

## **Voorstel tot wijziging van Boek 1 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van met name een regeling voor draagmoederschap en een versterking van het recht van het kind op afstammingsinformatie (Wet kind, draagmoederschap en afstamming)**

### **Algemeen deel**

#### **1. Inleiding**

Met dit wetsvoorstel wordt een regeling ingevoerd voor een zorgvuldige en transparante wijze van het ontstaan van ouderschap na draagmoederschap. Indien de rechter vóór de conceptie toestemming geeft aan de draagmoeder en de wensouders, worden de wensouders vanaf de geboorte de ouders van het kind en komen zij als zodanig op de geboortakte van het kind te staan. Deze wettelijke regeling komt tegemoet aan het belang van zowel het kind, de draagmoeder (en haar eventuele partner) en de wensouders. Het traject biedt voor zover mogelijk zekerheid ten aanzien van de juridische uitkomst van het draagmoederschap. Voor het kind zal er afstammingsinformatie beschikbaar zijn zodat het kan achterhalen wie zijn of haar biologische ouders zijn.<sup>1</sup> En vanaf de geboorte is duidelijk wie de ouders van het kind zijn, wie het kind zal verzorgen en opvoeden en welke nationaliteit en naam het kind draagt. De regeling vormt tevens een erkenning van de feitelijke situatie waarin het kind zal opgroeien en de wens van de draagmoeder dat zij het kind draagt voor de wensouders en niet zelf de moeder van het kind te worden.

Dit wetsvoorstel versterkt ook het recht van kinderen op informatie over hun afstamming. Voor ieder kind is het van belang dat het informatie en voorlichting krijgt over zijn of haar afstamming. Deze informatie is essentieel voor een goede ontwikkeling van het kind tot volwassene. Hierin ligt dan ook een eerste taak voor de personen die verantwoordelijk zijn voor de opvoeding en het geestelijk welzijn en de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het kind. Er wordt daarom voorzien in een positief wettelijke verplichting voor gezagsdragers om voorlichting en informatie te geven aan het kind over de afstamming. De regeling maakt duidelijk wat op dit punt van gezagsdragers wordt verwacht. Het onderstreept het gegeven dat een kind altijd het recht heeft om te weten aan wie het genetisch verwant is.

Ter versterking van de positie van het kind dat op zoek is naar informatie over de eigen afstamming, komt er één centraal punt waar hij terecht kan voor bij de overheid bekende informatie. Daar zullen bijvoorbeeld gegevens te vinden zijn over het draagmoederschapstraject en vergelijkbare situaties waar vooraf vaststaat dat de juridische afstamming en de biologische afstamming uiteenlopen.

---

<sup>1</sup> Biologische afstamming omvat zowel genetische afstamming als de relatie tussen kind en draagmoeder waarbij er geen genetische band tussen hen bestaat.

Ten slotte wordt met dit voorstel het uitgangspunt doorgevoerd dat ouderschap een volwassen aangelegenheid is. Minderjarigen kunnen niet langer zonder tussenkomst van de rechter een kind erkennen of toestemming geven voor de erkenning. Voor een minderjarige vader wordt het mogelijk om zich, net als de moeder, meerderjarig te laten verklaren om belast te kunnen worden met het gezag over het kind. Daarmee biedt het voorstel een betere bescherming aan minderjarigen die de ouder van een kind worden.

## 2. Context van het voorstel

### 2.1. Aanleiding

De samenleving verandert, opvattingen over relaties en ouderschap verschuiven en de wijze waarop mensen invulling geven aan ouderschap en de totstandkoming hiervan wordt steeds meer divers.<sup>2</sup> Ook medisch zijn de mogelijkheden toegenomen om mensen met een kinderwens te helpen bij het vormen van een gezin. Dit alles leidt tot ingewikkelde vraagstukken over de betekenis die er in het familierecht moet worden toegekend aan de biologische afstamming en aan de zorgrelatie of de intentie om de ouder te worden van het kind. De indruk bestaat dat deze veranderingen hebben geleid tot een toename van het gebruik van draagmoederschap. Maar voor draagmoederschap biedt het huidige recht geen specifiek kader. Voor de bescherming van de betrokken kinderen en in het belang van de andere betrokkenen is het noodzakelijk om het familierecht zo goed mogelijk te laten aansluiten op de maatschappelijke werkelijkheid.

Op 7 december 2016 bracht de Staatscommissie Herijking ouderschap (hierna: Staatscommissie) onder voorzitterschap van de heer A. Wolfsen haar rapport 'Kind en ouder in de 21<sup>e</sup> eeuw' uit. De opdracht aan de Staatscommissie was een reactie op de maatschappelijke en medisch-technologische veranderingen.<sup>3</sup> De Staatscommissie gaat in haar rapport onder andere in op de vraag naar de wenselijkheid van een specifieke regeling voor draagmoederschap.<sup>4</sup> De Staatscommissie beveelt aan om een dergelijke regeling te treffen. De Staatscommissie heeft daarbij de aanbeveling gedaan om de door haar geformuleerde zeven kernen van goed ouderschap centraal te stellen in het afstammings- en gezagsrecht.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Voor een omschrijving van de maatschappelijke veranderingen, zie: Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap, hoofdstuk 3 Maatschappelijke ontwikkelingen, december 2016, p. 65-98.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 2016/17*, 33 836, nr. 18, bijlage.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II, 2013/14*, 33 836, nr. 2.

<sup>5</sup> Dit houdt in dat voor gezag en daarmee ook voor deelgezag, de volgende kernen van goed ouderschap – in willekeurige volgorde – als uitgangspunt worden genomen: een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment, continuïteit in de opvoedingsrelatie, verzorging en zorg voor lichamelijk welzijn, opvoeding tot zelfstandigheid en sociale en maatschappelijke participatie, het organiseren en monitoren van de opvoeding en verzorging in het gezin, op school en in het publieke domein, zorg dragen voor de vorming van de afstammingsidentiteit van het kind, zorg dragen voor contact- en omgangsmogelijkheden met voor het kind belangrijke personen. Het kabinet heeft hier nog het belang van een veilige opvoedingssituatie voor het kind aan toegevoegd.

Bij brief van 12 juli 2019 is de Tweede Kamer, mede namens de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, geïnformeerd over de wens van het kabinet te komen tot een regeling voor draagmoederschap en voor de registratie van gegevens over de ontstaansgeschiedenis.<sup>6</sup> Dit wetsvoorstel, dat tevens mede namens de minister van onderwijs, Cultuur en Wetenschap wordt ingediend, vormt de uitwerking van die voornemens.

## 2.2. Wat houdt draagmoederschap in?

Van draagmoederschap is sprake wanneer een vrouw, de draagmoeder een kind draagt en baart met de intentie het kind na de geboorte af te staan aan een ander, de wensouder of wensouders. Waar hier wordt gesproken over wensouders kan steeds ook gelezen worden: wensouder. Van draagmoederschap is géén sprake als een vrouw ongepland zwanger wordt en tijdens de zwangerschap of na de geboorte besluit tot afstand van het kind. Bij draagmoederschap is het reeds voor de conceptie de bedoeling te bewerkstelligen dat familierechtelijke betrekkingen worden gevestigd tussen het kind en de wensouders.

Er zijn twee verschillende vormen van draagmoederschap. Bij *laagtechnologisch of traditioneel* draagmoederschap wordt de draagmoeder zwanger via de natuurlijke weg of via kunstmatige inseminatie (thuis of eventueel met medische begeleiding). De eicel is dan per definitie afkomstig van de draagmoeder en de draagmoeder en het kind zijn biologisch verwant. Bij *hoogtechnologisch of ivf-draagmoederschap* wordt door middel van in-vitrofertilisatie (ivf) een embryo geplaatst bij de draagmoeder. De eicel die voor de bevruchting is gebruikt, is in principe niet van de draagmoeder, maar van de wensmoeder of eventueel een donor. De draagmoeder is dan niet genetisch verwant aan het kind. Omdat de draagmoeder het kind baart, is daarmee wel sprake van een biologische verwantschap tussen draagmoeder en kind.

De overheid heeft in beginsel geen zeggenschap over wie met welke intentie zwanger wordt van wie. Een draagmoeder kan altijd door middel van zelfinseminatie met zaad van de wensvader of een zaaddonor trachten zwanger te worden. Dit komt in de praktijk dan ook voor. Ook draagmoederschap waarbij gebruik wordt gemaakt van medische assistentie (ivf) komt voor in Nederland.

## 2.3. Draagmoederschap in Nederland

In Nederland is draagmoederschap niet verboden, ook betaald draagmoederschap niet. Wensouders kunnen een draagmoeder binnen de eigen familie- en vriendenkring zoeken. Bevordering van (commercieel) draagmoederschap is in Nederland wel verboden,<sup>7</sup> bijvoorbeeld door via een website een platform te bieden voor draagmoeders en

---

<sup>6</sup> Kamerstukken II, 2018/19, 33 836, nr. 45.

<sup>7</sup> Zie artikel 151b en artikel 151c Wetboek van Strafrecht.

wensouders. Wensouders mogen ook niet - bijvoorbeeld via sociale media - openbaar maken dat ze een draagmoeder zoeken. Of andersom: een draagmoeder mag niet openbaar maken dat ze op zoek is naar wensouders. In de praktijk wordt dit verbod niet of nauwelijks gehandhaafd. Toch lijkt er een zekere preventieve werking van uit te gaan. Beurzen waarin bemiddelaars bij draagmoederschap zich aanbieden zijn, anders dan bij onze zuiderburen, onbekend in Nederland.

Naar huidig recht bestaat er geen specifieke regeling voor draagmoederschap. Als de draagmoeder er na de geboorte mee instemt, kunnen de wensouders het kind opnemen in hun gezin. Dit kan zonder verdere toestemming als één van de wensouders de juridische ouder is of als het kind en de wensouders familie van elkaar zijn tot en met de derde graad.<sup>8</sup> In andere gevallen dient de Raad voor de Kinderbescherming eerst schriftelijke toestemming te geven. De Raad voor de Kinderbescherming onderzoekt in dat geval of het in het belang van het kind is dat het in het gezin van de wensouders wordt opgenomen.

De wet biedt thans nog geen mogelijkheid voor de wensouders om vanaf de geboorte samen de juridische ouders van het kind te worden dat uit een draagmoeder wordt geboren. Naar huidig recht is de vrouw die het kind baart altijd de juridische moeder van het kind.<sup>9</sup> Dit uitgangspunt geldt ongeacht de genetische verwantschap tussen moeder en kind. Ook na eiceldonatie staat het moederschap van de geboortemoeder altijd vast (*mater semper certa est*).<sup>10</sup> Daarmee wordt de draagmoeder altijd aangemerkt als de moeder van het kind. Als de draagmoeder getrouwd is of een geregistreerd partnerschap heeft, wordt haar partner de juridische ouder van het kind dat zij baart met de intentie om af te staan aan de wensouders.<sup>11</sup> Voor het overgaan van het ouderschap van draagmoeder naar wensouders wordt daarom gebruik gemaakt van verschillende algemene leerstukken.<sup>12</sup> Afhankelijk van de situatie worden deze leerstukken toegepast om de wensouders ook de juridische ouders te laten worden.<sup>13</sup>

Hoogtechnologisch draagmoederschap is sinds 1997 onder strikte voorwaarden toegestaan.<sup>14</sup> In 1998 werd gestart met ivf-draagmoederschap.<sup>15</sup> Het Amsterdam UMC,

---

<sup>8</sup> Dit is het geval als de draagmoeder een zus is van een van de wensouders. Zie ook artikel 1:241 lid 3 BW.

<sup>9</sup> Artikel 1:198 BW.

<sup>10</sup> Dat moederschap kan niemand ontkennen, de juridische band tussen geboortemoeder en kind kan alleen worden verbroken door adoptie.

<sup>11</sup> Artikel 1:199 BW.

<sup>12</sup> Relevant kunnen zijn de ontkenning van het door het huwelijk ontstane vaderschap (artikel 1:200 BW), erkenning (artikel 1:204 BW) of gerechtelijke vaststelling ouderschap (artikel 1:207 BW), de gezagswissel (artikel 1:253c BW) en de adoptie (artikelen 1:227 BW e.v.).

<sup>13</sup> Voor een overzicht van de juridische praktijk bij draagmoederschap zie: I.J. Pieters, *Kroniek draagmoederschap*, *FJR* 2019/56, Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 270-276, Boele-Woelki e.a., *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, WODC 2011, p. 64.

<sup>14</sup> Daarvoor verbood het IVF planningsbesluit uit 1989 handel in eicellen en eiceldonatie in combinatie met draagmoederschap.

<sup>15</sup> In onderzoeksverband in het Zaans Medisch Centrum De Heel, gestopt in 2004.

locatie VU medisch centrum, biedt sinds 2006 hoogtechnologisch draagmoederschap aan. Hierbij worden de geldende regelgeving en standpunten en richtlijnen van de beroepsgroep gehanteerd.<sup>16</sup> Voorwaarden zijn onder andere dat er een medische indicatie moet zijn en dat er medische, psychologische en juridische voorlichting en counseling<sup>17</sup> moet plaatsvinden. Voorwaarde was ook dat beide wensouders het genetisch materiaal moesten leveren. Echter, op basis van medische, psychologische, juridische en ethische overwegingen heeft de beroepsgroep van gynaecologen (NVOG) in 2016 het gewijzigde standpunt ingenomen dat er geen belemmeringen zijn om ivf-draagmoederschap aan te bieden waarbij met één van de wensouders een genetische band bestaat. Om die reden is de procedure nu ook toegankelijk voor mannenparen.<sup>18</sup> De NVOG beveelt wel nog steeds aan om ivf-draagmoederschap te centreren in een of twee centra in Nederland. Het standpunt van de NVOG is onlangs bevestigd in de geactualiseerde versie van het Modelreglement Embryowet.<sup>19</sup>

Er zijn geen betrouwbare gegevens over het aantal keren dat draagmoederschap jaarlijks in Nederland voorkomt. Er bestaat op dit moment immers niet één standaardroute naar ouderschap voor wensouders. De inschatting is dat het nog steeds gaat om een relatief beperkt aantal gevallen op jaarbasis (enkele tientallen).<sup>20</sup>

#### 2.4. Draagmoederschap in het buitenland

Gezien het beperkte aantal vrouwen dat zich beschikbaar stelt voor draagmoederschap in Nederland, zijn er wensouders die gebruik maken van een draagmoeder in het buitenland.<sup>21</sup> Als de wensouder of de wensouders met het kind in Nederland willen wonen, speelt de vraag of het ouderschap dat is ontstaan in het buitenland ook in Nederland wordt erkend. Die vraag komt aan de orde bij de inschrijving van de buitenlandse geboorteakte van het kind bij gemeente Den Haag,<sup>22</sup> bij inschrijving in de woongemeente in de Basisregistratie Personen (BRP) of al eerder bij een verzoek om een paspoort/verblijfsvergunning bij een Nederlandse consulaire post.

Het Nederlandse Internationaal Privaatrecht heeft geen specifieke regeling voor de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap. De erkenning wordt daarom behandeld aan de hand van de algemene regels voor de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen en akten.

---

<sup>16</sup> Zoals vereist in het Planningsbesluit in-vitrofertilisatie 2016, bijlage 3. Zie onder andere het Modelreglement Embryowet en het NVOG-standpunt 'Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten, gedoneerde embryo's en draagmoederschap'.

<sup>17</sup> Pedagogische, psychologische en sociale hulpverlening en advisering.

<sup>18</sup> NVOG-standpunt 'Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten, gedoneerde embryo's en draagmoederschap'.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 30 486, nr. 20.

<sup>20</sup> Wel is de indruk dat de aandacht voor draagmoederschap in de media toeneemt.

<sup>21</sup> Zoals de Verenigde Staten, Canada, Oekraïne, Georgië, Mexico.

<sup>22</sup> In gevolge artikel 1:25 BW.

De erkenning wordt geweigerd als er geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging aan vooraf is gegaan of als de erkenning van de rechtshandeling onverenigbaar is met de openbare orde.<sup>23</sup> De ambtenaar toetst bij verzoeken tot inschrijving van buitenlandse akten of de Nederlandse openbare orde zich al dan niet tegen inschrijving verzet. Uitgangspunt in het Nederlands recht is dat de vrouw die het kind baart de juridische moeder van het kind is.<sup>24</sup> Uit de Nederlandse rechtspraak volgt dat dit uitgangspunt als een fundamentele regel van familierecht wordt beschouwd.<sup>25</sup> Een kind moet, indien mogelijk, aan de hand van de geboorteakte in staat worden gesteld zijn afstamming van moederszijde te kennen. Achterliggende gedachte hierbij is het belang van het kind om zijn of haar ontstaansgeschiedenis te kunnen achterhalen.<sup>26</sup> Als gevolg hiervan wordt een buitenlandse geboorteakte waarop de wensouders als de juridische ouders worden vermeld zonder vermelding van de geboortemoeder in de praktijk niet erkend wegens strijd met de Nederlandse openbare orde.

Indien dit het geval is, kunnen in Nederland de geboortegegevens worden vastgesteld en worden opgenomen in een (nieuwe) geboorteakte.<sup>27</sup> Nadat de geboortemoeder op de akte is vermeld en eventueel een tweede juridische ouder, kunnen vervolgens, afhankelijk van welke procedure nodig is, de (wens)ouders met behulp van latere vermeldingen van erkenning, gerechtelijke vaststelling ouderschap of adoptie op de geboorteakte worden vermeld. De ontstaansgeschiedenis blijkt, voor zover bekend, dan uit de (nieuw vastgestelde) geboorteakte.

### 2.5. Risico's huidige praktijk van draagmoederschap

Draagmoederschap biedt mensen met een kinderwens de mogelijkheid om ouders van een kind te worden. Het krijgen van een kind is op zich een mooi en positief gegeven.

Draagmoederschap – zeker laagtechnologisch<sup>28</sup> – brengt wel voor alle betrokkenen risico's mee. Allereerst voor het kind dat vanaf de geboorte bijvoorbeeld geen zekerheid heeft over wie uiteindelijk de ouders van het kind zijn, wie het verzorgt en opvoedt, welke geslachtsnaam het zal dragen en welke nationaliteit het zal hebben. Dit risico loopt het kind reeds op basis van keuzes van de wensouders gemaakt vóór zijn conceptie, en dat risico blijft bestaan totdat een definitieve beslissing is gegeven over bij wie het ouderschap komt te liggen, vaak een aanzienlijke tijd na de geboorte. Het is voor het kind daarbij van belang dat er betrouwbare gegevens over de afstamming beschikbaar komt. Het kind moet makkelijk kunnen achterhalen wie zijn of haar biologische ouders zijn, voor

---

<sup>23</sup> Artikel 10:100 BW en artikel 10:101 BW.

<sup>24</sup> Artikel 1:22 lid 1 BW bepaalt voor wijziging van deze wet uitdrukkelijk dat de geboorteakte de afstammingsrelatie tussen kind en *moeder* bewijst.

<sup>25</sup> Bijvoorbeeld rechtbank Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7708.

<sup>26</sup> Vergelijk tevens artikel 7 en artikel 8 Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK).

<sup>27</sup> Artikel 1:25c BW.

<sup>28</sup> Bij ivf- of hoogtechnologisch draagmoederschap zijn medische richtlijnen van toepassing en vindt zorgvuldige begeleiding plaats.

het inzicht in het eigen levensverhaal, diens ontstaansgeschiedenis, maar ook voor het inzicht in de medische achtergrond. Dat is nu niet altijd het geval, met name als door de wensouders wordt gebruikgemaakt van buitenlandse zaad- of eiceldonoren of als het draagmoederschap in het buitenland plaatsvindt. Specifieke risico's zijn verbonden aan betalingen aan de draagmoeder die een redelijke vergoeding te boven gaan. Het is in strijd met de menselijke waardigheid van het kind om behandeld te worden als handelswaar, hetgeen tevens risico's kan opleveren voor de identiteitsvorming van het kind. En dergelijke betalingen kunnen ertoe leiden dat er oneigenlijke druk ontstaat op de draagmoeder om deze rol op zich te nemen, uit armoede of onder druk van haar omgeving. Dat kan een aanleiding vormen om relevante medische informatie niet te melden, hetgeen in strijd is met het belang van het kind.

Ook voor de draagmoeder brengt de huidige praktijk risico's met zich. Naast de reguliere risico's van een zwangerschap, kan zij te maken krijgen met druk om zwanger te worden en het kind af te staan en zij kan slachtoffer worden van uitbuiting. Hoewel bemiddeling op dit moment verboden is, ontbreekt een duidelijke regeling en een verbod van kinderkoop. En er is niets geregeld over de eventuele betaling(en) aan de draagmoeder. Daarmee is financiële druk een reëel risico. De draagmoeder kan ook het risico lopen dat de wensouders zich terugtrekken gedurende de zwangerschap, waarna zij achterblijft met een kind dat zij niet voor zichzelf heeft gewenst.

Voor de wensouders bestaat er de onzekerheid of zij uiteindelijk de ouders kunnen worden van het kind dat zij wel hebben helpen ontstaan, waarvan de intentie is dat zij het kind zouden verzorgen en opvoeden en waaraan zij veelal (deels) genetisch verwant zijn.

Tegelijkertijd is op het moment dat de rechter oordeelt over een situatie thans in veel gevallen sprake van een fait accompli-situatie. Is het kind geboren, of de draagmoeder reeds zwanger, dan bevindt de draagmoeder zich al in een afhankelijke positie ten opzichte van de wensouders of is het kind al opgenomen in het gezin van de wensouders. De huidige jurisprudentie rond draagmoederschap laat zien dat er voor een rechter op dat moment in het belang van het kind weinig anders op zit dan de afstammingsrelatie met de wensouders te erkennen.<sup>29</sup>

Al met al heeft draagmoederschap grote gevolgen voor alle betrokkenen. Een keuze voor draagmoederschap moet daarom niet lichtvaardig worden genomen.<sup>30</sup> De risico's zijn nog groter indien de wensouders kiezen voor een buitenlandse route. Doordat in sommige landen standaard gebruik wordt gemaakt van anonieme zaad- en/of eiceldonoren bestaat de kans dat het kind nooit kan achterhalen wie zijn biologische ouders zijn. Het kind kan zelfs staatloos worden, zonder juridische ouders en zonder naam, doordat het ouderschap van de wensouders niet wordt erkend in Nederland,

---

<sup>29</sup> I.J. Pieters, 'Kroniek Draagmoederschap', *FJR* 2019/56.

<sup>30</sup> R.J. Blauwhoff, 'Internationaal commercieel draagmoederschap en de beoordelingsvrijheid binnen het EVRM', *FJR* 2019/51 en I.J. Pieters, 'Kroniek Draagmoederschap', *FJR* 2019/56, vergelijk tevens rapport Staatscommissie, p. 457.

terwijl in het land van herkomst de juridische band met de geboortemoeder inmiddels is verbroken. Daarbij kan het kind in extreme gevallen zelfs slachtoffer worden van kinderkoop en uitbuiting. Dit alles is uiteraard niet in het belang van het kind.

### **3. Mensenrechtelijke aspecten draagmoederschap<sup>31</sup>**

Voor alle betrokkenen bij draagmoederschap geldt dat aanspraak gemaakt kan worden op bescherming op grond van hoger recht. De rechten van al deze betrokkenen vallen niet noodzakelijk samen. In de wetgeving met betrekking tot draagmoederschap dient dan ook een afweging te worden gemaakt tussen de rechten van de verschillende betrokkenen. Voor sommige betrokkenen geldt dat in Nederland reeds eerder een afweging is gemaakt tussen bestaande rechten: de aanspraak van een zaad- of eiceldonor op privacy heeft in Nederland sinds 2004 niet langer voorrang op het recht van het kind om te weten waar het vandaan komt.<sup>32</sup> De bescherming van dit recht van het kind wordt uitgebreid met dit voorstel, door deze verplichting wettelijk te verankeren, en door voor draagmoederschap voor te schrijven dat gegevens over de afstamming in alle gevallen moeten worden opgeslagen in een register afstammingsinformatie.

Het recht van het gewenste kind vormt het primaire uitgangspunt in de afwegingen met betrekking tot deze regeling van draagmoederschap. Het EHRM heeft in relatie tot internationaal draagmoederschap duidelijk gemaakt dat er overwegingen zijn die niet pleiten voor de snelle erkenning van het daaruit ontstane ouderschap; het risico op misbruik en kinderkoop en de bescherming van de mogelijkheden van het kind om de eigen afstamming te kennen. Die overwegingen wegen echter naar het oordeel van het Hof niet op tegen de negatieve impact van het niet erkennen van de ouderschapsband tussen kind en wensouder, ook de wensouder waarmee geen genetische band bestaat. Het wijst daarbij expliciet op het recht op de nationaliteit van en verblijf bij de wensouders, het recht op voortdurende bescherming van de band tussen kind en wensouders en diens positie als erfgenaam.<sup>33</sup> Het kind heeft daarbij recht op een snelle en effectieve procedure voor de erkenning van de band met de wensouders.<sup>34</sup>

Het ontbreken van een specifieke Nederlandse regeling voor draagmoederschap levert op zich geen strijd op met artikel 8 EVRM. Wel wordt met de voorgestelde regeling meer tegemoetgekomen aan de beschermde belangen van het kind onder artikel 8 EVRM en de verschillende toepasselijke bepalingen van het kinderrechtenverdrag. De eenvoudigere totstandkoming en erkenning van de juridische band tussen kind en ouders

---

<sup>31</sup> Constitutionele paragraaf.

<sup>32</sup> Wet donorgegeven kunstmatige bevruchting, inwerkingtreding 1 januari 2004, Wet van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240.

<sup>33</sup> EHRM 10 april 2019, 'Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother', par. 40-42.

<sup>34</sup> *Ibidem*, par. 55.



wordt daarbij gecombineerd met extra waarborgen voor het achterhalen van afstammingsinformatie (artikel 8 IVRK) en tegen kinderkoop (artikel 35 IVRK en Tweede aanvullend protocol)<sup>35</sup>.

Naast het recht van het kind, staat het recht van de draagmoeder op zelfbeschikking en reproductieve autonomie en haar recht op bescherming tegen uitbuiting en andere vormen van dwang rond draagmoederschap. Deze rechten volgen uit artikel 11 van de Grondwet, artikel 8 EVRM, alsmede uit artikelen 6 en 16 van het VN-Vrouwenverdrag.<sup>36</sup> Deze rechten worden met dit voorstel voor een belangrijk deel gewaarborgd door de verplichte toetsing door de rechter, die vooraf de vrije instemming van de draagmoeder met het draagmoederschapstraject toetst. Tevens komt de bescherming van de draagmoeder tot uitdrukking in haar positie gedurende de zwangerschap, waarbij zij zich kan terugtrekken uit het draagmoederschap zonder dat de door wensouders gemaakte kosten op haar verhaald kunnen worden, en het gegeven dat het haar blijft vrijstaan om te kiezen voor beëindiging van de zwangerschap. De positie van de draagmoeder wordt voorts beschermd door het verbod op kinderkoop. Dat verbod helpt voorkomen dat op de draagmoeder oneigenlijke druk wordt uitgeoefend om deel te nemen aan het draagmoederschap.

Voor de wensouders geldt dat er geen absolute mensenrechtelijke aanspraak kan worden aangenomen op het krijgen van een kind, genetisch eigen noch via adoptie.<sup>37</sup> Er bestaat in lijn daarmee geen recht op toegang tot draagmoederschap. Dat neemt niet weg dat het krijgen van een kind, en de band met het eenmaal geboren kind, valt onder de bescherming van artikel 8 EVRM. Het Europees Hof voor de rechten van de mens formuleert de laatste aanspraak op bescherming overigens primair vanuit het recht van het kind op privéleven, waar diens relatie met de ouders deel van uitmaakt.<sup>38</sup>

## **4. Een wettelijke regeling voor draagmoederschap**

### **4.1. Hoofdpijnen regeling**

Bovenstaande risico's en zorgen over de huidige praktijk van nationaal en internationaal draagmoederschap geven aanleiding tot het invoeren van een wettelijke regeling voor draagmoederschap die bestaat uit vier hoofdelementen:

- een regeling voor ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland;
- een regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland;

---

<sup>35</sup> Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, *Trb.* 2001, 36.

<sup>36</sup> Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, New York 18 december 1979, *Trb.* 1980, 146.

<sup>37</sup> Vergelijk C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy* (diss.), Leiden: Universiteit Leiden, 2018, p. 294-303.

<sup>38</sup> EHRM 26 juni 2014, (Mennesson t. Frankrijk) nr. 65192/11, par. 96 t/m 101.

- het verbod van kinderkoop in binnen- en buitenland (zie uitgebreid par. 5.1);
- versterking van het recht op afstammingsinformatie (zie uitgebreid par. 6.1).

Hiermee wordt een kader geboden voor een in de maatschappij voorkomende praktijk. Voorkomen moet worden dat het kind, de draagmoeder en wensouders in een juridisch niemandsland terecht komen, waardoor in de eerste plaats het kind een risico loopt. Het kind kan dan bijvoorbeeld niet worden verzekerd tegen ziektekosten of worden ingeschreven bij een huisarts. Deze regelingen hebben niet tot doel om draagmoederschap te bevorderen of ontmoedigen, maar om de betrokkenen beter te beschermen. De regeling waarborgt zoveel mogelijk vooraf (vóór de conceptie) dat het traject van draagmoederschap zorgvuldig en transparant verloopt en rechtszekerheid biedt aan alle betrokkenen. Zorgvuldig, doordat voorlichting en counseling dienen te worden gevolgd en doordat de rechter vooraf toetst of aan alle voorwaarden is voldaan. Zekerheid voor het kind over wie zijn of haar ouders zijn, op kennis over de biologische afstamming, over geslachtsnaam en een nationaliteit vanaf de geboorte en op bescherming tegen verkoop. Zekerheid voor de draagmoeder en bescherming en waarborgen tegen oneigenlijke druk. En zekerheid voor de wensouders van een keuze voor verantwoord draagmoederschap in eigen land. De regeling vormt tevens een erkenning van de feitelijke situatie waarin het kind na draagmoederschap opgroeit en van de intentie van de draagmoeder en wensouders.

De regeling stimuleert wensouders om gebruik te maken van met waarborgen omkleed draagmoederschap in Nederland. Toch valt niet te voorkomen dat er vraag blijft naar buitenlands draagmoederschap, bijvoorbeeld als er weinig vrouwen in Nederland bereid zijn om op te treden als draagmoeder. Wensouders worden ook in dat geval gestimuleerd om te kiezen voor verantwoord draagmoederschap, door de erkenning van ouderschap na buitenlands draagmoederschap te vereenvoudigen als die overeenkomt met de belangrijkste uitgangspunten van de Nederlandse regeling, mede gebaseerd op de groeiende (internationale en nationale) jurisprudentie op dit terrein: genetische verwantschap tussen wensouder(s) en kind, achterhaalbaarheid van afstammingsinformatie en een rechterlijke procedure in het desbetreffende land met de mogelijkheid van een rechterlijke (her)beoordeling na de geboorte van het kind. Daarmee wordt duidelijk welk buitenlands draagmoederschap in Nederland niet eenvoudig wordt geaccepteerd en waarvoor een toetsing door de rechter noodzakelijk is. Dit zal wettelijk worden geregeld. Tevens zal aan wensouders voorlichting worden aangeboden over de wettelijke voorwaarden voor eenvoudige erkenning. Kiezen zij toch voor een land dat niet aan de gestelde randvoorwaarden voldoet, dan betekent dit per definitie een lange periode van onzekerheid. Voor henzelf, maar bovenal voor het kind. Die onzekerheid kan onder meer zien op de vraag of het kind tot Nederland zal worden toegelaten en op de erkenning van het juridisch ouderschap van de wensouders.

Zoals gesteld in paragraaf 2.5. zijn betalingen aan de draagmoeder die een redelijke vergoeding overschrijden om meerdere redenen niet in het belang van het kind. Bij de vraag of in het buitenland ontstaan ouderschap na draagmoederschap kan worden erkend, spelen de betalingen die zijn gedaan in beginsel geen rol. Dit voorkomt dat het kind en de draagmoeder de dupe worden van eventuele verkeerde praktijken van de wensouders, en is ook het uitgangspunt in de jurisprudentie van het EHRM op dit punt.<sup>39</sup> Het tegengaan van kinderkoop vraagt primair om een strafrechtelijke en niet om een afstammingsrechtelijke reactie. Met een verbod op kinderkoop wordt duidelijk gemaakt wat in Nederland niet geaccepteerd wordt. Overigens heeft een verbod op kinderkoop een breder bereik dan enkel draagmoederschap. Ook in andere situaties is kinderkoop verboden. Wensouders worden hiermee gestimuleerd te handelen in het belang van hun toekomstige kind.

#### *4.2. Een regeling voor alle vormen van draagmoederschap*

De regeling voor draagmoederschap beoogt een kader te bieden aan alle voorkomende vormen van draagmoederschap; zowel laag- als hoogtechnologisch. De regeling is daartoe techniek-onafhankelijk geformuleerd. In alle gevallen zal de rechter moeten toetsen of aan de gestelde randvoorwaarden is voldaan. Uitgangspunt van de regeling is de intentie van de draagmoeder om het kind af te staan, ongeacht of er een genetische band bestaat tussen haar en het kind. Dat geldt zowel voor het ontstaan van ouderschap als voor de regeling bij conflicten tussen draagmoeder en wensouders. Dit neemt niet weg dat het al dan niet bestaan van een genetische band een rol kan spelen bij de afweging die de rechter maakt, met name bij een verzoek tot herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap.

#### *4.3. Voorafgaande toestemming rechter*

Om de vrije instemming van alle betrokkenen te beschermen en een fait-accompli-situatie te voorkomen is het van belang dat het draagmoederschapstraject vóór de conceptie wordt getoetst door de rechter. De wensouders kunnen bij draagmoederschap vanaf de geboorte worden aangemerkt als de ouders indien zij vóór de conceptie een gezamenlijk verzoek met de draagmoeder (en eventuele partner) indienen bij de rechtbank. De wensouders worden daarmee als ouders op de geboorteakte vermeld. Dit doet recht aan de intentie van alle partijen om het kind geboren te laten worden voor de wensouders. De draagmoeder zal daarnaast op de geboorteakte worden vermeld als de vrouw uit wie het kind is geboren.<sup>40</sup> Hiermee wordt recht gedaan aan de rol die de draagmoeder heeft

---

<sup>39</sup> EHRM 10 april 2019, 'Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother', en C. Achmad & M.J. Vonk, 'Upholding the law on international commercial surrogacy: at whose cost?', *FJR* 2019/52.

<sup>40</sup> Op het vervolgblad.

vervuld en het vormt een extra mogelijkheid voor het kind om deze informatie te achterhalen.

#### *4.4. Voorlichting en counseling*

Vóórdat de draagmoeder en de wensouders een verzoek bij de rechter kunnen indienen voor toestemming voor het traject dienen zij voorlichting en counseling te krijgen. De voorlichting en counseling zorgen ervoor dat alle betrokken partijen weten waaraan ze beginnen en geïnformeerde toestemming kunnen geven. Counseling en voorlichting moeten problemen tussen de draagmoeder en de wensouders zoveel mogelijk voorkomen.

De algemene voorlichting ziet op informatie over het traject en de daarbij behorende voorwaarden en risico's die een rol spelen.

Counseling ziet specifiek op medische, psychosociale en juridische aspecten van het traject. Voor juridische counseling kan doorverwezen worden naar gespecialiseerde advocaten. Medische en psychologische counseling dient plaats te vinden door BIG-geregistreerde psychologen op grond van de geldende beroepsstandaarden. De voorlichting en counseling zien zowel op hoog- als laagtechnologisch draagmoederschap. De betrokkenen zullen de kosten hiervoor zelf moeten dragen. Contra-indicaties die uit de counseling naar voren komen, zullen worden opgenomen in het verslag met betrekking tot de gevolgde voorlichting en daarmee worden overgelegd aan de rechter. Die kan daar vervolgens bij zijn beslissing rekening mee houden. Indien gekozen wordt voor medische begeleiding bij de totstandkoming van het draagmoederschap, hebben en houden professionals het recht om – conform hun beroepsnormen en richtlijnen – af te zien van behandeling, onafhankelijk van de vraag of een rechter positief heeft geoordeeld over de draagmoederschapsovereenkomst.

De inhoud van de voorlichting en counseling gevolgd moet worden en de wijze waarop van de uitkomsten van de counseling verslag zal worden gedaan zal, na overleg met betrokkenen (IVF-klinieken, belangenorganisaties, raad voor de kinderbescherming, worden bepaald bij de aanwijzing van rechtspersonen die gerechtigd zijn tot het geven van deze voorlichting.

Van de wensouders wordt tevens verwacht dat zij een verklaring omtrent het gedrag overleggen bij het verzoek, om te voorkomen dat bijvoorbeeld personen met een eerdere zedenveroordeling eenvoudig gebruik kunnen maken van de regeling om een kind te krijgen. Ontbreekt deze verklaring, dan zal door de raad voor de kinderbescherming een onderzoek dienen te worden uitgevoerd naar de geschiktheid van de wensouders alvorens de rechter kan beslissen op het verzoek.

#### 4.5. Toetsingskader rechter

Na de verplichte voorlichting en counseling kunnen de draagmoeder en de wensouders gezamenlijk met behulp van een advocaat een verzoekschrift indienen bij de rechtbank met het verzoek om toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. De rechtbank toetst zowel aan het belang van het kind dat wordt geboren uit draagmoederschap als de vrije instemming van de draagmoeder.

Zo toetst de rechter aan de voorwaarden of:

- er een door alle betrokkenen ondertekende draagmoederschapsovereenkomst is overgelegd dat bepaalde in de wet vastgelegde informatie bevat;
- uit de draagmoederschapsovereenkomst blijkt dat tenminste een van de wensouders de genetische ouder van het kind zal zijn, tenzij de onmogelijkheid hiervan aannemelijk is gemaakt;
- uit de draagmoederschapsovereenkomst of anderszins blijkt dat de draagmoeder niet meer dan een (on)kostenvergoeding zal worden uitgekeerd;
- niet blijkt van een afhankelijkheidsrelatie die de vrije instemming van de draagmoeder negatief kan beïnvloeden;
- de vrijwillige instemming van alle betrokkenen uit het verzoek blijkt;
- er contra-indicaties blijken uit de counseling of, bij het ontbreken van een verklaring omtrent het gedrag van de wensouders, het advies van de raad voor de kindbescherming.;
- de draagmoeder ter zitting verklaart nog niet zwanger te zijn van het kind;
- het draagmoederschap anderszins niet in het belang van het kind moet worden geacht;
- dat de draagmoeder en tenminste één van de wensouders de gewone verblijfplaats hebben in Nederland, en
- de draagmoeder en tenminste één de wensouders de Nederlandse nationaliteit hebben dan wel rechtmatig verblijf in Nederland hebben.

In de draagmoederschapsovereenkomst dienen de betrokkenen een aantal onderdelen op te nemen. Zo moeten afspraken zijn gemaakt over het afdekken van de risico's die samenhangen met het draagmoederschap. Ook moet blijken welke afspraken er zijn over toekomstig contact tussen het kind en de draagmoeder. Het is in het belang van het kind dat het opgroeit met de kennis wie de draagmoeder is. Daarbij geldt als uitgangspunt dat het kind de draagmoeder (op termijn) kan leren kennen en er contact mogelijk is.

De draagmoeder en de wensouders moeten minimaal 18 jaar zijn om toestemming te kunnen krijgen van de rechter. Er worden geen andere leeftijdsgrenzen voor de

afstamming gesteld. Er zijn wel harde medische leeftijdsgrenzen voor het ondergaan van de medische behandeling die een rol spelen.<sup>41</sup>

Voor geen enkele afstammingsregeling gelden wettelijke minimum of maximumleeftijdsgrenzen en ook voor binnenlandse adoptie niet. Alleen bij interlandelijke adoptie gelden maximum leeftijdsgrenzen, met daaraan gekoppeld een afwijkingsmogelijkheid. Reden voor deze leeftijdsgrens is het idee dat de interlandelijke adoptie op zich een traumatische ervaring is. En dat voor zover mogelijk moet worden voorkomen dat het betrokken kind opnieuw een verlieservaring te verwerken krijgen. Die overweging geldt niet op dezelfde wijze in het geval van draagmoederschap.

Een hoge leeftijd kan wel een rol spelen binnen de counseling en in de beoordeling door de rechter. Het is mogelijk dat het belang van het kind zich verzet tegen ouderschap van wensouders vanwege de leeftijd van de betrokkenen. Dan kan de rechter het verzoek om ouderschap na draagmoederschap om die reden afwijzen. Dat kan aan de orde zijn als de twee wensouders beiden op leeftijd zijn. Maar ook als de draagmoeder bijvoorbeeld 18 jaar is. Sowieso geldt dat als de draagmoeder nog geen eigen voltooid gezin heeft, er aanleiding bestaat voor de rechter om beter te onderzoeken of de keuze voor draagmoederschap weloverwogen wordt gemaakt.

De rechter kan tevens de raad voor de kindbescherming vragen om nader onderzoek te verrichten, bijvoorbeeld als hij twijfelt aan de geschiktheid van de wensouders of draagmoeder. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als uit de counseling of strafrechtelijke toetst contra-indicaties naar voren komen bij ofwel de draagmoeder of wel de wensouders.

#### *4.6. Rechtsgevolgen beslissing rechter*

Indien de rechter besluit de toekenning van ouderschap na draagmoederschap toe te wijzen aan de wensouders, stuurt de rechter de beschikking naar het afstammingsregister en naar de gemeente waar de draagmoeder woont. De beschikking werkt voor twee jaar en heeft betrekking op het eerste kind of, indien het eerste kind onderdeel uitmaakt van een meerling, de eerste kinderen, geboren uit de draagmoeder.

De wensouders komen na de geboorteaangifte direct op de geboorteakte te staan als de ouders van het kind.<sup>42</sup> De draagmoeder staat wel op de geboorteakte vermeld als vrouw uit wie het kind is geboren, maar niet als ouder. De wensouders oefenen als gevolg van de toekenning van het ouderschap vanaf de geboorte het (gezamenlijk) gezag uit over het kind, ook als zij niet met elkaar zijn gehuwd of door een geregistreerd partnerschap

---

<sup>41</sup> Op basis van het Modelreglement Embryowet. Die ligt voor de draagmoeder bijvoorbeeld op maximaal 49 (tot 50) jaar in geval gebruik gemaakt wordt van een eiceldonor, of op maximaal 42 (tot 43) jaar indien het gaat om laagtechnologisch draagmoederschap met medische begeleiding. Het VUMC en het Nij Geertgen centrum voor vruchtbaarheid hanteren een striktere grens van 45 jaar voor de draagmoeder. De medische beroepsgroep behoudt het recht om op grond van hun professionele overwegingen (vastgelegd in richtlijnen) deze leeftijdsgrenzen te hanteren.

<sup>42</sup> Na de geboorte ontstaat het ouderschap zonder tweede rechterlijke toets.

zijn verbonden. Het kind krijgt de achternaam van de wensouder waarvan zij hebben verklaard dat het kind deze zal dragen.

Het ouderschap werkt vanaf de geboorte. Tijdens de zwangerschap beslist de draagmoeder zelf over eventueel nodige medische ingrepen ten aanzien van haar of het ongeboren kind of over het afbreken van de zwangerschap. Om de vrijheid van de draagmoeder te waarborgen is tevens bepaald dat een herroeping van de toekenning van het ouderschap niet leidt tot een verplichting voor de draagmoeder tot teruggave aan de wensouders van de kosten die tot dan toe zijn verbonden aan het draagmoederschap.

#### *4.7. Herroepen toekenning door rechter*

De uitgebreide voorlichting en counseling vooraf zijn ervoor bedoeld dat alle partijen geïnformeerde toestemming kunnen geven voor het traject en beoogt om problemen te ondervangen. Echter, onverwachte omstandigheden zijn nooit geheel te voorkomen. Er kunnen bedenkingen ontstaan bij een van de partijen waardoor zij onder de beslissing van de rechter uit willen. Er is dan altijd een gang naar de rechter nodig.

Is de draagmoeder nog niet of niet meer zwanger, dan herroept de rechter de beschikking tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap op verzoek van de draagmoeder of de wensouders zonder meer.

Als de draagmoeder zwanger is, of sinds de geboorte is minder dan zes weken verstreken, dan kan zij de rechter verzoeken de beschikking te herroepen indien zij door bedreiging, dwaling of bedrog tot draagmoederschap is bewogen of als de omstandigheden zodanig zijn gewijzigd dat dit een herroeping rechtvaardigt. Een wijziging van omstandigheden kan zijn gelegen in nieuw gerezen bedenkingen bij de draagmoeder. Uitgangspunt blijft ook in dat geval dat de toekenning van het ouderschap na draagmoederschap in stand blijft. Enkel indien de rechtbank oordeelt dat herroeping het meest in het belang van het kind is, zal hij de herroeping kunnen uitspreken. Hierbij kan onder meer het al dan niet bestaan van een genetische band tussen kind en draagmoeder een rol spelen.

Als de draagmoeder zwanger is, of binnen zes weken na de geboorte, kunnen de wensouder(s) verzoeken om herroeping van de beschikking indien hun verzoek door bedreiging, dwaling of bedrog tot stand is gekomen of indien de draagmoeder hen heeft bedrogen met betrekking tot de wijze waarop de zwangerschap tot stand is gekomen.

De termijn voor de draagmoeder en de wensouders om zich na de bevalling tot de rechter te wenden is kort. Dit draagt bij aan de rechtszekerheid omtrent afstamming, naam en nationaliteit van het kind. Bovendien doet dit recht aan de intentie van alle partijen bij draagmoederschap.

#### 4.8. Erkenning internationaal draagmoederschap

Buitenlands draagmoederschap dat overeenkomt met de belangrijkste uitgangspunten van de Nederlandse regeling blijft toegankelijk. De mogelijkheden om ouderschap dat in het buitenland is ontstaan niet te erkennen zijn beperkt, gelet op het recht van het kind op eerbiediging van diens privéleven, waar de relatie tot diens ouders deel van uitmaakt.<sup>43</sup> Tegelijkertijd ontbreekt vooralsnog een internationaal kader voor de regulering van draagmoederschap.<sup>44</sup> Om desondanks het gebruik van onwenselijke praktijken in het buitenland door Nederlandse wensouders tegen te gaan, wordt gekozen voor een strafrechtelijk aanpak van kinderkoop én het stimuleren van wensouders richting staten die voldoen aan basisvoorwaarden via een vereenvoudigde erkenning. Kinderkoop wordt strafbaar gesteld, ook indien dit plaatsvindt door Nederlanders in het buitenland. Daarnaast wordt duidelijk gemaakt wanneer een buitenlandse geboorteakte na draagmoederschap eenvoudig kan worden geaccepteerd in Nederland en in welk geval een beoordeling van de buitenlandse geboorteakte door de rechter vereist is.

Eenvoudige acceptatie is aan de orde als:

- vaststaat dat het kind genetisch verwant is aan ten minste een van de wensouders;
- de gegevens over de afstamming voor het kind achterhaalbaar zijn of binnen een redelijke termijn achterhaalbaar zullen worden;
- er een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de buitenlandse geboorteakte van een kind geboren uit draagmoederschap;
- voor zover het ouderschap van de wensouders vóór de geboorte is ontstaan, er na de geboorte een mogelijkheid voor de draagmoeder heeft bestaan om een beroep te doen op de rechter om het ouderschap te betwisten.

Voor een verdere uitwerking hiervan wordt verwezen naar het artikelsgewijs commentaar bij artikel 10:101a BW.

## 5. Strafrechtelijk kader draagmoederschap

### 5.1 Strafbaarstelling kinderkoop

#### **PM in afwachting regeling (on)kostenvergoeding.**

---

<sup>43</sup> EHRM 10 april 2019, 'Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother', zie hierover verder: R.J. Blauwhoff, 'Internationaal commercieel draagmoederschap en de beoordelingsvrijheid binnen het EVRM', *FJR* 2019/51

<sup>44</sup> Binnen de Haagse Conferentie wordt in een comité van experts gewerkt aan de ontwikkeling van een instrument op het terrein van afstamming/draagmoederschap. Vanuit Nederland neemt prof. S. Rutten op persoonlijke titel deel aan de werkzaamheden van dit comité. Zie hcch.net alsmede voor een verslag van de werkzaamheden: S. Rutten, 'Het Haagse project over afstamming en internationaal draagmoederschap; the Parentage/Surrogacy Project', *FJR* 2019/54.



## 5.2 Versoepeling bemiddelingsverbod

Commerciële bemiddeling bij draagmoederschap is op dit moment verboden in Nederland. Dat verandert niet met dit wetsvoorstel. Nu er een regeling voor draagmoederschap wordt getroffen, ligt het wel voor de hand dat de mogelijkheden worden verruimd voor wensouders en draagmoeders om elkaar te vinden. Openbaarmaking van de wens zelf draagmoeder te worden of een draagmoeder te vinden is straks niet langer verboden. Voor beroepsmatig niet-commerciële bemiddeling in Nederland kan ontheffing worden verleend aan een of meer door de Minister voor Rechtsbescherming aangewezen rechtspersonen. Deze werkzaamheden dienen te worden uitgevoerd zonder winstoogmerk.

Het streven is dat wensouders die door middel van draagmoederschap een kind willen krijgen en vrouwen die als draagmoeder voor een ander zwanger willen worden en een kind willen krijgen, bij één of enkele centrale punten terecht kunnen; een draagmoederschapsbank. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de in de praktijk bestaande behoefte hieraan.<sup>45</sup> Bovendien wordt hiermee beoogd dat wensouders en draagmoeder gebruikt maken van een binnenlandse regeling met waarborgen. En daarmee te voorkomen dat wensouders naar het buitenland gaan. Zo wordt een balans gevonden tussen het niet bevorderen of ontmoedigen van draagmoederschap, maar het wel zo regelen dat de mensen die er toch gebruik van willen maken kiezen voor dit binnenlandse traject.<sup>46</sup>

De draagmoeder en de wensouders kunnen zo nodig gekoppeld worden aan elkaar, en ook voorlichting en counseling kan daar centraal plaatsvinden. Voordeel van voorlichting en counseling op één of een beperkt aantal plekken is dat expertise opgebouwd kan worden bij professionals en hiermee de kwaliteit van de inhoud en vorm van de voorlichting en counseling goed gewaarborgd kan worden. Ook waarborgt een draagmoederschapsbank zonder winstoogmerk de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Daarnaast wordt voorkomen dat een wildgroei ontstaat van bemiddelaars. Door het verlenen van een vergunning kunnen in lagere regelgeving eisen worden gesteld aan de draagmoederschapsbank en minimumeisen aan de inhoud van bijvoorbeeld de voorlichting en counseling en van de wijze waarop wensouders en draagmoeders aan elkaar kunnen worden gekoppeld.

## 6. Overige onderdelen

### 6.1 Versterking recht op afstammingsinformatie

---

<sup>45</sup> 'Specialisten bepleiten draagmoederbank om wensouders te helpen', *de Volkskrant* 28 november 2017.

<sup>46</sup> In plaats van naar het buitenland of de rechter vooraf geen toestemming vragen met de risico's daarna van dien met een lange onzekere route om de wensouders de juridische ouders te kunnen laten worden.

Een regeling voor draagmoederschap zal een nieuwe vorm zijn van het ontstaan van ouderschap waarbij vooraf duidelijk is dat ook anderen dan de juridische ouders een biologische bijdrage hebben geleverd aan de geboorte van het kind.<sup>47</sup> Het geven van voorlichting over de afstamming aan een kind behoort in alle gevallen tot de zorg en verantwoordelijkheid voor het geestelijk welzijn en de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het kind.<sup>48</sup> Hierin ligt in de eerste plaats een verantwoordelijkheid van de ouders of andere personen met gezag. Om deze verantwoordelijkheid te benadrukken wordt in de wet de verplichting voor ouders en andere personen met gezag vastgelegd om kinderen afstammingsvoorlichting te geven. Dit onderstreept dat het in het belang van élk kind is dat het opgroeit met kennis over waar het vandaan komt. Met afstammingsinformatie wordt hierbij in ieder geval bedoeld: gegevens over de genetische ouders van het kind (waaronder mogelijke zaad- of eiceldonoren) en de eventuele niet-genetisch verwante geboortemoeder, waaronder contactgegevens, medische gegevens, en gegevens die een beeld geven van de persoon van de betrokkene. In geval van draagmoederschap gaat het hierbij bijvoorbeeld om informatie over de geboortemoeder van het kind en wie de donor is geweest van de zaad- of eicel als dit niet van de juridische ouders zelf afkomstig is, en informatie over eventuele genetische broertjes en zusjes. Daarnaast behoort ook informatie over de instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend bij de (totstandkoming van de) zwangerschap tot afstammingsinformatie. Er wordt onderkend dat de mogelijkheden tot controle op deze informatieplicht beperkt zullen zijn. Het opnemen van deze plicht in de wet wordt wél noodzakelijk geacht, want het geeft een duidelijk signaal wat in onze samenleving van ouders en personen met gezag wordt verwacht. En het biedt kinderen houvast indien de informatie niet is verstrekt

De introductie van een regeling voor draagmoederschap versterkt de behoefte om de gegevens betreffende de biologische afstamming op te slaan, zodat deze op termijn voor het betrokken kind te achterhalen is. Hiervoor bestaat thans een regeling bij medische assistentie bij het gebruik van donorzaad of –eicellen.<sup>49</sup> Voor adoptie bestaat eveneens een regeling voor de opslag van informatie met betrekking tot de adoptie.<sup>50</sup> Voor kinderen die zijn geboren uit draagmoederschap zal een register worden opgezet waarin naast gegevens over de biologische afstamming, informatie zoals de beschikking van de rechter en de draagmoederschapsovereenkomst worden opgenomen. Voor buitenlandse draagmoederschapstrajecten zijn dit de buitenlandse geboorteakte en

---

<sup>47</sup> Eerdere vormen van ouderschap waarbij dit per definitie een rol speelt zijn de adoptie (Per 1 november 1956, wet van 26 januari 1956, *Stb.* 1956, 42) en het 'lesbisch ouderschap' (Per 1 april 2014, Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 480).

<sup>48</sup> Zie ook HR 18 maart 2016, ECLI:HR:2016:452.

<sup>49</sup> Wet donorgegeven kunstmatige bevruchting, inwerkingtreding 1 januari 2004, Wet van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240.

<sup>50</sup> Artikelen 17b t/m 17e Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie, inwerkingtreding 1 oktober 1998, Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 302.

andere gegevens op basis waarvan de akte is beoordeeld. Beoogd wordt om aan kinderen met vragen omtrent de afstamming een centrale toegang tot al deze gegevens te bieden, ongeacht de wijze waarop afstammingsrelaties tot stand zijn gekomen. De vormgeving van deze centrale toegang wordt parallel aan de totstandkoming van de Wet Kind, draagmoederschap en afstamming ter hand genomen. Voor het opzetten van een register met betrekking tot afstammingsgegevens in aanvulling op de donorgegevens en de adoptiegegevens wordt wel reeds een grondslag geboden. Tevens wordt duidelijk gemaakt welke onderdelen tenminste geregeld zullen worden, te weten: welke gegevens onder welke voorwaarden worden opgenomen, wie onder welke voorwaarden toegang heeft tot de gegevens, en de mogelijkheden van het kind om de registratie te laten schrappen.

## *6.2 Verlofregelingen zwangerschap en bevallingsverlof en ouderschapsverlof*

### **PM**

## *6.3 Versterking bescherming minderjarige ouders*

Bij brief van 12 juli 2019 heeft het kabinet de Tweede Kamer tevens aangekondigd te komen met een versterking van de bescherming van minderjarige ouders.<sup>51</sup> De uitwerking hiervan is tevens opgenomen in dit wetsvoorstel. Momenteel is erkenning van een kind mogelijk door een minderjarige van 16 jaar of ouder. Minderjarige moeders kunnen altijd toestemming geven voor de erkenning, ongeacht de leeftijd van de moeder. De wet wordt aangepast overeenkomstig het uitgangspunt dat ouderschap in beginsel een volwassen aangelegenheid is. Voor een erkenning of toestemming voor erkenning tijdens de minderjarigheid van de ouder geldt dat eerst om toestemming van de rechter zal moeten worden verzocht. Een verzoek hiertoe is mogelijk vanaf het bereiken van de leeftijd van 16 jaar. De rechtbank heeft hierbij een ruime beoordelingsmarge.

Daarnaast wordt de mogelijkheid geïntroduceerd voor de minderjarige erkenner van 16 jaar of ouder om een verzoek te doen tot meerderjarigverklaring, waarmee het mogelijk wordt voor minderjarige ouders om gezamenlijk het gezag over hun kind op zich te nemen.

## *6.4 Overgangsrecht*

Er wordt geen bijzondere regeling van overgangsrecht getroffen in de regeling. Daarmee geldt het uitgangspunt van onmiddellijke werking. Overgangsrecht is niet noodzakelijk voor binnenlands draagmoederschap, gelet op de beoogde toetsing van trajecten vooraf en het gegeven dat het gebruik van de algemene leerstukken van erkenning, gezagswissel en adoptie mogelijk blijft. De introductie van een verbod op kinderkoop kan consequenties hebben voor de lopende afspraken tussen draagmoeders en wensouders

---

<sup>51</sup> Kamerstukken II, 2018/19, 33 836, nr. 45.

over betaling. Gelet op de aard van deze bepaling ligt overgangsrecht op dit punt niet in de rede.

Voor internationale gevallen geldt dat de eenvoudige erkenning mogelijk is in de bij wet bepaalde gevallen, ongeacht het moment van de totstandkoming van het ouderschap.

### 6.5 Evaluatie

Gelet op de ervaringen uit het verleden, bijvoorbeeld op het terrein van adoptie en het gebruik van zaad- en eiceldonoren, acht het kabinet het van belang dat de regeling tijdig wordt geëvalueerd. Enerzijds om de gevolgen voor de sociaalpsychologische ontwikkeling van de betrokken kinderen te kunnen bezien. Anderzijds om te bezien of de regeling de problemen in de praktijk van kinderen, draagmoeders en (wens)ouders helpt op te lossen. Hiervoor zal na 5 jaar een evaluatie plaatsvinden.

## 7. Consultatie

PM

## 8. Uitvoerings- en handhavingsaspecten

Dit wetsvoorstel brengt als belangrijkste aanpassing van de huidige rechtspraktijk dat voortaan voorafgaand aan het draagmoederschap een beslissing door de rechter zal worden gegeven, in plaats van achteraf. Dit heeft als gewenst gevolg dat er meer ruimte ontstaat voor een rechterlijke afweging. Bij deze afweging staan het belang van het kind en de bescherming van de autonomie van de draagmoeder voorop. Door in de wet de belangrijkste toetspunten aan te geven, wordt een invulling gegeven die handvatten biedt voor de toetsing door de rechter. De rechter wordt daarbij ondersteund door de verplicht door ouders te volgen voorlichting en counseling. Heeft de rechter hieraan behoefte ten behoeve van de beslissing, dan kan zij een beroep doen op de raad voor de kindbescherming voor nader onderzoek. Gebruik maken van de specifieke regeling voor draagmoederschap is niet verplicht. Voor wensouders en draagmoeders die geen gebruik maken van de regeling, geldt het thans bestaande kader.

Een tweede vernieuwing betreft de introductie van een verbod op kinderkoop.

PM

Voor internationaal draagmoederschap geldt dat de regeling leidt tot meer duidelijkheid over de erkenning van het daaruit ontstane ouderschap. Gelet op het ontbreken van een internationale regeling en de veelvormigheid van draagmoederschapsregelingen in het buitenland is het onmogelijk om een sluitende regeling te bieden voor de erkenning van buitenlands draagmoederschap. De regeling biedt evenwel duidelijkheid over de gevallen waarin erkenning in ieder geval aan de orde zal kunnen zijn, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tot weigering van

de erkenning voor de ambtenaar van burgerlijke stand of ambassade in geval van twijfel over de gevolgde procedure dan wel de overeenstemming met de Nederlandse openbare orde.

## **9. Toezicht en handhaving**

Dit wetsvoorstel betekent een belangrijke verbetering van het toezicht op draagmoederschap. Doordat de rechter vooraf wordt betrokken en het volgen van voorlichting en counseling daarbij een rol zal spelen, komt er een gesprek op gang met wensouders over de uitwerking van hun voornemens. Het kind blijft voor een belangrijk deel van de afstammingsinformatie afhankelijk van de wensouders. Zij dienen documentatie aan te leveren en kinderen voor te lichten. Zijn zij onwillig, dan kan dat mogelijk leiden tot kindbeschermingsmaatregelen, maar enkel indien de ontwikkeling van het kind daardoor ernstig wordt bedreigd.

Voor de handhaving van het verbod op kinderkoop wordt hier verwezen naar par. 5.1.

## **10. Verwerken persoonsgegevens**

Dit voorstel biedt een grondslag voor het nieuw in te stellen afstammingsregister. Dat register is niet openbaar, maar zal ten behoeve van de minderjarige gegevens bevatten over de (biologische/genetische) afstamming van de minderjarige. Daarmee is de doelstelling van de bewaring tevens gegeven. Welke gegevens worden aangetekend, de wijze van aantekening, de toegang tot de gegevens, bewaring, verstrekking en verwijdering van aangetekende gegevens zal nader worden uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur (AMvB).

De wet geeft daarbij op meerdere plaatsen een verplichting tot opname van gegevens in dit register: artikel 1:217, lid 2, BW bepaalt dat de beschikking houdende een gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap én de overeenkomst tussen wensouders en draagmoeder door de griffier aan het afstammingsregister worden gezonden ter opname. Artikel 10:101a, lid 5 BW bevat een vergelijkbare regeling voor draagmoederschap dat tot stand is gekomen in het buitenland.

Op de verwerking van bovengenoemde persoonsgegevens is de Algemene verordening gegevensverwerking (AVG) van toepassing.<sup>52</sup> De griffier en het afstammingsregister verwerken persoonsgegevens als bedoeld in artikel 4 van de AVG. Het gaat in ieder geval om persoonsgegevens betreffende de persoon van de minderjarige, de draagmoeder en de wensouders. Verwerking van persoonsgegevens is rechtmatig mits zij op een van de in artikel 6, eerste lid, AVG opgenoemde gronden berust. Het voorstel biedt met artikel 199a

---

<sup>52</sup> Zie voor een beschrijving van de systematiek van de AVG Kamerstukken II 2017/2018, 34 851, nr. 3, p. 52 e.v.

een wettelijke grondslag voor de verwerking, overeenkomstig artikel 6, lid 1, onderdeel c, en lid 3 van de AVG. In de op hetzelfde artikel berustende AMvB zal de verwerkingsverantwoordelijke worden aangeduid. Ook zullen de relevante uitgangspunten van de AVG hierin hun beslag krijgen, zoals het beginsel van doelbinding en de beperking van de opslag tot die persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor de doelstelling van het register.

Daarnaast bevat het voorstel een verplichting tot overlegging van een verslag van de afgeronde voorlichting en counseling (artikel 1:215, lid 1, onder a, BW). Deze overlegging houdt verband met de bescherming van de twee centrale belangen in de regeling voor draagmoederschap, zoals opgenomen in artikel 1:214, lid 3, BW; het belang van het kind en de vrije instemming van alle betrokkenen. Eventueel uit de voorlichting en counseling voortvloeiende contra-indicaties zullen deel uitmaken van het verslag. De manier waarop het verslag wordt ingericht zal worden vastgesteld bij ministeriële regeling, op grond van het tweede lid van hetzelfde artikel. Dat zal tevens de wettelijke grondslag vormen voor opname van die gegevens. Deze gegevens hebben betrekking op de persoon van de draagmoeder en de wensouders. Het is vervolgens aan de betrokkenen zelf of zij het verslag toezenden aan de rechter of niet, ware het niet dat zonder een dergelijk verslag geen gebruik gemaakt kan worden van de draagmoederschapsregeling.

De Autoriteit Persoonsgegevens houdt toezicht op de naleving van de AVG. Deze autoriteit kan zo nodig handhavend optreden, onder meer door een dwangsom of een boete op te leggen.

Deels kan het bij het afstammingsregister en bij de verslaglegging rond de counseling gaan om de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, namelijk gezondheidsgegevens en bij het afstammingsregister eventueel genetische gegevens. Deze verwerking wordt voor het afstammingsregister noodzakelijk geacht ter bescherming van de vitale belangen van het kind bij de waarborging van zijn belangen binnen het traject van het draagmoederschap en bij de beschikbaarheid op termijn van die gegevens (artikel 9, lid 2 onder c AVG, artikel 22, lid 2, onder b, uitvoeringswet AVG). De verslaglegging rond de counseling waarborgt eveneens die belangen, alsmede de belangen van de betrokkenen bij de vrije instemming met het draagmoederschap. De doorzending van de gegevens naar het afstammingsregister en de verwerking van de verslaglegging rond de counseling is daarnaast noodzakelijk voor de behandeling van het verzoek door de rechter, als bedoeld in artikel 22, lid 2, onder e van de Uitvoeringswet AVG.

## **11. Financiële gevolgen**

**PM**

## Artikelsgewijze toelichting

### Artikel I Boek 1 BW

#### A Artikel 1:3 BW

Artikel 3 wordt aangevuld opdat bij de bepaling van de graad van bloedverwantschap ook rekening wordt gehouden met een gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap.

#### B Artikel 1:5 BW

In het eerste lid van artikel 5 is het uitgangspunt neergelegd dat het kind dat in familierechtelijke betrekking staat tot slechts één ouder, de geslachtsnaam van die ouder heeft. Eerder was daarbij voor de alleenstaande vader geëxpliciteerd dat dit enkel in geval van adoptie aan de orde kon zijn. Deze toevoeging was in feite overbodig, nu dit reeds volgde uit het systeem van de wet. Nu er naast adoptie ook de mogelijkheid bestaat dat een kind na draagmoederschap in familierechtelijke betrekking met een enkele vader komt te staan, is het wenselijk de verwijzing naar de adoptie te schrappen.

In het nieuwe zesde lid wordt toegevoegd dat de wensouders bij de rechter een verklaring dienen af te leggen met betrekking tot de geslachtsnaam die het kind zal dragen.

#### C Artikel 1:20 BW

Artikel 20 wordt aangevuld met de gerechtelijke toekenning van het ouderschap om een grondslag te bieden voor de aantekening van de rechterlijke uitspraak als latere vermelding op de geboorteakte. De inschrijving van de rechterlijke beslissing werkt vanaf de geboorte.

#### D Artikel 1:22 BW

Artikel 22 wordt aangepast aan het gegeven dat de vrouw uit wie het kind geboren wordt, na draagmoederschap niet de moeder zal zijn.

#### E Artikel 1:198 BW

Artikel 198 wordt aangepast om rekening te houden met de gerechtelijke toekenning van het ouderschap. Het uitgangspunt dat de geboortemoeder altijd de moeder van het kind is, wordt met deze aanpassing verlaten. Er is tevens voorzien in een regeling die het moederschap van de duomoeder uitsluit na de gerechtelijke toekenning van het ouderschap.

## **F Artikel 1:199 BW**

Artikel 199 wordt aangepast om rekening te houden met de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap.

## **G Artikel 1:199a BW**

In de Kamerbrief van 12 juli 2019 is aangekondigd dat er één herkenbaar centraal punt komt waar kinderen en andere betrokkenen die op zoek zijn naar afstammingsinformatie terecht kunnen voor toegang tot beschikbare gegevens.<sup>53</sup> Hier zouden op termijn in ieder geval zowel donorgegevens, gegevens over de draagmoeder of de anonieme geboortemoeder, binnenlandse en buitenlandse adoptiegegevens en andere eventueel beschikbare gegevens over biologische afstamming moeten kunnen worden opgeslagen. De uitgebreide registratiemogelijkheden en centrale toegang zouden niet ten koste mogen gaan van de betrouwbaarheid van bestaande gegevensverzamelingen, zoals die van het register donorgegevens kunstmatige bevruchting. Het voorgestelde artikel 199a biedt de grondslag voor de instelling van een register, in ieder geval voor de gegevens die op dit moment nog niet worden opgeslagen.

## **H Artikel 1:204 BW**

Met de aanpassing aan het eerste lid onderdeel a wordt duidelijk gemaakt dat erkenning door een tweede ouder ook mogelijk is, indien de eerste ouder na gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap ouder van het kind is geworden. Dit sluit aan bij de bestaande mogelijkheid van erkenning na adoptie, zoals tot uitdrukking is gebracht in artikel 204, eerste lid, onder c.<sup>54</sup>

De eis dat de minderjarige die erkent tenminste 16 jaar is (onderdeel b), is vervangen door een nieuw lid 6 dat voor zowel de minderjarige erkenner als de minderjarige geboortemoeder bepaalt dat erkenning slechts mogelijk is na toestemming van de rechtbank. Een verzoek hiertoe is mogelijk vanaf het bereiken van de leeftijd van 16 jaar. Ouderschap is in beginsel een volwassen aangelegenheid. Net als bij de vereiste toestemming voor de erkenning door een onder curatele gestelde,<sup>55</sup> wordt hierbij een ruime beoordelingsmarge gelaten aan de rechtbank. Het beoordelingskader verschilt daarmee ook van dat bij de vervangende toestemming voor erkenning op grond van het derde en vierde lid. Daarbij dient overigens in het oog te worden gehouden dat indien de geboortemoeder geen toestemming voor erkenning kan geven, wel om vervangende toestemming op grond van het derde en vierde lid verzocht kan worden. Het ligt in die gevallen om proceseconomische redenen niet voor de hand om het geven van

---

<sup>53</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 33 836, nr. 45.

<sup>54</sup> Zoals ingevoegd bij NvW, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 7.

<sup>55</sup> Artikel 1:204, lid 5, BW. Dit vereiste wordt uitgebreid naar de onder curatele gestelde moeder met het wetsvoorstel Tegengaan huwelijkse gevangenschap en enige andere onderwerpen, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 348, nrs. 1-3.



toestemming te weigeren indien vervangende toestemming wel zou moeten worden gegeven.

#### **I Artikel 1:205 en artikel 1:205a**

Het introduceren van de eis van meerderjarigheid voor de erkenning heeft ook gevolgen voor de mogelijkheden tot vernietiging van de erkenning. De grond dat tijdens de minderjarigheid misbruik van omstandigheden is gemaakt, kan worden geschrapt. De geïntroduceerde voorafgaande toetsing door de rechter bij een wens tot erkenning of tot toestemming voor erkenning waarborgt dat van misbruik van omstandigheden in deze gevallen geen sprake kan zijn.

#### **J Artikel 1:207 BW**

Evenals bij de erkenning, wordt de leeftijdsgrens voor de vaststelling van het ouderschap opgehoogd. Eerder kon het ouderschap van een zestienjarige reeds worden vastgesteld. Nu wordt voor de vaststelling van het ouderschap de meerderjarigheid vereist van de vermoedelijke verwekker of persoon die heeft ingestemd met een daad die de verwekking kan veroorzaken. Om te voorkomen dat dit zou leiden tot een onaanvaardbare bekorting van de verzoektermijn van de moeder is het derde lid aangevuld, zodat haar verzoektermijn pas begint te lopen op het moment van meerderjarigheid van de vermoedelijke verwekker. De hoofdregel blijft dat het verzoek wordt gedaan binnen vijf jaren na de geboorte van het kind.

#### **K Afdeling 7 – Binnenlandse regeling voor draagmoederschap**

##### *Artikel 1:214 BW*

Artikel 1:214 BW geeft de regeling voor draagmoederschap. Ouderschap na draagmoederschap is mogelijk na een gezamenlijk verzoek om toekenning van het ouderschap door de draagmoeder en de wensouder of de twee wensouders. De gerechtelijke toekenning kan niet leiden tot meer dan twee ouders.

In het tweede lid is de algemene eis van het niet bestaan van huwelijksbeletselen herhaald zoals ook geldt voor de erkenning (artikel 1:204, eerste lid, onder a BW) en de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap (artikel 1:207, tweede lid, onder b BW).

Het derde lid bevat de twee centrale toetscriteria bij draagmoederschap: het belang van het kind en de vrije instemming van partijen. Beide criteria worden later nader ingevuld door de eisen aan draagmoederschap in het vierde lid, artikel 1:215 BW en de overige onderdelen van afdeling 7. Voor afwijzing op grond van het belang van het kind is de overtuiging vereist dat het draagmoederschap niet in het belang van het kind is. De rechtbank moet daarnaast positief vaststellen dat alle betrokkenen hun vrije instemming verlenen. Onder betrokkenen moet in dit geval tevens een eventuele echtgeno(o)t(e), geregistreerd partner van de draagmoeder worden begrepen. Deze dient in te stemmen

met een constructie waarbij afgeweken wordt van diens van rechtswege ontstaand ouderschap. Het lid bevat een vangnetnorm, die de rechtbank de ruimte biedt om te komen tot een eigen beoordeling, in aanvulling op de eisen die expliciet in de wet zijn opgenomen.

Het vierde lid bepaalt dat een verzoek op straffe van niet-ontvankelijkheid een draagmoederschapsovereenkomst moet bevatten die voldoet aan de eisen van artikel 1:216 BW. De draagmoederschapsovereenkomst vormt een centraal onderdeel in het waarborgen van de vrije instemming van de draagmoeder en de wensouders. De in artikel 1:216 BW genoemde punten zien zowel op het goed zorgen voor de draagmoeder als op het belang van het kind bij een weldoordachte zwangerschap en goede afspraken over contact na afloop daarvan.

In het vijfde lid wordt de situatie geregeld dat een recente verklaring omtrent het gedrag ontbreekt van de wensouders of de levensgezel van een wensouder die het verzoek alleen doet. In dat geval zal telkens advies moeten worden ingewonnen van de raad voor de kindbescherming. ‘Recent’ betekent in dit verband dat de verklaring op het moment van indienen van het verzoek niet ouder is dan drie maanden. Bij de afgifte van de verklaring omtrent gedrag wordt gezien of de wensouders (en levensgezel) eerder zijn veroordeeld voor onder meer een zedendelict of kinderkoop of kinderverhandeling. Wordt een verklaring omtrent het gedrag niet overgelegd, dan is er aanleiding om de geschiktheid van de wensouders en levensgezel nader te bezien. Voor personen die niet de gewone verblijfplaats hebben in Nederland geldt dat een verklaring omtrent het gedrag op dit punt weinig informatie oplevert. Daarom is in dat geval een onderzoek van de raad voor de kindbescherming telkens noodzakelijk.

#### *Artikel 1:215 BW*

In dit artikel worden nadere voorwaarden gegeven voor de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. De vrijwillige instemming van alle betrokkenen is daarbij het belangrijkste vereiste. De vrijwillige instemming (‘informed consent’) impliceert tevens dat de draagmoeder en de wensouder(s) voorlichting en counseling hebben ontvangen en dat er onafhankelijk juridisch advies voor de draagmoeder is geweest en beschikbaar blijft (vergelijk ook de eisen aan de draagmoederschapsovereenkomst in artikel 1:216 BW).

De eis onder b expliciteert dat de draagmoeder nog niet zwanger van het kind kan zijn, voordat de rechter het ouderschap na draagmoederschap toekent. Alleen in dat geval hebben alle betrokkenen immers een gelijke positie in het overleg over de afspraken rond het draagmoederschap. Uit de voorwaarde van het ter zitting verklaren blijkt tevens dat de behandeling van een verzoek tot toekenning van het ouderschap niet schriftelijk kan worden afgedaan.

De eis onder c maakt duidelijk dat alle betrokkenen meerderjarig dienen te zijn ten tijde van het verzoek. Deze eis ligt in het verlengde van de eis van vrijwillige instemming van de betrokkenen. Het uitgangspunt is dat ouderschap een zaak voor volwassenen is. Anders dan bij de erkenning laat de regeling voor draagmoederschap geen ruimte voor het afwijken van de eis van meerderjarigheid.

Onder d is de eis opgenomen dat tenminste één van de wensouders de genetische ouder van het kind zal zijn. Hiervan kan alleen worden afgeweken indien een dergelijke genetische verwantschap onmogelijk is. Dat kan bijvoorbeeld zijn omdat het medisch onmogelijk is om een zaad- of eikel te leveren of omdat het anderszins medisch onverantwoord zou zijn om een genetische verwantschap te laten ontstaan.

De eis onder e maakt duidelijk dat als er gebruik wordt gemaakt van genetisch materiaal van anderen dan de wensouder zal vast moeten staan dat de identiteit van de donor op termijn voor het kind te achterhalen is. Indien gebruik gemaakt wordt van medische assistentie binnen Nederland is dit gewaarborgd via de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Wordt niet gebruik gemaakt van medische assistentie, dan kan dit door opname van de donorgegevens in de draagmoederschapsovereenkomst. De draagmoederschapsovereenkomst wordt na gerechtelijke toekenning van het ouderschap opgenomen in het register bedoeld in artikel 1:199a BW en is voor het kind als zodanig op termijn te achterhalen.

De eis onder f ziet op de (on)kostenvergoeding die de draagmoeder heeft ontvangen of zal ontvangen. Welke (on)kosten voor vergoeding in aanmerking komen wordt nader ingevuld in een Algemene maatregel van bestuur. Gelet op het principiële karakter van de vergoeding is in het derde lid van dit artikel voorzien in een voorhangprocedure, waardoor beide Kamers betrokken zijn bij de vaststelling van deze vergoeding.

De eisen onder g tot en met j hangen samen met de wens te voorkomen dat de regeling de deuren opent voor vormen van 'draagmoederschapstoerisme' richting Nederland. De eisen beogen vooraf zo veel mogelijk zeker te stellen dat de draagmoeder niet wordt uitgebuit en dat het betrokken kind vanaf de geboorte verzekerd zal zijn van ouders, een vaststaande identiteit, geslachtsnaam en nationaliteit. Bovendien beogen de eisen te verzekeren dat het draagmoederschap plaatsvindt binnen het zicht van de Nederlandse autoriteiten. De eis in onderdeel j dat de draagmoeder haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft, omvat tevens de eis dat zij deze naar redelijke verwachting gedurende de zwangerschap zal behouden. Hetzelfde geldt voor degene die het ouderschap wenst te aanvaarden. De eis onder k is mede opgenomen naar aanleiding van het advies hiertoe van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ).

De Staatscommissie Internationaal Privaatrecht (IPR) heeft aanbevolen de eis van een gewone verblijfplaats niet op te nemen in de materiële regeling, maar deze op te nemen in een nieuw op te stellen afzonderlijke bepaling waarmee de bevoegdheid wordt

bepaald van de Nederlandse rechter in zaken met betrekking tot draagmoederschap. De Staatscommissie IPR stelt daartoe dat de huidige bevoegdheidsgronden, opgenomen in artikel 3 onder a en c Rv, in veel gevallen tot toegang tot de rechter kunnen leiden, ook in situaties waarin, gelet op de voorstellen van de Staatscommissie Herijking ouderschap, geen toegang tot de Nederlandse draagmoederschapsregeling is toegestaan. Bovendien zou een te ruime bevoegdheidsgrond mogelijk kunnen leiden tot niet-erkenning in het buitenland. Indien de rechtsmacht van de Nederlandse rechter op deze wijze wordt geregeld, wordt 'draagmoederschapstoerisme' voorkomen, aldus de Staatscommissie IPR. Een kleine minderheid van de Staatscommissie IPR acht een afzonderlijke internationale bevoegdheidsregeling voor draagmoederschap minder wenselijk. Zij meent dat de door de Staatscommissie herijking ouderschap voorgestelde eisen in de materiële regeling voldoende mogelijkheden bieden om een te ruim gebruik van de draagmoederschapsregeling tegen te gaan en dat wenselijk is dat op grond van de huidige bevoegdheidsgrond van art. 3 sub c Rv bevoegdheid kan worden aangenomen in specifieke gevallen die evident met Nederland verbonden zijn, maar die door de Staatscommissie IPR voorgestelde bijzondere rechtsmachtregel voor draagmoederschap niet bij de Nederlandse rechter terecht zouden kunnen.

Bijkomend argument van de Staatscommissie IPR lijkt daarbij te zijn dat door te kiezen voor een speciale regeling voor draagmoederschap de toepassing van de in artikel 9 onder a Rv geboden mogelijkheid om bevoegdheid aan te nemen op grond van het verschijnen van verweerder in de procedure kan worden uitgesloten. Deze mogelijkheid staat enkel open voor rechtsbetrekkingen die ter vrije bepaling van partijen staan. Traditioneel wordt van het familierecht gezegd dat dit in het algemeen niet ter vrije bepaling van partijen staat, en daarom niet onder deze bepaling zou vallen. Dit geldt ook voor de gerechtelijke vaststelling van ouderschap na draagmoederschap. Ook de draagmoederschapsovereenkomst is met deze regeling in belangrijke mate ingeperkt.

Gelet op de gewisselde argumenten is niet gekozen voor een afzonderlijke bepaling voor de rechtsmacht in zaken van draagmoederschap. Doorslaggevend daarbij is dat, indien ervoor zou worden gekozen om de gewone verblijfplaats als eis voor de bevoegdheid te formuleren, de toetsing van de gewone verblijfplaats beperkt blijft tot het moment van de beoordeling van de rechtsmacht. Daarmee zou onvoldoende tot uitdrukking komen dat de rechter moet toetsen of de verwachting is dat de gewone verblijfplaats ook gedurende de zwangerschap in Nederland zal blijven. Juist nu draagmoederschap een in veel landen ongeregeld fenomeen is, is het van belang dat wensouders en draagmoeder niet alleen ten tijde van de rechterlijke beoordeling, maar ook daarna in Nederland de gewone verblijfplaats zullen houden. Dat bevordert tevens een soepele geboorteaangifte. De eis van gewone verblijfplaats is daarbij de waarborg tegen draagmoederschapstoerisme, ongeacht waar die eis is geformuleerd; ook daarvoor is een afzonderlijke bepaling niet noodzakelijk.

In het vierde lid is vastgelegd dat als één wensouder samen met de draagmoeder een verzoek doet, de instemming van de levensgezel van de wensouder dient te blijken uit een bij het verzoek te overleggen verklaring. De levensgezel zal tevens de voorgeschreven voorlichting en counseling dienen te volgen, waarvan ook een verslag dient te worden overgelegd aan de rechter. Daarmee wordt voorkomen dat op oneigenlijke gronden wordt gekozen voor een verzoek door een wensouder alleen om vervolgens het ouderschap van de tweede ouder tot stand te laten komen door middel van een erkenning.

#### *Artikel 1:216 BW*

Artikel 1:216 BW regelt wat minimaal dient te worden opgenomen in de draagmoederschapsovereenkomst. Het samenstel van de artikelen 1:214, 1:215 en 1:216 BW maakt duidelijk dat de draagmoederschapsovereenkomst een belangrijke rol speelt in de zorgvuldige voorbereiding van het draagmoederschap. Het betreft een van de waarborgen voor de voorafgaande juridische voorlichting aan partijen en expliciteert de wederzijdse verwachtingen rond de zwangerschap en de plaats van de draagmoeder in het leven van het kind na de geboorte.

De overeenkomst kan leiden tot wederzijdse aanspraken. Die aanspraken worden evenwel ingekaderd door de regeling over draagmoederschap en de algemene uitgangspunten voor het rechtsverkeer, meer in het bijzonder artikel 3:40 BW. Op basis van dit artikel is een rechtshandeling nietig wanneer inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Dit betreft in ieder geval afspraken over situaties waarin abortus zou moeten worden overwogen, of over het afbreken van de zwangerschap op verzoek van de wensouders. Dit soort afspraken zijn niet afdwingbaar.

In artikel 1:219 BW is daarbij geregeld dat door de herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap geen vordering ontstaat tot teruggave van de kosten die waren verbonden aan het draagmoederschap. Dit betekent dat betaalde onkostenvergoedingen, kosten voor juridische bijstand, counseling of anderszins begeleiding, niet kunnen worden teruggevorderd van de draagmoeder in het geval zij zich op enig moment terugtrekt uit het draagmoederschapstraject. De regeling in afdeling 7 is dwingend van aard; er kan niet bij overeenkomst van worden afgeweken.

#### *Artikel 1:217 BW*

De beschikking wordt gezonden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van de draagmoeder. Dit waarborgt dat het bestaan van de beschikking bekend zal worden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand die de geboorteakte opmaakt. Wordt het kind geboren in een andere woonplaats dan de woonplaats van de draagmoeder, dan volgt uit het werkproces van de ambtenaar van de burgerlijke stand dat navraag wordt gedaan bij de woonplaats van de draagmoeder of er een erkenning

heeft plaatsgevonden. Ook het bestaan van de toekenning van ouderschap na draagmoederschap zal op deze wijze bekend kunnen raken bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van een andere gemeente dan de woonplaats van de draagmoeder.

De beschikking en de overeenkomst worden tevens ingeschreven in het register voor afstammingsgegevens. Daartoe zendt de griffier de beschikking en de overeenkomst aan het register.

#### *Artikel 1:218 BW*

In het eerste lid van dit artikel wordt de werkingsperiode van de toekenning van het ouderschap geregeld. De toekenning heeft slechts eenmalig effect, en wel op de eerste zwangerschap waaruit één of meer kinderen worden geboren. Uit artikel 1:2 BW zou volgen dat de toekenning geen effect heeft bij een niet levend geboren kind. Om te voorkomen dat een levenloos geboren kind als kind van de draagmoeder zou worden geregistreerd, en niet als kind van de wensouders, is bepaald dat de toekenning van het ouderschap tevens werkt voor het ouderschap van een levenloos geboren kind.

De werking van de beschikking van de rechter is in duur beperkt tot een periode van twee jaar. Deze beperkte duur hangt samen met het gegeven dat de omstandigheden van zowel draagmoeder als wensouder na de toekenning kunnen veranderen en het wenselijk is dat deze periodiek opnieuw aan een beoordeling worden onderworpen. Een periode van 2 jaar impliceert dat de draagmoeder zwanger dient te worden in de periode tot ca. 14 maanden na het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking houdende toekenning van het ouderschap. Tevens is het voor de burgerlijke stand van belang dat duidelijk is tot wanneer de beschikking werkt.

Het tweede lid maakt duidelijk dat de gerechtelijke toekenning van het ouderschap werkt vanaf de geboorte. Met de verwijzing naar artikel 1:2 BW wordt verduidelijkt dat de werking vanaf de geboorte er niet aan in de weg staat dat het kind bijvoorbeeld erfgenaam kan zijn van een der wensouders, indien deze tijdens de zwangerschap komt te overlijden. Andersom is het ongebooren kind niet met toepassing van artikel 1:2 BW van rechtswege erfgenaam van de draagmoeder.

#### *Artikel 1:219 BW*

In dit artikel wordt de mogelijkheid geregeld voor de herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap op verzoek van één van de partijen. Is er nog geen zwangerschap of heeft de zwangerschap niet geleid tot de geboorte van een levend kind, dan is doorhaling altijd mogelijk (eerste lid).

Het tweede lid geeft het criterium voor herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap op verzoek van de draagmoeder. Dit is mogelijk in geval van bedreiging, dwaling of bedrog, of bij wijziging van omstandigheden. In alle gevallen zal de rechtbank moeten beoordelen of zij herroeping het meest in het belang van het kind

vindt. De rechtbank zal daarbij naast de aard van de gewijzigde omstandigheden (of de bedreiging, de dwaling of het bedrog) mede in aanmerking kunnen nemen of er een genetische band tussen draagmoeder en kind bestaat.

Het derde lid ziet op een verzoek van de wensouders. Een dergelijk verzoek is alleen mogelijk bij bedreiging, dwaling of bedrog bij het verzoek tot gerechtelijke toekenning van het ouderschap, of indien de wensouders nadien zijn bedrogen door de draagmoeder omtrent de wijze waarop de zwangerschap tot stand is gekomen. Dit is breder dan enkel bedrog omtrent het bestaan van een verwekker, maar ziet ook op de omstandigheden rond IVF of donorbevruchting zonder verwekkerschap. Het dient evenwel te gaan om bedrog door de draagmoeder. Onzorgvuldigheid of bedrog van de IVF-kliniek leidt niet tot een wijziging van de afstamming. Het is de verantwoordelijkheid van de wensouders om, indien er reden bestaat te twifelen aan de omstandigheden van de totstandkoming van de zwangerschap, tijdig een DNA-test uit te voeren.

Bedrog door de draagmoeder en een herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap kunnen aanleiding zijn voor zorgen over het toekomstige welzijn van het kind bij de draagmoeder. In deze situatie kan een beroep worden gedaan op de reguliere kindbeschermingsmaatregelen. Het verzoek op grond van het derde lid kan ook afkomstig zijn van één van de personen die het ouderschap hebben aanvaard. De herroeping ziet in dat geval enkel op de afstammingsrelatie tussen het kind en die ouder. De gevolgen van de herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap zijn niet geregeld. Na herroeping geldt het reguliere afstammingsrecht.

Het vierde lid en vijfde lid komen overeen met de bestaande vernietigingsmogelijkheid bij erkenning of de ontkenning van het ouderschap, met een aangepaste termijn van zes weken. Er bestaat bij draagmoederschap slechts een beperkte periode voor een verzoek tot herroeping van de toekenning van het ouderschap. Die beperkte periode geldt in alle gevallen, ook als bedrog pas na de periode van 6 weken aan het licht komt. Anders dan bij andere vormen van herroeping of vernietiging van ontstane afstammingsbanden, wordt ook de band met de geboortemoeder bij draagmoederschap doorgesneden. De geboortemoeder heeft het kind immers niet gedragen met het oog op eigen toekomstig moederschap. Met de korte verzoekperiode wordt daarom beoogd zo snel mogelijk zekerheid te bieden over de afstamming van het kind. Ook de versnelde behandeling van het verzoek, op grond van het zesde lid, hangt daarmee samen.

#### *Artikel 1:220 BW*

Dit artikel regelt de gevolgen van de door de rechter herroepen gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. Die gevolgen zijn dezelfde als die zijn verbonden aan de ontkenning van het ouderschap en de vernietiging van de erkenning; de toekenning wordt geacht geen gevolg te hebben gehad. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden niet geschaad en het ontstaan van een vordering tot teruggave

van kosten van verzorging en opvoeding wordt uitgesloten. De regel is aangevuld in die zin dat is bepaald dat door de herroeping geen vordering ontstaat tot teruggave van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap. Hiermee wordt de vrije instemming van de draagmoeder gewaarborgd tot en met de termijn van 6 weken na de geboorte van het kind waarin zij op basis van gewijzigde omstandigheden kan terugkomen op haar intentie. Zij hoeft niet te vrezen dat hierdoor een terugbetalingsverplichting ontstaat jegens de ouders. Dit betreft alle kosten die door de wensouders zijn vergoed aan de draagmoeder of anderszins zijn gemaakt in het kader van het draagmoederschap. Hierbij is een afweging gemaakt tussen enerzijds een risico op misbruik door de draagmoeder en anderzijds de noodzakelijke vrije instemming van de draagmoeder gedurende het gehele traject. De rechterlijke beoordeling vooraf, en bij nieuw opgekomen bezwaren tevens achteraf, vormt een afdoende waarborg tegen een eventueel risico op misbruik door de draagmoeder.

In de verhouding tussen de oorspronkelijke wensouder en het kind geldt de regeling die bekend is van de regeling bij de vernietiging van de erkenning en de gegrondverklaring van de ontkenning van het ouderschap. Het derde lid bepaalt dat door de herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap geen vordering tot teruggave van kosten van verzorging en opvoeding of van kosten van levensonderhoud ontstaat, noch tot teruggave van het krachtens vruchtgenot genotene. De oorspronkelijke wensouder kan dus, ondanks de terugwerkende kracht van de herroeping, van het kind niet de door hem in het verleden betaalde kosten voor het levensonderhoud terugvorderen. Omgekeerd, en meer theoretisch, kan het kind geen teruggave vorderen van de oorspronkelijke wensouder van hetgeen hij/zij krachtens vruchtgenot van het vermogen van het minderjarige kind heeft ontvangen. Deze regel fixeert dus de vermogensrechtelijke stand van zaken zoals die op het moment van de herroeping is. De betrokkenen zullen doorgaans immers geen rekening hebben gehouden met deze gebeurtenis. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van genoten vermogensrechtelijke voordelen, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het doen van het verzoek daardoor niet was gebaat.

#### *Artikel 1:221 BW*

Deze bepaling is gebaseerd op artikel 1:229, vierde lid BW, waarin eenzelfde regeling is opgenomen voor gezag na adoptie. De bepaling maakt duidelijk dat na draagmoederschap beide ouders het gezag over het kind uitoefenen.

#### **L & M Artikelen 1:247 en 1:248 BW**

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 18 maart 2016<sup>56</sup> reeds overwogen dat het geven van informatie over de afstamming ('statusvoorlichting') tot de zorg en

---

<sup>56</sup> ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210 m.nt. S.F.M. Wortmann.



verantwoordelijkheid voor het geestelijk welzijn en de persoonlijke ontwikkeling van het kind behoort. Het is daarom aan de ouder met gezag om het kind die informatie te geven. In beginsel is het aan deze ouder voorbehouden het daartoe geschikte moment te bepalen. Daarbij dient evenwel het belang van het kind voorop te staan. Ouderlijk gezag is weliswaar een aan de ouders toekomend 'recht', maar dit recht is gegeven in het belang van het kind en kan daarom niet los worden gezien van de verplichting dat belang te dienen, aldus de Hoge Raad in zijn uitspraak. De Staatscommissie Herijking ouderschap sloot bij deze uitspraak aan door voor te stellen dit recht van kinderen als informatieverplichting voor de gezagsdragers te expliciteren in artikel 1:247 BW. De door de Staatscommissie geopperde term 'informatie over de ontstaansgeschiedenis' is niet overgenomen, omdat deze term onvoldoende aansluit bij het normale spraakgebruik. Daarom is gekozen voor 'voorlichting over de afstamming'. In lijn met het advies van de Staatscommissie moet 'voorlichting over de afstamming' in dit verband ruim worden uitgelegd. Met informatie over de afstamming wordt hierbij in ieder geval bedoeld: gegevens over de genetische ouders van het kind (waaronder mogelijke zaad- en/of eiceldonoren), en de eventuele niet-genetisch verwante geboortemoeder, waaronder contactgegevens, medische gegevens en gegevens die een beeld geven van de persoon van de geboortemoeder. Daarnaast behoort ook informatie over de instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend bij de zwangerschap tot informatie over de afstamming van een kind.

Van de ouders met gezag mag worden verwacht dat zij het kind bijtijds voorlichten en indien van toepassing doorverwijzen naar het register met afstammingsgegevens, bedoeld in artikel 1:199a BW. De voorlichtingsplicht is, in navolging van de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt, niet gekoppeld aan het ouderschap op zich, maar aan het gezag. Gesteld kan worden dat ouderschap op zich leidt tot verantwoordelijkheid voor het kind én voor de afstammingsvoorlichting.<sup>57</sup> Dit betreft een morele verplichting voor ouders om mee te werken aan de voorlichting indien de voogd of ouder met gezag de tijd gekomen acht voor die voorlichting. Een zelfstandige juridische verplichting voor de ouder zou evenwel het primaat doorkruisen van de gezagsdrager bij de zorg voor het geestelijk welzijn en persoonlijke ontwikkeling van het kind. Om die reden is afgezien van een juridische verplichting voor de (biologische) ouder zonder gezag.

Op grond van artikel 1:248 BW rust op de voogd de verplichting erop toe te zien dat het kind wordt voorgelicht over diens afstamming. Dit sluit aan bij het gegeven dat de voogd dient te bepalen wanneer afstammingsvoorlichting moet worden gegeven, maar in veel gevallen deze informatie beter afkomstig zal zijn van de ouder. Het verdient in beginsel de voorkeur dat de voogd of verzorger deze voorlichtingsplicht zo invult dat er op wordt toegezien dat de voorlichting plaatsvindt door de ouders van het kind. Maar er zijn situaties waarbij voorlichting door de ouder onmogelijk of onwenselijk is. Door te

---

<sup>57</sup> In die zin: W.M. Schrama, 'Het recht op afstammingsinformatie in draagmoederschapszaken', *FJR* 2019/50.

stellen dat de voogd toeziet op de voorlichting, wordt tot uitdrukking gebracht dat voorkomen moet worden dat de voorlichting de band tussen ouders en kind onnodig verstoort. De verplichting van de voogd betreft de bij hem of haar aanwezige kennis op dit punt: het vergt behoudens uitzonderlijke omstandigheden geen zelfstandig onderzoek naar de afstamming van het kind.

#### **N Artikel 1:253ha BW**

Ouderschap is in beginsel een aangelegenheid voor volwassenen. Hetzelfde geldt voor het voeren van gezag over een kind. Voor de minderjarige moeder van zestien jaar of ouder bestaat in artikel 1:253ha BW de mogelijkheid van meerderjarigverklaring. De moeder krijgt bij de meerderjarigverklaring op grond van dit artikel het gezag over het kind. Voor de minderjarige vader wordt eveneens voorzien in de mogelijkheid om meerderjarig te worden verklaard. Dit geldt enkel indien de vader toestemming heeft gekregen voor de erkenning van zijn kind. Indien de vader meerderjarig wordt verklaard, dan wordt deze tevens belast met het gezag over het kind. Dat kan gezamenlijk gezag betreffen of eenhoofdig gezag. De kinderrechter heeft in dit geval een ruime beoordelingsmarge om de meerderjarigverklaring al dan niet toe te kennen. De meerderjarigverklaring wordt in ieder geval afgewezen indien dit zou leiden tot gezamenlijk gezag en er grond zou zijn om gezamenlijk gezag af te wijzen vanwege een onaanvaardbaar risico dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders of omdat afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is (vergelijk artikel 1:253c BW).

#### **Artikel II Boek 10 BW**

##### **A Artikel 10:98a BW**

Met artikel 98a wordt het advies van de Staatscommissie Internationaal Privaatrecht (Staatscommissie IPR) gevolgd om een afzonderlijke conflictregel voor draagmoederschap te formuleren in Titel 5 van Boek 10 BW. In navolging van het advies van de Staatscommissie IPR is daarbij gekozen voor *gleichlauf*: de Nederlandse rechter past Nederlands recht toe. Hiermee wordt gewaarborgd dat alle waarborgen uit de regeling, voor zowel het kind als de vrije instemming van de draagmoeder naar Nederlands recht zullen worden beoordeeld.

Daarbij komt dat uit de materiële eisen van de draagmoederschapsregeling volgt dat deze regeling enkel toegankelijk is voor zover het draagmoederschap in hoofdzaak met de Nederlandse rechtssfeer is verbonden. Hierbij past een eenzijdige conflictregeling waarin de Nederlandse rechter het Nederlandse recht toepast. Een ander bepalend argument om te kiezen voor toepassing van het Gleichlaufbeginsel, is dat internationaal zeer verschillend wordt gedacht over draagmoederschap. Een meerzijdige conflictregel die kan leiden tot de toepasselijkheid van een buitenlands

rechtsstelsel dat mogelijk draagmoederschap niet kent, stuit daarmee op bezwaren van onwerkbaarheid, onuitvoerbaarheid en mogelijk niet te rechtvaardigen beperkingen, zoals tevens is overwogen door de Staatscommissie IPR.

## **B Artikel 10:101a BW – Erkenning van ouderschap na draagmoederschap in het buitenland**

Er wordt onderscheid gemaakt tussen de vraag welk recht van toepassing is op de afstamming van een kind geboren uit een draagmoeder in Nederland (artikel 10:98a BW) en de erkenning van een beslissing dan wel akte waaruit de afstamming van een kind geboren uit een draagmoeder in het buitenland blijkt (artikelen 10:100 10:101 en 10:101a BW). Dit onderscheid sluit aan bij het onderscheid tussen de regeling van artikelen 10:92-10:99 BW die verwijzingsregels bevatten voor andere wijzen waarop afstammingsrelaties tot stand komen (geboorte binnen huwelijk, erkenning, gerechtelijke vaststelling ouderschap) en de bestaande regeling in artikel 10:100 en 10:101 BW waarin is neergelegd hoe omgegaan wordt met buitenlandse beschikkingen.

De Staatscommissie IPR overwoog eerder dat artikelen 10:100 en 10:101 BW beide voorzien in de mogelijkheid om erkenning te weigeren op grond van kennelijke onverenigbaarheid met de openbare orde. Zij is van mening dat in alle situaties een openbare orde-toets zal moeten worden aangelegd en dat deze openbare orde-toets in alle gevallen dezelfde zou moeten zijn. De Staatscommissie heeft zich daarbij afgevraagd of er voor draagmoederschap behoefte bestaat aan een concrete invulling van de openbare orde, of dat volstaan kan worden met een ‘open’ formulering. Daarbij bestond vooral de vraag of er al dan niet minimumwaarborgen moeten worden geformuleerd om (buitenlands) draagmoederschap te kunnen erkennen. Deze vraag is relevant vanwege de vele fundamentele belangen die in het geding kunnen zijn zowel van het kind als aan de zijde van de draagmoeder en van de wensouders, alsook vanwege de ethische en gezondheidsaspecten die bij draagmoederschap aan de orde kunnen zijn.

Gekozen is voor een afzonderlijk artikel 10:101a BW voor de erkenning van draagmoederschap, in aanvulling op het algemene regime van artikelen 10:100 en 10:101 BW. Uitgangspunt daarbij is dat de erkenning van een afstammingsrelatie uit draagmoederschap altijd verloopt via een beoordeling door de rechter (leden 1 en 2). Er is daarmee in beginsel géén van rechtswege erkenning van deze afstammingsrelatie. Hierop is vervolgens eens uitzondering geformuleerd in lid 3. Van rechtswege erkenning is wel aan de orde indien de gegevens over de afstamming voor het kind achterhaalbaar zijn of binnen een redelijke termijn zullen worden, er een genetische verwantschap bestaat tussen kind en tenminste één van de wensouders en er een rechterlijke beslissing aan de afstammingsrelatie ten grondslag ligt (lid 3 onderdeel a). Dit komt overeen met de aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap dat internationaal draagmoederschap dat tot stand is gekomen na een rechterlijke toets en dat ook

overigens voldoet aan de uitgangspunten van de Nederlandse regeling, in aanmerking behoort te komen voor erkenning in Nederland (aanbeveling 59). Een tweede uitzondering wordt gemaakt voor afstamming dat is ontstaan in het buitenland terwijl de gewone verblijfplaats van zowel de wensouders als de draagmoeder buiten Nederland was gelegen. In beide gevallen blijft het algemene regime van artikel 10:100 of artikel 10:101 BW van toepassing: twijfelt de ambtenaar van de burgerlijke stand of andere instantie bij wie de erkenningsvraag voorligt aan de overeenstemming met de Nederlandse internationale openbare orde of de behoorlijke rechtspleging dan kan de erkenning worden geweigerd. Dit geldt ook als het de erkenning van een rechterlijke beslissing betreft en er een vermoeden bestaat dat er kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de rechtssfeer van het land van de rechter voor het aannemen van rechtsmacht. Hieronder worden de verschillende leden en onderdelen van artikel 10:1b afzonderlijk behandeld.

#### *Leden 1 en 2*

Uitgangspunt in de regeling voor erkenning van afstamming na draagmoederschap is dat erkenning alleen mogelijk is na tussenkomst door de rechter. Dit is gerechtvaardigd gelet op de complexiteit van deze zaken en het maatschappelijk belang.<sup>58</sup> De erkenningsvraag kan aan de orde komen als voorvraag in het kader van een procedure, of zelfstandig worden verzocht op grond van artikel 1:26 BW. Op grond van de rechterlijke beslissing dat een akte of beslissing voor erkenning in aanmerking komt, kan vervolgens inschrijving in de registers plaatsvinden. De procedure voor de rechter waarborgt de gewenste extra zorgvuldigheid die bij draagmoederschap noodzakelijk is. Daarbij vormt deze extra procedure een prikkel om gebruik te maken van een buitenlandse procedure die voldoet aan de basisvoorwaarden voor zorgvuldig draagmoederschap zoals die in Nederland worden gesteld.

In het voorstel is de term ‘familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap’ opgenomen. Daarbij is niet bedoeld een wijze van totstandkoming of wijziging van die betrekkingen uit te sluiten. Bepalend is dat sprake is geweest van draagmoederschap in de zin van deze wet. Artikel 10:101a BW is ook van toepassing indien het ouderschap van de wensouders het gevolg is van draagmoederschap met aansluitend een buitenlandse gerechtelijke adoptieprocedure, overeenkomstig het advies van de Staatscommissie IPR. Dit is mogelijk anders indien er geen genetische band bestaat tussen kind en wensouders. Een draagmoederschap zonder enige genetische band, onderscheidt zich in ieder geval te weinig van adoptie om een licht erkenningsregime te rechtvaardigen. In dat geval zal de rechter bij de erkenning tevens moeten beoordelen of sprake is van draagmoederschap of van interlandelijke adoptie, waarop artikel 10:109 BW van toepassing is. Voorkomen

---

<sup>58</sup> Rb. Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7708.

moet worden dat de bestaande regels voor interlandelijke adoptie worden omzeild met behulp van de regeling voor draagmoederschap.

### *Lid 3 onderdeel a*

In het derde lid zijn de uitzonderingen geformuleerd op het uitgangspunt van een rechterlijke toetsing van in het buitenland ontstaan draagmoederschap. In onderdeel a zijn daartoe de belangrijkste uitgangspunten van de Nederlandse regeling opgenomen: achterhaalbaarheid van afstammingsinformatie, een genetische band met ten minste één van de wensouders, een rechterlijke beoordeling en indien deze beoordeling heeft plaatsgevonden vóór de geboorte van het kind, de mogelijkheid voor de draagmoeder om de rechter na de geboorte te laten beoordelen of het ouderschap niet alsnog bij haar zou moeten liggen. Wordt aan deze uitgangspunten voldaan, dan is eenvoudige erkenning aan de orde via het algemene regime van artikel 10:100 of 10:101 BW. Bewust is afgezien van een beoordeling van de met het draagmoederschap in het buitenland gemaakte kosten, nu de aard van deze kosten niet eenvoudig vastgesteld kunnen worden en de gemaakte kosten in het afstammingsrecht geen doorslaggevende rol spelen, noch in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens noch in de jurisprudentie van de Nederlandse rechters. Kinderkoop zal moeten worden tegengaan via het strafrechtelijk kader, niet via het afstammingsrecht.

Een rechterlijke toets bij draagmoederschap hoeft niet te betekenen dat de totstandkoming van de afstamming na draagmoederschap ook is neergelegd in een rechterlijke beslissing. De Staatscommissie IPR merkt op dat de aard van de rechterlijke beslissing kan verschillen. Er kan een rechterlijke beslissing zijn waarin de rechter een constitutieve of declaratoire beslissing geeft omtrent het ouderschap. Er kan een rechterlijke beslissing zijn waarin goedkeuring wordt verleend aan het draagmoederschapstraject of aan het tot stand brengen van ouderschap van de wensouders. In dit laatste geval zullen de afstammingsrechtelijke betrekkingen niet volgen uit de rechterlijke uitspraak maar uit een ander aanvullend rechtsfeit of rechtshandeling. Ook kunnen de wensouders juridisch ouders zijn geworden na een gerechtelijke adoptieprocedure.

Ook indien wel aan de genoemde voorwaarden voor eenvoudige erkenning wordt voldaan, blijft weigering van de erkenning door de ambtenaar van de burgerlijke stand mogelijk op grond van de openbare orde (artikel 10:100 lid 1, onder c BW) of een van de andere in artikel 10:100 eerste lid BW genoemde gronden. Doordat binnen Nederland een regeling wordt getroffen waarin wensouders vanaf de geboorte als ouders op de geboorteakte staan vermeld, verzet de Nederlandse internationale openbare orde zich niet langer tegen het niet vermeld staan van een geboortemoeder op de geboorteakte. Het 'mater semper certa est' beginsel blijft in die zin van toepassing, dat de identiteit van

de geboortemoeder wel op termijn voor het betrokken kind te achterhalen zal moeten zijn. Ditzelfde geldt voor de overige gegevens over de genetische afstamming.

‘Gegevens over de afstamming’ houdt in dit verband in ieder geval in: gegevens over de genetische afstamming van het kind (waaronder mogelijke zaad- en/of eiceldonoren) en de eventuele niet-genetisch verwante geboortemoeder. Deze gegevens zullen beschikbaar moeten zijn of op een redelijke termijn beschikbaar moeten worden voor het kind. Daarbij heeft het de voorkeur dat deze gegevens worden opgenomen in het afstammingsregister, maar dit zal naar verwachting niet in ieder geval mogelijk zijn. De leeftijdsgrenzen die gelden voor de toegang tot deze gegevens verschillen per land, terwijl verschillende leeftijdsgrenzen niet per definitie onredelijk zijn. Om die reden is er hier van afgezien om een harde leeftijdsgrens te noemen. Beschikbaarheid vanaf het moment dat in Nederland identificerende donorgegevens beschikbaar zijn (16 jaar) is in ieder geval redelijk. Het betreft hier gegevens die tenminste beschikbaar moeten zijn, hetgeen niet wegneemt dat wenselijk is dat daarnaast meer informatie beschikbaar is, zoals de instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend bij de zwangerschap.

Voor het aantonen van de genetische verwantschap dient gebruik worden gemaakt van betrouwbaar DNA-bewijs. Het Besluit DNA-onderzoek vaderschap is hierop van overeenkomstige toepassing.

#### *Derde lid onderdeel b*

In onderdeel b van het derde lid wordt een uitzondering gemaakt voor de situatie waarin wensouders en draagmoeder hun gewone verblijfplaats in het buitenland hadden ten tijde van het draagmoederschap. Voor Nederlanders die in het buitenland wonen of buitenlanders die op enig moment in Nederland komen wonen zou het niet proportioneel zijn om een gang naar de rechter te eisen voor erkenning van een in het buitenland legaal tot stand gekomen afstammingsband. Vergelijk in dit verband de regeling in artikel 10:108 BW waarin onder vergelijkbare voorwaarden ouderschap na adoptie wordt erkend.

Maatgevend is of alle partijen de gewone verblijfplaats buiten Nederland hadden gedurende het gehele traject. De aanvang van het draagmoederschap zal doorgaans het moment zijn dat de zwangerschap van de draagmoeder tot stand komt. Bij gebreke aan precieze gegevens kan worden uitgegaan van een moment 306 dagen voor de geboorte (vergelijk artikel 1:199 BW). Indien echter een rechterlijke beslissing of anderszins een registratie door een instantie die het rechtsgevolg van de overdracht van ouderschap na draagmoederschap tot gevolg heeft, aan dat moment vooraf is gegaan, is het moment van die beslissing maatgevend voor de aanvang van het draagmoederschap.

#### *Vierde lid*

De erkenning van de afstamming na draagmoederschap heeft als gevolg dat de wensouders tevens het gezag over het kind hebben. In veel gevallen zal deze gezagsrelatie ook in het buitenland zijn ontstaan en worden erkend op grond van artikel 23 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996<sup>59</sup> of verordening Brussel IIbis.<sup>60</sup> Er zijn echter situaties waarin het gezag over het kind niet van rechtswege wordt erkend en er evenmin duidelijk is dat gezag zou ontstaan op grond van Nederlands recht. Hierbij kan met name worden gewezen op het gezag dat is toegewezen aan wensouders in bijvoorbeeld de Verenigde Staten of Canada die niet met elkaar zijn gehuwd of in een geregistreerd partnerschap zijn verbonden. Het zou onwenselijk zijn dat wel de afstammingsrelatie in aanmerking kan komen voor eenvoudige erkenning, terwijl voor het vaststellen van de gezagsrelatie alsnog een beroep zou moeten worden gedaan op de Nederlandse rechter. Om dit te vermijden is in het vierde lid geregeld dat het gezag volgt uit de erkenning van de afstamming.

#### *Vijfde lid*

Tenslotte wordt in het laatste lid bepaald dat de gegevens die ten grondslag liggen aan de beslissing tot erkenning worden gezonden aan het afstammingsregister.

### **Artikel III Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering**

Artikel 810 wordt aangevuld om duidelijk te maken dat het de rechter vrij staat om bij de beoordeling van een verzoek tot gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap het advies in te winnen van de raad voor de kindbescherming.

### **Artikel IV Wetboek van Strafrecht**

#### **A Artikel 151b**

Op grond van het huidige artikel 151b, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht (Sr) is het in beroep en bedrijf teweegbrengen of bevorderen dat draagmoederschap tot stand komt strafbaar. Daarnaast is het ingevolge het tweede lid strafbaar om in het openbaar diensten aan te bieden die bestaan uit het teweegbrengen of het bevorderen van onderhandelingen of een afspraak over draagmoederschap. Ook het openbaar maken van

---

<sup>59</sup> Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, "s-Gravenhage, 19 oktober 1996, *Trb.* 1997, 299.

<sup>60</sup> Verordening (EG) 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 (*PbEG* 2003, L 338) of de opvolger van deze verordening: Verordening (EU) 2019/1111 van de Raad van 25 juni 2019 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kindervervoering (herschikking), *PbEU* 2019, L 178/1.

de wens tot draagmoederschap is strafbaar. De strafbaarstelling in het tweede lid geldt thans voor eenieder, dus zowel de al dan niet-beroepsmatige bemiddelaar als de draagmoeder en wensouder. Het doel van deze strafbaarstelling is om te voorkomen dat commercieel draagmoederschap zich als maatschappelijk verschijnsel in Nederland ontwikkelt.<sup>61</sup> Die bescherming werd gewenst geacht omdat draagmoederschap een gecompliceerd juridisch en ethisch vraagstuk betreft, waarmee ernstige psychologische effecten voor moeder en kind gepaard kunnen gaan.<sup>62</sup>

Deze doelstelling is nog steeds actueel. Tegelijkertijd wordt niet-commercieel draagmoederschap met dit wetsvoorstel onder voorwaarden gefaciliteerd. De nieuwe regeling voor draagmoederschap heeft een aantal aanpassingen van de strafbaarstelling in 151b Sr tot gevolg. Ten eerste wordt in een nieuw vierde lid een strafuitsluitingsgrond gecreëerd voor bevordering en bemiddeling bij draagmoederschap door rechtspersonen die hiertoe zijn aangewezen door de Minister voor Rechtsbescherming. Met deze aanwijzing wordt tegemoet gekomen aan de in de praktijk bestaande wens om te komen tot een draagmoederschapsbank, waarbij wensouders en draagmoeders elkaar kunnen vinden en screening, counseling en voorlichting professioneel worden verzorgd. Aangewezen rechtspersonen die fungeren als draagmoederschapsbank dienen straffeloos te zijn. De nieuwe bijzondere strafuitsluitingsgrond in artikel 151b, vierde lid, Sr strekt hiertoe. De strafuitsluitingsgrond laat de strafbaarheid van het beroeps- of bedrijfsmatige bevordering van of van bemiddeling voor draagmoederschap door anderen dan aangewezen rechtspersonen onverlet.

Ten tweede wordt in artikel 151b, tweede lid, Sr de strafbaarstelling van de openbaarmaking van de wens zelf draagmoeder te worden of zelf een draagmoeder te vinden geschrapt. Deze verhoudt zich niet met een regeling voor niet commercieel draagmoederschap, waarbij draagmoeders en wensouders elkaar kunnen vinden in een draagmoederschapsbank. Bemiddeling door anderen voor wensouders of draagmoeders blijft wel strafbaar. In het tweede lid, onderdeel b, wordt de delictsomschrijving beperkt tot het openbaar maken van de wens van een ander. Daarmee wordt enerzijds het eenvoudig omzeilen van de strafbaarstelling van het beroeps- of bedrijfsmatig bevorderen van draagmoederschap voorkomen, en anderzijds wordt daarmee voorkomen dat een wildgroei ontstaat van bemiddelaars die, al dan niet met de beste bedoelingen, draagmoeders en wensouders koppelen, zonder daarbij voorlichting te geven over de specifieke voorwaarden die voor draagmoederschap worden gesteld. Het bieden van juridische voorlichting over draagmoederschap valt, net als nu, niet onder de strafbaarstelling van het bevorderen van draagmoederschap.

In een nieuw vierde lid wordt een ontheffing van het bemiddelingsverbod geïntroduceerd. Hierdoor kunnen door de Minister voor Rechtsbescherming aangewezen

---

<sup>61</sup> Zie Kamerstukken II 1990/91, 21 968, nr. 3, p. 3.

<sup>62</sup> Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30, p. 2.



rechtspersonen voortaan bemiddelen bij draagmoederschap. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de in de praktijk bestaande wens om te komen tot een draagmoederschapsbank, waarbij wensouders en draagmoeders elkaar kunnen vinden en screening, counseling en voorlichting professioneel worden verzorgd.

**B Artikel X Strafbaarstelling kinderkoop**

**PM**

**Artikel V Verlofregelingen draagmoederschap**

**PM**

De Minister voor Rechtsbescherming,