

Reactie op concept-wetsvoorstel *Kind, draagmoederschap en afstamming*

Amsterdam/Utrecht, 22 mei 2020

Inleiding

Draagmoederschap kan een door het recht te normeren oplossing bieden voor wensouders met een anders onvulbare kinderwens, mits het draagmoederschap op volledig vrijwillige en altruïstische basis is aangegaan en de rechten en waardigheid van het kind voldoende zijn gewaarborgd. Zowel de bestaande regelgeving als het wetsvoorstel gaan uit van deze voorwaarden. De bestaande regelgeving beoogt met name uitbuiting van draagmoeders, objectivering van kinderen en het ontstaan van een voortplantingsmarkt te voorkomen (*Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI, 30, p. 2*). Tegelijkertijd biedt de huidige regelgeving ruimte voor altruïstisch draagmoederschap, ook al is de procedure om wensouders als juridische ouders te erkennen ingewikkeld.

Het voorliggende wetsvoorstel beoogt op hoofdzakelijk drie manieren te komen tot een betere juridische regeling van draagmoederschap.

Ten eerste ‘stimuleert de regeling wensouders om gebruik te maken van met waarborgen omkleed draagmoederschap in Nederland’ (MvT, p. 10), **‘om daarmee te voorkomen dat wensouders naar het buitenland gaan’** (MvT, p. 17) waar de risico’s van uitbuiting en objectivering groter zijn.

Ten tweede introduceert de voorgestelde regeling een rechterlijke toetsing van draagmoederschapsovereenkomsten nog voordat de totstandkoming van de zwangerschap of de geboorte van het kind een voldongen feit is. Dit wordt in de literatuur ook wel *preconceptie rechterlijke toetsing van draagmoederschapsovereenkomsten* (hierna: PRTD) genoemd. De hoop is dat een *ex ante* regeling in staat is om alle **‘betrokkenen beter te beschermen’** (MvT, p. 10).

Ten derde beoogt de regeling te voorzien in ‘een kader [...] voor een in de maatschappij voorkomende praktijk’ waarbij **‘deze regelingen niet tot doel hebben draagmoederschap te bevorderen’** (MvT, p. 10), **of dat ‘draagmoederschap als normale dienst wordt vrijgegeven’** (Staatscie, p. 480).

Wij onderschrijven de gedachte dat draagmoederschap op volledig vrijwillige en altruïstische basis moet worden aangegaan en dat de rechten en waardigheid van het kind voldoende moeten zijn gewaarborgd. Hoewel het wetsvoorstel deze voorwaarden met de mond belijdt, maakt een nadere analyse duidelijk dat deze zwaarwegende uitgangspunten in het wetsvoorstel in vergaande mate onder druk komen te staan; dat het voorstel innerlijk tegenstrijdig is; en dat de voorgestelde oplossing zelf tot nieuwe en fundamentele problemen leidt. In de hiernavolgende analyse bespreken wij puntsgewijs de drie hiervoor genoemde manieren waarop het wetsvoorstel meent tot een betere regeling te kunnen komen en benoemen wij bij iedere beoogde verbetering punten van zorg en kritiek.

1. Wordt draagmoederschapstoerisme tegengegaan?

Eén van de kerngedachten van het wetsvoorstel is dat een aantrekkelijk Nederlands traject voor draagmoederschap wensouders ervan kan weerhouden hun toevlucht te nemen tot draagmoederschapstoerisme. In het buitenland is het risico groter dat kinderen ‘behandeld worden als handelswaar’ en dat draagmoeders worden uitgebuit (MvT, p. 7). In dergelijke commerciële praktijken staat volgens de MvT bij het wetsvoorstel niet minder dan de menselijke waardigheid van de draagmoeder en het kind op het spel. Kortom, de versoepeling van de regels voor Nederlands draagmoederschap door introductie van PRTD wordt verdedigd met de gedachte dat op die manier het gevaar wordt teruggedrongen dat Nederlandse wensouders in het buitenland bijdragen aan de uitbuiting van draagmoeders en de objectivering van kinderen.

Een nadere blik op het wetsvoorstel maakt evenwel duidelijk dat de ‘buitenlandse route’ onder de nieuwe regeling juist aanzienlijk aantrekkelijker wordt voor wensouders. Het wetsvoorstel introduceert een vereenvoudigde erkenningsprocedure voor wensouders die gebruik hebben gemaakt van draagmoederschap in het buitenland indien aan drie voorwaarden is voldaan: er is genetische verwantschap tussen het kind en minimaal één wensouder, de afstammingsinformatie is achterhaalbaar, en er is een rechterlijke procedure in het desbetreffende land met de mogelijkheid van een herbeoordeling na de geboorte van het kind (MvT, p. 10). Als hieraan is voldaan, mag een ambtenaar van de burgerlijke stand de buitenlandse geboorteaktes in kwestie erkennen zonder tussenkomst van de rechter (art. 10:101a lid 3 BW). Daarbij geldt dat ‘bij de vraag of in het buitenland ontstaan ouderschap na draagmoederschap kan worden erkend, [...] de betalingen die zijn gedaan in beginsel geen rol’ spelen (MvT, p. 11). Met andere woorden, ook commercieel internationaal draagmoederschap kan dan door de beugel.

In het licht van de zorgen die vier pagina’s eerder in de MvT worden geuit met betrekking tot het gevaar van uitbuiting van draagmoeders en de verwording van kinderen tot handelswaar bij commercieel draagmoederschap, is de voorgestelde versoepeling van de regels voor internationaal draagmoederschap niet of nauwelijks te begrijpen. Zolang is voldaan aan de drie geformuleerde voorwaarden voor buitenlands draagmoederschap, bestaat er geen enkele familierechtelijke belemmering voor wensouders om in het buitenland gebruik te maken van commercieel draagmoederschap, met alle risico’s van uitbuiting en commodificatie van dien.

Niet alleen is het wetsvoorstel op dit punt fundamenteel tegenstrijdig te noemen, ook staat een dergelijke benadering op gespannen voet met een op mensenrechten gestoelde benadering van internationaal draagmoederschap. In de woorden van VN-Rapporteur Kinderhandel Maud de Boer-Buquicchio:

‘The demand that domestic parentage orders be recognized globally without appropriate restrictions and without consideration of human rights concerns raises the related risk that a minority of jurisdictions with permissive approaches to commercial surrogacy, and with regulations that fail to protect the rights of vulnerable parties against exploitation, could normalize practices globally that violate human rights’ (VN-Rapporteur 2018, sub 23).

Meer algemeen stelt zij dat ‘States generally should not automatically recognize parentage orders or birth records from foreign States in respect of commercial surrogacies, but should review carefully the proceedings abroad’ (VN-Rapporteur 2018, sub 70).

Een mogelijk antwoord op dit punt van kritiek is het argument uit de MvT (p. 11) dat kinderkoop primair vraagt om een strafrechtelijke en niet om een afstammingsrechtelijke reactie. De strafbaarstelling van kinderkoop ontbreekt echter helaas nog in het wetsvoorstel. In afwachting daarvan willen we de vraag stellen waarom deze splitsing is aangebracht in de handhaving van de norm dat commercieel draagmoederschap niet wenselijk is. Waarom staat het familierecht commercieel draagmoederschap in het buitenland toe, terwijl voor Nederlands draagmoederschap aan de gedachte wordt vastgehouden dat het familierecht dit niet dient te faciliteren? Op welke wijze verwacht de overheid dat een strafrechtelijke sanctie voor kinderhandel commercieel draagmoederschap zal kunnen tegengaan? Zal commercieel draagmoederschap per definitie onder de delictsomschrijving van kinderkoop vallen? En hoe zal men kunnen zorgen voor voldoende capaciteit bij de Nederlandse politie om adequaat te handhaven bij deze internationale delicten?

2. Worden de belangen van alle betrokkenen beter beschermd?

2a. Worden de belangen van draagmoeders beter beschermd?

Binnen de voorgestelde regeling worden de afspraken tussen de wensouder(s) en de draagmoeder vastgelegd in een draagmoederschapsovereenkomst. Een mogelijk voordeel van een contractuele benadering is dat partijen daarmee meer zekerheid en duidelijkheid zouden krijgen. Echter, het is duidelijk dat deze overeenkomst geen gewone overeenkomst is waarvan simpelweg nakoming kan worden gevorderd. Dat komt in de eerste plaats doordat de prestatie die de draagmoeder wordt geacht te leveren dermate verbonden is met de intiemste aspecten van haar leven, dat verschillende fundamentele rechten in het geding zijn, zoals haar recht op lichamelijke integriteit, het verbod op uitbuiting, en het recht op reproductieve autonomie (MvT, p. 9). Daarmee wordt een draagmoederschapsovereenkomst gekenmerkt door een fundamentele spanning: enerzijds beoogt men via contractuele clausules zoveel mogelijk zekerheid te creëren voor alle partijen; anderzijds is het duidelijk dat deze zekerheid niet ten koste mag gaan van de fundamentele rechten van de draagmoeder door haar bijvoorbeeld te verplichten het kind bij de geboorte af te staan, of daar haar te verplichten een abortus te ondergaan. Wij betwijfelen of het wetsvoorstel erin is geslaagd om een juiste balans te vinden bij de regeling van deze precaire situatie. Hieronder bespreken wij vijf punten van zorg.

- 1) Het wetsvoorstel breekt met het klassieke, familierechtelijke beginsel van *mater semper certa est*. De wensouders worden meteen bij de geboorte ook de juridische ouders van het kind. Daarmee beoogt het voorstel aan alle partijen zoveel mogelijk duidelijkheid en zekerheid te geven (MvT, p. 10). Wij vragen ons af in hoeverre deze zekerheid wordt verkregen ten koste van de rechtspositie van de draagmoeder. Wordt met het ‘automatische’ ouderschap van de wensouders geen oneigenlijke druk uitgeoefend op de draagmoeder om het door haar gedragen kind af te staan? Deze vraag is van belang in het licht van diverse fundamentele rechten van de draagmoeder, zoals haar recht op privé- en gezinsleven ex artikel 8 EVRM (MvT, p. 9).

Het wetsvoorstel probeert dit bezwaar te ondervangen door de draagmoeder de mogelijkheid te geven om binnen 6 weken na de geboorte de rechter te verzoeken om de beschikking tot toekenning van ouderschap te herroepen (art. 1: 219 BW lid 2 BW). Volgens de voorgestelde wettelijke bepaling zal de rechter bij de beoordeling van dit verzoek vanuit de draagmoeder het belang van het kind voorop moeten stellen. De vraag is hoe deze maatstaf, met bijbehorende bewijslast, in de praktijk uitpakt voor de draagmoeder. Het wetsvoorstel suggereert dat met name in het geval van IVF-draagmoederschap de belangen van het kind veelal in het nadeel van de draagmoeder zullen worden uitgelegd. De reden is dat bij de toetsing aan de belangen van het kind 'het al dan niet bestaan van een genetische band tussen kind en draagmoeder een rol [kan] spelen' (MvT, p. 15).

Deze indruk wordt versterkt door de overige woorden van de MvT. Enerzijds wordt erkend dat 'nieuw gerezen bedenkingen bij de draagmoeder' kunnen worden opgevat als rechtens relevante nieuwe omstandigheden. Anderzijds stelt de MvT dat het 'uitgangspunt [...] ook in dat geval [is] dat de toekenning van het ouderschap na draagmoederschap in stand blijft.' Immers, zoals de Staatscommissie uitlegt, '[het belang van het kind] is reeds gewogen bij de goedkeuring van het draagmoederschapstraject' (Staatscie, p. 477). Opvallend hierbij is dat wanneer de wensouders de gerechtelijke overeenkomst willen herroepen, er geen toetsing plaatsvindt van 'het belang van het kind' (art 1:219 BW lid 3). Is dit een omissie? Zo nee, hoe kan dit verschil worden uitgelegd?

- 2) Een hieraan gerelateerde vraag is of de wensouders onder de voorgestelde regeling een afdwingbare aanspraak zullen hebben met betrekking tot de leefwijze van de draagmoeder. De Staatscommissie suggereert van wel: *'De wensouders kunnen [...] een in beginsel afdwingbare aanspraak hebben op de leefwijze van de vrouw (bijvoorbeeld het accepteren van medische begeleiding, niet roken, alcoholgebruik). [...] Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal de rechter aan het niet nakomen van deze afspraken echter [...] gevolgen kunnen verbinden voor de te betalen vergoedingen of kunnen andere dwangmaatregelen worden opgelegd om nakoming van de afspraken af te dwingen. De aard van de draagmoederschapsovereenkomst als familierechtelijke overeenkomst verzet zich hier niet tegen'* (Staatscie, p. 467).

De MvT bij het wetsvoorstel zwijgt op dit punt. Meer duidelijkheid is geboden, aangezien dergelijke afdwingbare clausules in het draagmoederschapscontract inbreuk zouden maken op het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder. Volgens ons zou de wetgever dit risico expliciet moeten adresseren om te voorkomen dat er een soort jurisprudentiële normen van 'goed draagmoederschap' ontstaan waarvan het effect is dat de zelfbeschikking van de draagmoeder substantieel wordt ingeperkt. Daarmee zou de wetgever ook duidelijk kunnen maken dat de aanwijzing van de wensmoeder als juridische moeder niet reeds tijdens de zwangerschap in werking treedt. Het gevaar is anders dat de draagmoeder wordt gereduceerd tot een 'never-a-mother gestational carrier', in de woorden van de VN-Rapporteur. Het gevaar van een dergelijke benadering is dat: 'once the surrogate mother is reduced, during pregnancy, to a "never-a-mother gestational carrier" acting for the benefit of intending parents, the door is open to enforcing contracts that purport to alienate her rights and freedoms (e.g. the right to health and the right to freedom of movement)' (VN-rapporteur 2018, sub 57).

- 3) Volgens het wetsvoorstel is commercieel draagmoederschap onwenselijk gezien onder meer het risico van uitbuiting van de draagmoeder. De vrijwillige, geïnformeerde instemming komt in het gedrang zodra financiële motieven een rol gaan spelen. Een eerste vraag hierbij is hoe de rechter gaat toetsen of voldaan is aan het vereiste van *informed consent* bij de draagmoeder. Hoe kan de rechter uitsluiten dat er sprake gaat zijn van uitbuiting? Zie hierover ook ons punt in par. 3 ten aanzien van de Griekse en Zuid-Afrikaanse rechtspraktijk rondom draagmoederschap.

Daarnaast kan men zich afvragen of het wetsvoorstel zich consequent houdt aan het vereiste van non-commercialiteit. In par. 1 is reeds besproken dat uitbuiting via de voorgestelde regeling voor buitenlands draagmoederschap geenszins is uitgesloten. In dat opzicht wordt er gemeten met twee maten in het familierecht. Maar ook bij de voorgestelde regeling voor Nederlands draagmoederschap is nog maar de vraag of het voorgestelde systeem daadwerkelijk commercieel draagmoederschap buiten de deur zal houden. In het wetsvoorstel is te lezen dat bij AMvB zal worden bepaald welke (on)kosten van de draagmoeder in aanmerking komen voor vergoeding (MvT, p. 27). Maar waar precies gaat men de grenzen trekken tussen altruïstisch en commercieel draagmoederschap? Wanneer is een betaling een geoorloofde vergoeding en wanneer een ongeoorloofde prikkel? Wij realiseren ons dat dit zal worden uitgewerkt in een AMvB. Hier willen wij reeds het belang onderstrepen van een fundamentele reflectie over de uiterst complexe vraag hoe vergoeding kan worden onderscheiden van betaling. Daarbij dienen de volgende woorden van de VN-Rapporteur in gedachte te worden gehouden: “the development of organized surrogacy systems labelled “altruistic”, which often involve substantial reimbursements to surrogate mothers and substantial payments to intermediaries, may blur the line between commercial and altruistic surrogacy. [...] There is particular risk when significant reimbursements or payments are made using open-ended categories such as “pain and suffering” or “professional services”” (VN- Rapporteur 2018, sub 69).

Dat brengt ons bij de vraag hoe het toezicht op non-commercialiteit wordt vormgegeven. Het al dan niet commerciële karakter van draagmoederschap is niet uitsluitend afhankelijk van eventuele bedragen die aan de draagmoeder worden betaald, maar hangt eveneens af van de al dan niet commerciële intenties van de partijen om de draagmoeder heen. Hoe gaat men hierop controleren nu het wetsvoorstel het verbod op bemiddeling gedeeltelijk opheft? Hoe worden andere partijen zoals advocaten en counselors hierin meegenomen? Dienen ook zij zonder winstoogmerk te werken, en zo nee, waarom niet? De onafhankelijkheid van deze spelers zou wellicht beter gegarandeerd zijn wanneer dit vanuit de overheid zou worden georganiseerd.

- 4) Het vereiste van vrijwillige en geïnformeerde toestemming dient naar ons idee ook van invloed te zijn op de verdere voorwaarden die worden gesteld aan vrouwen die zich aanbieden als draagmoeder. In het wetsvoorstel wordt als minimale leeftijdsgrens voor de draagmoeder 18 jaar gehanteerd. Hoe reëel is het dat een 18-jarige vrouw weet waarmee zij instemt wanneer zij tekent voor draagmoederschap? Hoe kan een vrouw weten waarmee zij instemt wanneer zij überhaupt nog niet zwanger is geweest? Volgens het wetsvoorstel kan de rechter, indien de draagmoeder jong is of nog geen eigen voltooid gezin heeft, deze factoren in zijn overwegingen

meewegen als een risico-indicatie (MvT, p. 14). Echter, in het licht van het zwaarwegende belang van preventie van uitbuiting zijn striktere voorwaarden nodig. Ten eerste is een hogere minimum-leeftijd nodig, en ten tweede dient het criterium dat de draagmoeder een eigen voltooid gezin heeft als harde eis te gelden.

Tot slot is meer duidelijkheid over de betaling van de psychologische en juridische counseling noodzakelijk. Dienen de wensouders de kosten voor zichzelf én de draagmoeder te dragen? Of ieder voor zichzelf zonder latere vergoeding (na de geboorte bijvoorbeeld)? In het eerste geval maken wij ons zorgen over de onafhankelijkheid van de counseling voor de draagmoeder. Het kan volgens ons niet de bedoeling zijn dat de advocaat van de draagmoeder die een herroepingsprocedure moet instellen wordt betaald door de wensouders.

- 5) Tenslotte, wat is het grote voordeel van deze regeling voor draagmoeders? Het recht is nodig om zaken goed te regelen wanneer alles goed gaat, maar essentieel om rechtvaardige oplossingen te bieden wanneer het misgaat. Bij draagmoederschap kan het om verschillende redenen misgaan. Bijzonder problematisch zijn de twee volgende situaties: (a) wanneer de draagmoeder het kind aan de wensouders wil overdragen, maar de wensouders willen het kind niet (meer), of (b) wanneer de draagmoeder het kind niet meer wil overdragen aan de wensouders omdat ze het zelf wil houden (of zij de wensouders niet (meer) geschikt acht).

In de huidige situatie is volgens het beginsel van *mater certa semper est* de draagmoeder de juridische moeder en heeft zij het gezag. Wanneer een van de te betreuren situaties zich voordoet zoals beschreven onder a en b, staat het de draagmoeder vrij om het kind te houden of het af te staan volgens de procedure zoals beschreven in het Protocol Afstand Screening, Adoptie en Afstammingsvragen (Raad voor de Kinderbescherming, 2013). In situatie (a) kan de draagmoeder het kind afstaan ter adoptie aan een andere familie; in situatie (b) kan de draagmoeder het kind zelf houden.

Wanneer de voorgestelde route wordt gevolgd, lijken de opties van de draagmoeder om haar belangen te beschermen beperkt. Zou situatie (b) zich voordoen, dan kan zij enkel de rechter verzoeken om de gerechtelijke toekenning te herroepen op basis van artikel 1:219 lid 2 BW (waarvoor aan verschillende eisen moet zijn voldaan, waaronder een toetsing van het belang van het kind). Alleen wanneer de rechter de herroeping goedkeurt, mag zij het kind houden. Zo niet, dan dient het kind te worden overgedragen aan de wensouders: zij zijn vanaf de geboorte de juridische ouders en hebben gezag. Het achterhouden van de baby zou dan zelfs strafbaar zijn op basis van art. 279 Sr, en de wensouders zouden aangifte kunnen doen tegen de draagmoeder. Zou situatie (a) zich voordoen - de wensouders willen het kind niet (meer) - dan is het de vraag wat de rechter beslist. De wensouders kunnen eveneens verzoeken om de gerechtelijke toekenning te herroepen (art. 1:219 lid 3 BW), waarbij moet worden opgemerkt dat het belang van het kind, opvallend genoeg, niet getoetst hoeft te worden. Wijst de rechter de herroeping toe, moet de draagmoeder dan het kind houden? Het zou goed zijn wanneer de wetgever aangeeft of de draagmoeder het kind dan alsnog kan afstaan volgens het ASAA-protocol. Wijst de rechter de herroeping niet toe, dan dient de draagmoeder het kind over te dragen aan de (niet meer intentionele?) wensouders aangezien zij vanaf de geboorte nu de juridische ouders zijn.

In de analyse van beide situaties onder zowel de huidige als de voorgestelde regeling wordt een verschil in de autonomie van de draagmoeder zichtbaar dat niet in het belang van de draagmoeder is, maar vooral in het belang van de wensouders. Kan de wetgever aangeven of bovenstaande scenario's in lijn zijn met de bedoelingen van de wetgever? Zo ja, welke bescherming is er dan gerealiseerd voor de draagmoeder? En zo nee, welke juridische scenario's zijn er dan voorzien bij beide situaties?

2b. Worden de belangen van kinderen geboren uit draagmoederschap beter beschermd?

Veel voorwaarden in het wetsvoorstel zijn gebaseerd op de belangen van het kind. Dit beginsel is niet eenvoudig. Ook de Staatscommissie is zich hiervan bewust. Zij waarschuwt ervoor dat de belangen van het kind kunnen worden gebruikt als 'een toverformule, waarachter allerlei onuitgesproken en onvoldoende onderbouwde opvattingen of andere belangen schuilgaan' (Staatscie, p. 26). Het is de vraag of de interpretatie die aan de belangen van het kind in het wetsvoorstel wordt gegeven consistent en goed onderbouwd is en kinderen voldoende bescherming biedt. Deze vraag klemt des te meer nu via PRTD de rechterlijke macht, en daarmee ook de overheid, betrokken raakt bij de totstandkoming van kinderen. Het onvoldoende doordenken en uitwerken van regulering, controlemechanismen en systemen van toezicht kan leiden tot wanpraktijken waarvoor de Nederlandse overheid verantwoordelijk kan worden gehouden en zelfs aansprakelijk worden gesteld. De verschillende rechtszaken van de afgelopen jaren van geadopteerde volwassenen en van personen die zijn ontstaan uit donorconceptie laten zien dat de partijen voor wie we het nu goed willen regelen zich anders later zullen wenden tot de rechter om degenen die toerekenbaar tekort zijn geschoten bij hun totstandkoming en geboorte aansprakelijk te stellen. Volgens ons zijn er nog veel vragen te beantwoorden ten aanzien van de belangen van kinderen in de context van draagmoederschap voordat er een veilige regeling kan worden ingevoerd. We hebben de meest prangende van deze vragen opgedeeld in drie groepen.

Het belang van het kind tijdens rechterlijke toetsing voorafgaand aan de zwangerschap

1. Onduidelijk is van welke standaard van welzijn van het toekomstige kind men in het wetsvoorstel gebruik heeft gemaakt. Zo krijgt de rechter op grond van art. 1:214 lid 5 BW de taak om te toetsen op een 'hoog risico op ernstige schade' voor het toekomstige kind aan de hand van een verklaring omtrent gedrag (VOG). Hier lijkt het wetsvoorstel uit te gaan van de minimale standaard van welzijn zoals beschreven door Langdridge (2000). In artikel 1:214 lid 3 BW wordt de rechtbank gevraagd om een verzoek tot toekenning van het ouderschap af te wijzen 'als zij dit niet in het belang van het kind acht'. Dit lijkt op een hogere standaard van welzijn van het toekomstige kind te duiden. Doelt het wetsvoorstel hiermee op de standaard van redelijk welzijn zoals die in Nederlandse ziekenhuizen wordt gebruikt (NVOG 2010)? Deze standaard vloeit voort uit de causale betrokkenheid van fertiliteitsartsen bij medisch geassisteerde voortplanting.

Ten aanzien van rechters die de totstandkomingsprocedure van een kind moeten toetsen tijdens PRTD kan worden gesteld dat zij eveneens in een causale betrokkenheid komen te staan bij de totstandkoming van het kind. Hierbij rijst de vraag of de zeven kernen van goed ouderschap, zoals uitgewerkt door de

Staatscommissie, van toepassing zijn. Aan deze zeven kernen zou immers in iedere regeling van afstamming en gezag voldaan moeten zijn (Staatscommissie 2016, p. 46). Zo nee, waarom niet? De onduidelijkheid over de toets die de rechter wordt geacht te hanteren tijdens PRTD verdient nadere doordenking en onderbouwing door de wetgever gezien de belofte van het wetsvoorstel dat de belangen van het kind goed zullen worden beschermd.

Wanneer de Nederlandse rechter zich beperkt tot de minimale standaard van welzijn, zal er een onderscheid ontstaan in de mate van bescherming die verschillende soorten kinderen krijgen die worden geboren uit draagmoederschap. Voor kinderen die tot stand komen via medisch geassisteerde voortplanting in Nederland zal een standaard van redelijk welzijn worden toegepast door de arts. Voor kinderen die zonder medische hulp zijn ontstaan zal enkel de minimale standaard van welzijn, zoals toegepast door de rechter, gelden. Daar komt bij dat voor kinderen geboren uit buitenlands draagmoederschap het al helemaal onduidelijk is welke standaard van welzijn zal worden gehanteerd. Moet in de buitenlandse rechterlijke beslissing, zoals omschreven in artikel 10:101a lid 3 sub iii BW, ook nog naar de belangen van het kind gekeken worden? En zo ja, welke toets moet daar dan worden toegepast?

2. Daarnaast kan de vraag worden gesteld hoe de belangen van het kind doorwerken in de eisen die worden gesteld aan de wensouders. In het wetsvoorstel is te lezen dat 'een keuze voor draagmoederschap [...] niet lichtvaardig moet worden genomen' (MvT, p. 7). Nu een van de gevolgen van het wetsvoorstel zal zijn dat wensouders vaker gebruik gaan maken van draagmoederschap, is het van des te meer belang dat wordt nagedacht over de vraag wie in aanmerking komt om als wensouder gebruik te maken van draagmoederschap.

De medische beroepsgroep geeft wensouders toegang tot IVF-draagmoederschap indien zij te maken hebben met ernstig fertiliteitsproblemen of indien het gaat om mannenparen (Modelreglement Embryowet 2018, p. 25). Het wetsvoorstel lijkt dit te verruimen: in de MvT (p. 3) wordt aangegeven dat waar wordt gesproken van 'wensouders', dit ook mag worden gelezen als 'wensouder'. Dat is in overeenstemming met de aanbeveling van de Staatscommissie om de regeling eveneens open te stellen voor alleenstaanden (p. 468). Kan de wetgever bevestigen dat de regeling voor alleenstaanden toegankelijk wordt? Zo ja, wat is de motivering geweest voor deze verruiming? Hoe is het belang van het kind hierin meegewogen? Daarnaast lijkt het wetsvoorstel met openstelling van draagmoederschap voor alleenstaanden niet langer uit te gaan van de noodzaak van een medische indicatie. Een nadere lezing van het wetsvoorstel bevestigt deze indruk. De rechter kan volgens de MvT (p. 1213) bij toetsing van de geschiktheid van de wensouders volstaan met het nagaan van twee zaken: 1) de rapporten die door advocaten en psychologen zijn opgesteld tijdens de verplichte counseling en voorlichting van de wensouders; en 2) een verklaring omtrent gedrag (VOG) van de wensouders. Over de noodzaak van een medische indicatie wordt met geen woord gerept. Hoe verhoudt zich dat tot de gedachte dat 'een keuze voor draagmoederschap [...] niet lichtvaardig moet worden genomen' (MvT, p. 7), en dat draagmoederschap, gezien de risico's die hieraan verbonden zijn, uitsluitend als een *ultimum remedium* dient te worden aangewend? Zonder medische indicatie worden hiermee ook de deuren opengezet voor draagmoederschap om sociale redenen, zoals het niet willen onderbreken van een

carrière, of de voorkeur van een man om zelfstandig ouder te worden van een kind. Daarbij kan worden opgemerkt dat het wetsvoorstel ervoor kiest om geen maximum leeftijdsgrens voor de wensouders te formuleren (MvT, p. 14).

In Nederland zullen deze vormen van draagmoederschap binnen de ziekenhuizen weliswaar aan nadere regels worden getoetst, zoals de NVOG-richtlijn Embryodonatie-Draagmoederschap 2018. Echter, wensouders die geen gebruik maken van medische geassisteerde voortplanting in een Nederlands ziekenhuis - hetzij omdat zij gebruik maken van zelfinseminatie of laagtechnologisch draagmoederschap, hetzij omdat zij de bevruchting van de Nederlandse draagmoeder in het buitenland laten plaatsvinden - zullen niet (altijd) worden getoetst op een medische indicatie. Is het de bedoeling van het wetsvoorstel dat de rechter dan toch goedkeuring verleent aan draagmoederschap om sociale redenen, mits de wensouders counseling en voorlichting hebben gehad, en mits zij een VOG kunnen overleggen?

Bovendien, zal de voorgestelde regeling geen prikkel vormen voor wensouder(s), bij wie er geen of onvoldoende ernstig geachte medische aandoeningen zijn en die daardoor niet terecht kunnen in de Nederlandse ziekenhuizen, om te kiezen voor de buitenlandse route, waarbij mogelijk de grenzen van verantwoord geacht draagmoederschap worden opgezocht?

Al deze punten roepen de vraag op of het wetsvoorstel beoogt om de medische richtlijnen aan te passen. Zo ja, is dat wenselijk in het licht van de belangen van het kind en de draagmoeder? Zo nee, hoe beziet de wetgever de getrapte toetsing die ontstaat bij draagmoederschap wanneer de overheid een bredere groep toegang verleent tot draagmoederschap dan de medische beroepsgroep in Nederland? Hoe rechtvaardigt de wetgever dit onderscheid in het licht van haar gedeelde causale betrokkenheid bij de totstandkoming van kinderen via draagmoederschap?

Het belang van het kind in de context van commercieel draagmoederschap

3. Bij de bespreking van de belangen van de draagmoeder hebben we reeds stil gestaan bij de vraag of het wetsvoorstel voldoende waarborgen biedt om commercialisering van draagmoederschap tegen te gaan. Deze waarborgen zijn uiteraard ook van groot belang om de rechten en waardigheid van kinderen te beschermen. Zoals in de MvT wordt gesteld, is het strijdig met de waardigheid van kinderen om behandeld te worden als handelswaar. Bovendien kan dit risico's opleveren voor de identiteitsvorming. Bezien tegen deze achtergrond roept het wetsvoorstel enkele fundamentele vragen op. Met name het ontbreken van de uitwerking van de onkostenvergoeding en de strafbaarstelling van kinderkoop in het wetsvoorstel, de veiligheidsgordel en noodrem van het wetsvoorstel, maken de internetconsultatie over het wetsvoorstel zoals het er nu ligt problematisch. Waarom heeft de wetgever ervoor gekozen om het wetsvoorstel reeds in deze fase te introduceren? En op welke wijze zal ervoor worden gezorgd dat het wetsvoorstel als geheel voldoende zorgvuldig kan worden gecontroleerd zoals mag worden verwacht in een democratie?
4. Een ander punt betreft de keuze van het wetsvoorstel om het beginsel van *mater semper certa est* te verlaten. Met dit beginsel wordt niet alleen het recht op privé- en gezinsleven van de draagmoeder beschermd (artikel 8 EVRM), zoals we hierboven

reeds hebben besproken; ook kan dit beginsel worden beschouwd als een belangrijk beschermingsmechanisme tegen kinderkoop. Om die reden beveelt de VN-Rapporteur aan om vast te houden aan *mater semper certa est*: 'In order to turn [the ban on the sale of children] into more than a legal fiction, [...] the surrogate mother must be accorded the status of mother at birth, and at birth must be under no contractual or legal obligation to participate in the legal or physical transfer of the child' (VN-Rapporteur 2018, sub 72).

5. Het wetsvoorstel versoepelt het bemiddelingsverbod door organisaties met een vergunning toe te staan deze rol te vervullen (MvT, p. 17). Een stelsel waarin vergunninghouders zonder winstoogmerk dienen te bemiddelen tussen wensouders en anderen ter realisatie van een kindwens vertoont sterke gelijkenis met het huidige adoptiestelsel. De positie van vergunninghouders in dit systeem van adoptie is in recente rapporten (RSJ 2016; AEF 2016) bekritiseerd, met name om de beperkte wijze waarop vergunninghouders in staat waren de nodige kwaliteit en toezicht te realiseren. Er werd daarbij geadviseerd voor een publieke dienst te kiezen in plaats van een stelsel met vergunninghouders om op die manier een zorgvuldige procedure in het belang van het kind mogelijk te maken. Zijn de lessen vanuit het adoptieveld, met zijn overeenkomsten én verschillen met draagmoederschap, meegewogen in de keuze voor een nieuw stelsel met vergunninghouders? Zo ja, hoe? Verder verwijzen we naar de vragen die Fiom bij deze consultatie heeft gesteld over de wenselijkheid van het onderbrengen van de counseling en bemiddeling bij één organisatie.

Het belang van het kind bij genetische verwantschap

6. Op grond van artikel 7 van het Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind heeft een kind, voor zover mogelijk, het recht om te weten wie zijn ouders zijn en door hen te worden verzorgd. Op basis van dit artikel heeft de wetgever als voorwaarde in de regeling voor binnen- én buitenland opgenomen dat de genetische afstamming op termijn voor het kind achterhaalbaar is. Daarnaast dient er minimaal één ouder genetisch verwant te zijn aan het toekomstige kind. Voor de buitenlandse route van eenvoudige erkenning is dit een harde eis; voor de binnenlandse route kan hier van worden afgeweken indien de onmogelijkheid hiervan aannemelijk is gemaakt. Deze laatste uitzondering roept de vraag op waarom het uitgangspunt van genetische verwantschap tussen het kind en tenminste één ouder wordt verlaten. Op welke wijze kan het in het belang van kinderen worden geacht als zij worden geboren bij wensouders met wie zij geen enkele genetische band hebben? De uitleg van de norm van genetische verwantschap lijkt te variëren naar gelang de mogelijkheden van de wensouders. Het gevolg is dat deze norm, gezien vanuit het perspectief van het kind, inconsistent wordt toegepast. Dat staat in schril contrast met de consistente en absolute erkenning van het recht van kinderen om hun genetische afkomst te kennen.
7. De herroeping van het draagmoederschap is opengesteld voor de wensouder(s) en de draagmoeder (art. 1:219 BW). Kan er ook worden voorzien in een herroeping door het kind, om zo bij bijvoorbeeld laagtechnologisch draagmoederschap de juridische werkelijkheid in lijn te brengen met het genetisch ouderschap? Kan het draagmoederschapkind het moederschap ontkennen van de wensmoeder wanneer

zij niet genetisch verwant is aan haar? Kan de wetgever nader toelichten hoe de rechten van kinderen geboren uit draagmoederschap eruit zullen zien in deze regeling en hoe zij zich verhouden tot die van 'natuurlijk verwekte' kinderen?

8. Voor het beschikbaar stellen van afstammingsinformatie aan kinderen geboren uit draagmoederschap zal een register worden ingesteld (art. 1:199a BW). Krachtens een AMvB zullen de nadere regels voor dit register worden vastgesteld. Is het mogelijk hier een voorhangprocedure voor in te stellen zoals ook voorgesteld door Fiom in haar reactie op de consultatie? Gezien de ervaringen met het register voor donorgegevens en de recente wetsevaluatie is zorgvuldigheid hierbij geboden.

Bijzondere aandacht dient ook te worden besteed aan de informatie die verkregen wordt over buitenlandse draagmoederschapsconstructies. Wie wordt geacht welke informatie aan te dragen? En nog belangrijker: wie draagt de verantwoordelijkheid over de juistheid van de gegevens? Het wetsvoorstel omvat de voorwaarde van een DNA-test bij buitenslands draagmoederschap om de genetische verwantschap aan te tonen (artikel 1:101 lid 3 onderdeel a BW). Kan worden toegelicht of deze DNA-test ook plaats dient te vinden om de genetische verwantschap tussen het kind en een eventuele donor aan te tonen? Zo nee, waarom niet? Hoe wordt de juistheid van de gegevens van de buitenlandse route gewaarborgd? En waarom wordt deze eis van een DNA-test niet voor de binnenlandse route gesteld?

Ter overweging zouden we willen meegeven om in de draagmoederovereenkomst ook een bedrag beschikbaar te stellen aan het toekomstige kind om in te kunnen zetten wanneer de afstammingsgegevens onverhoopt niet blijken te kloppen. Uit de ervaringen met geadopteerde volwassenen en personen ontstaan uit donorconceptie is gebleken dat dit kostbare zoektochten zijn. Dit zou een waardevolle aanvulling zijn op de andere verzekeringen die afgesloten dienen te worden ter afdekking van de risico's voor de draagmoeder.

3. Wordt draagmoederschap niet als normale dienst vrijgegeven?

Het wetsvoorstel heeft 'niet tot doel om draagmoederschap te bevorderen' (MvT, p. 10). In plaats daarvan is de gedachte dat draagmoederschap inmiddels 'een in de maatschappij voorkomende praktijk' (MvT, p. 10) is, en dat het zaak is die praktijk helder en zorgvuldig te reguleren om 'het familierecht zo goed mogelijk te laten aansluiten op de maatschappelijke werkelijkheid' (MvT, p. 2). Ook de Staatscommissie stelt in haar rapport (p. 480) dat het niet de bedoeling is 'dat draagmoederschap als normale dienst wordt vrijgegeven'. Zoals reeds besproken, gaat men er daarbij van uit dat commercialisering, wegens het risico van de objectivering van kinderen en de uitbuiting van draagmoeders, in strijd is met de menselijke waardigheid.

Deze mooie woorden ten spijt, vragen wij ons af of het wetsvoorstel *de facto* niet toch zal uitmonden in de goedkeuring, facilitering en normalisering van commerciële vormen van draagmoederschap. Die zorg wordt onder meer ingegeven door de commerciële praktijken van draagmoederschap die zijn ontstaan in landen als Griekenland en Zuid-Afrika, waar een vergelijkbare regeling voor draagmoederschap enige tijd geleden is geïntroduceerd. Griekenland kent sinds 2002 een systeem van PRTD, en Zuid-Afrika sinds 2010.

Net als in het wetsvoorstel geldt in beide landen dat de rechter enkel goedkeuring mag geven aan trajecten van draagmoederschap die niet commercieel van aard zijn, die berusten op de vrijwillige en geïnformeerde toestemming van de draagmoeder en die de belangen van het toekomstige kind dienen. Toch blijkt uit empirisch onderzoek 'that surrogacy in Greece is not an altruistic deed and that financial benefit is evident in the form of "under the table" payments' (Stoll 2013, p. 92; Hatzis 2010, p. 11). Een EU-rapport over draagmoederschap biedt de volgende verklaring: 'the Greek court procedure of the authorisation is more of a formal bureaucratic procedure than a discretionary assessment of the motivations behind the surrogacy agreement' (European Parliament Committee on Legal Affairs 2012, p. 48). Ook de Staatscommissie stelt dat de Griekse rechter in de praktijk vaak goedkeuring blijkt 'te verlenen aan draagmoederschap waarbij er sterke aanwijzingen zijn dat er wél sprake is van betaald draagmoederschap' (p. 285). Desondanks wordt noch in het rapport van de Staatscommissie, noch in de MvT bij het wetsvoorstel uitgelegd hoe dergelijke misstanden kunnen worden voorkomen.

Hiertegen zou kunnen worden ingebracht dat wellicht sprake is van een lokaal probleem dat samenhangt met de plaatselijke rechtscultuur. Het is echter zeer waarschijnlijk dat deze tekortkomingen inherent zijn aan een systeem van PRTD. De reden is dat het praktisch onmogelijk is voor rechters om na te gaan of er sprake is van een commerciële constructie en of de draagmoeder zal worden uitgebuit, ook al wil de rechter dat nog zo graag. Ook in Nederland is vanuit de rechterlijke macht reeds aangegeven dat er twijfels bestaan of de voorstellen tot PRTD wel praktisch realiseerbaar zijn voor rechters (Zonneveld, *REP* 2017/485).

De feitelijke onmacht van de rechter wordt treffend geïllustreerd door de uitspraak *Ex Parte WH and others* 2011 (6) SA 514, één van de allereerste Zuid-Afrikaanse zaken waarin PRTD in praktijk werd gebracht. Interessant genoeg beoogt de rechter met zijn uitspraak in deze zaak een gezichtspuntencatalogus voor PRTD te bieden, zodat de rechterlijke macht op een uniforme en consistente manier PRTD kan uitvoeren. Deze gezichtspunten omvatten onder meer de volgende waarschuwingen:

- dat onder een systeem van PRTD 'one would be naïve not to see how it is possible to develop to a point where "a womb for hire" could become de facto part of surrogacy practice' (*WH*, r.o. 64);
- dat 'commercial surrogacy can quite easily be disguised and payments in contravention of the law can just as easily be included under the guise of legal and legitimate payments' (*WH*, r.o. 64);
- en dat rechters 'cannot simply be a rubber stamp validating the private arrangements between contracting parties' (*WH*, r.o. 72).

Wanneer de rechter in kwestie vervolgens overgaat tot toetsing van de draagmoederschapsovereenkomst in kwestie, blijkt hij evenwel onmachtig om de door hem zelf geformuleerde criteria in de praktijk te brengen. De voornaamste reden is dat de rechter geen middelen heeft om na te gaan of de overeenkomst commercieel van karakter is. Volgens de meeste rechtswetenschappelijke commentaren op deze uitspraak was dat overduidelijk wel het geval in deze zaak gezien de commerciële bemiddelaar die bij dit traject betrokken was. Bij gebreke aan bewijs hiervoor, kan de rechter echter niet anders dan de overeenkomst goedkeuren. De meeste commentatoren bij deze zaak concluderen daarom dat er een diepe kloof bestaat

tussen enerzijds de normen en criteria die de rechter formuleert en anderzijds zijn uiteindelijke toetsing hieraan.

Conclusie

Het wetsvoorstel *Kind, draagmoederschap en afstamming* beoogt het bestaande wettelijke kader voor draagmoederschap te verbeteren op hoofdzakelijk drie manieren: 1) het tegengaan van draagmoederschapstoerisme; 2) het beter beschermen van de belangen van de betrokken partijen; en 3) het treffen van een betere juridische voorziening voor een in de maatschappij voorkomende praktijk zonder dat draagmoederschap daarbij als normale dienst wordt vrijgegeven. Deze drie ambities worden echter niet gerealiseerd met het wetsvoorstel. Sterker nog, de vermeende oplossingen en verbeteringen van dit wetsvoorstel leiden juist tot nieuwe en fundamentele problemen. Te verwachten is dat de voorgestelde regeling mede zal leiden tot vormen van draagmoederschap die niet op volledig vrijwillige en altruïstische basis zijn aangegaan en waarbij de rechten en waardigheid van het kind onvoldoende zijn gewaarborgd. Gezien de nauwe betrokkenheid van de rechter bij de totstandkoming van kinderen onder het voorgestelde systeem van PRTD wordt de overheid medeverantwoordelijk voor dergelijke praktijken.

Auteurs:

Prof. mr. dr. Britta van Beers, hoogleraar *Recht, ethiek en biotechnologie* (Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, afdeling Rechtstheorie).

mr. Laura C. Bosch, MA *applied ethics*, zelfstandig kinderrechtenjurist, bestuurslid (jurist) *Stichting Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting*, heeft dit stuk geschreven op persoonlijke titel.