale bemiddelaars niet te achterhalen was, had de Stichting in elk geval om uitleg daarover moeten vragen. Met betrekking tot de verwachtingen van *de Staat* kan ter illustratie dienen de overweging van het hof in r.o. 6.32, inhoudende dat de Staat tijdens zijn inspecties in 1989 en 1991 kritischer had moeten doorvragen naar c.q. meer had mogen verwachten van de wijze waarop de Stichting onder meer vaststelde dat de adoptie in het belang van het kind was, dat opvang bij familie niet tot de mogelijkheden behoorde en dat de biologische moeder goed geïnformeerd was en in vrijheid afstand had gedaan. Ook had de Staat volgens het hof moeten navragen op welke wijze de Stichting ervoor zorgde dat zo veel mogelijk juiste afstammingsgegevens werden verzameld. Tot slot had de Staat moeten eisen dat meer zou worden gedaan om zo veel mogelijk informatie te verzamelen omtrent de afkomst en de redenen voor de moeder om afstand te doen van haar kindje. En voor zover deze informatie volgens de Stichting écht niet te achterhalen was, had de Staat van de Stichting moeten eisen dat zij ten minste in het dossier zou vastleggen welke moeite hiervoor was gedaan en waarom het niet was gelukt.⁸² Als het gerechtshof Amsterdam de besproken optelsom maakt en besluit de aansprakelijkheidshobbel te nemen, dan ligt een dergelijke concretisering van het gewenste handelen van de Stichting en de Staat – in retrospectief – wat mij betreft wel in de lijn der (motiverings)verwachting.

8. Conclusie

Het aansprakelijkheidsrecht is er niet voor bedoeld om handelen dat destijds niet afkeurenswaardig was, achteraf alsnog als onrechtmatig aan te merken.⁸³ Zoveel is duidelijk. Het aansprakelijkheidsrecht is er in mijn optiek wél voor bedoeld om kritisch te bekijken of het handelen of nalaten van *destijds* en naar *toenmalig inzicht* tot aansprakelijkheid moet leiden.

Maakten de Stichting en de Staat bij de ter tafel liggende adoptieprocedure fouten door nalatig te handelen, of berust het oordeel van het gerechtshof Den Haag op een door de opvattingen van vandaag gestuurde denkfout? De Hoge Raad geeft het gerechtshof Amsterdam wat mij betreft terecht de instruc-

tie mee dat in de aansprakelijkheidsbeoordeling óók gekeken moet worden naar de aangevoerde omstandigheden die maakten dat er in dit specifieke geval minder reden tot zorg was. Ik zou wel ten minste aan die instructie van de Hoge Raad nog willen toevoegen dat ik ook graag goed gemotiveerd zou willen zien hoe dat zich dan weer verhoudt tot de specifieke signalen die er destijds óók (naar die tijdsgeest) waren en tot de opvallende (snelle babywissel-)omstandigheden van dit concrete geval.

Het gerechtshof Amsterdam heeft nu het laatste woord. Dat zal naar verwachting nog wel even op zich laten wachten. Belangrijker dan de snelheid, lijken me de bouwstenen waarop het arrest van het gerechtshof gebaseerd zal worden. Want laten we het in elk geval met elkaar eens zijn dat een goed gefundeerde uitspraak het minste is waar de vrouw recht op heeft.

⁸² Zie nader par. 4.3 en r.o. 6.27 en 6.32 van de uitspraak van het hof.

⁸³ Ontleend aan Loth 2018, p. 31.