

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

Amsterdam/Utrecht, 17 juli 2020

1. Inleiding

Deze reactie is een vervolg op het commentaar dat wij schreven in het kader van de internetconsultatie over het eerste deel van het concept-wetsvoorstel *Kind, draagmoederschap en afstamming*. Daarin bespraken wij het voorstel tot een familierechtelijke regeling voor draagmoederschap. De bedoeling van deze familierechtelijke regeling is dat niet langer de draagmoeder, maar de wensouders bij de geboorte van het kind automatisch de juridische ouders worden, mits de partijen voorafgaand aan de zwangerschap een draagmoederschapsovereenkomst hebben opgesteld en aan de rechter hebben voorgelegd. De rechter gaat daarbij onder meer na of het draagmoederschap wel op altruïstische basis is aangegaan.

In deze reactie bespreken wij het strafrechtelijke sluitstuk van deze regeling: een verbod op 'kinderkoop' in de context van commercieel draagmoederschap. De voorgestelde strafbepaling verbiedt wensouders om meer dan een redelijke vergoeding ('vergoeding voor redelijke kosten') aan draagmoeders te betalen. Omgekeerd verbiedt de bepaling draagmoeders om meer dan een redelijke vergoeding aan te nemen voor hun diensten. De strafbepaling heeft extraterritoriale werking: Nederlandse wensouders die in het buitenland gebruik maken van commercieel draagmoederschap kunnen in Nederland worden vervolgd, ook indien commercieel draagmoederschap in het land in kwestie niet is verboden.

In onze reactie op het voorstel tot een familierechtelijke regeling voor draagmoederschap kwamen wij tot de conclusie dat het onder het voorgestelde systeem waarschijnlijk is dat eveneens draagmoederschapsovereenkomsten die commercieel of uitbuitend van aard zijn zullen worden toegestaan en zelfs gefaciliteerd. Ook nu wij kennis hebben genomen van het strafrechtelijke sluitstuk van dit wetsvoorstel – strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap – komen wij tot deze conclusie.

Op zichzelf bezien achten wij het voorgestelde verbod een goede aanvulling op de bestaande strafrechtelijke bepalingen die tot doel hebben om commercieel draagmoederschap tegen te gaan. Echter, wanneer de verbodsbepaling wordt bestudeerd als onderdeel van het algehele wettelijke regime dat het wetsvoorstel beoogt te introduceren, wordt duidelijk dat strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap geen oplossing biedt voor de problemen die elders in het wetsvoorstel worden gecreëerd en die wij bij de eerste consultatie hebben gesignaleerd. Een nadere analyse laat zien dat de verbodsbepaling niet in staat is om de verschillende contradicties in het overkoepelende wetsvoorstel op te heffen, en zelfs nieuwe contradicties introduceert.

Hierna komen we eerst tot een vergelijking tussen het huidige en het voorgestelde beleid ten aanzien van draagmoederschap (§2). Vervolgens bespreken we een aantal punten van zorg over het verbod op commerciële draagmoederschapsconstructies in Nederlandse (§3) en internationale context (§4). Wij sluiten af met een conclusie (§5).

2. Van ontmoedigingsbeleid naar gereguleerd draagmoederschap

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. Aangezien zowel het bestaande als het voorgestelde beleid *in theorie* deze rechten en rechtsbeginselen onderschrijven, dringt de vraag zich op onder welk wettelijk regime deze rechten en rechtsbeginselen *in de praktijk* beter zullen worden beschermd.

Op het eerste gezicht lijkt het voorgestelde verbod op commercieel draagmoederschap te duiden op een voortzetting en zelfs aanscherping van het bestaande ontmoedigingsbeleid ten aanzien van draagmoederschap. Met het wetsvoorstel wordt commercieel draagmoederschap voor het eerst als zodanig strafbaar gesteld. Echter, deze strafbepaling dient te worden gezien in samenhang met de overige voorgestelde wetswijzigingen. Wanneer het overkoepelende beleid waarvan de nieuwe strafbepaling deel zal uitmaken wordt vergeleken met het huidige ontmoedigingsbeleid, zoals we hierna zullen doen, wordt duidelijk dat er sprake is van een koerswijziging die de mogelijkheden voor draagmoederschap, inclusief commercieel draagmoederschap, in de praktijk per saldo juist verruimt.

Sinds 1993 verbiedt het Wetboek van Strafrecht de beroeps- en bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap (art. 151b lid 1 Sr) evenals openbaarmakingen ter zake van draagmoederschap (art. 151b lid 2 Sr). Met deze bepalingen beoogde de wetgever van 1993 te 'voorkomen dat zich commercieel draagmoederschap als maatschappelijke verschijnsel gaat ontwikkelen' (*Kamerstukken II 1990/91, 21968, nr. 3, p. 3*). Als redenen voor dit ontmoedigingsbeleid werden genoemd zorgen over 'psychologische effecten die aan draagmoederschap zijn verbonden voor moeder en kind, [...] de degradatie van de draagmoeder tot een voortplantingsmachine, het risico van misbruik door de wensouders van de veelal armere en lager opgeleide draagmoeder en het gevaar van commercialisering en handel in baby's' (*Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI, nr. 30, p. 2*). Dit ontmoedigingsbeleid blijkt niet alleen uit de genoemde strafbepalingen, maar ook uit de afwezigheid van een familierechtelijke regeling voor draagmoederschap: naar huidig recht is de procedure voor wensouders om als juridische ouders erkend te worden ingewikkeld.

De wetgever van 1993 koos er expliciet voor om commercieel draagmoederschap als zodanig niet te verbieden. De reden hiervoor is dat de wetgever problemen voorzag met betrekking tot handhaving en bewijsvoering. Zo wordt in de MvT van 1993 benadrukt dat het zeer lastig is om in het geval van een verbod op commercieel draagmoederschap te bewijzen 'dat de ontvangen vergoeding meer dan kostendekkend was' (*Kamerstukken II 1990/91, 21968, nr. 3, p. 2-3*). Daarnaast wordt het risico genoemd dat de handhaving van dergelijke verbodsbepalingen kan 'leiden tot opsporingsonderzoek dat diep in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken vrouw ingrijpt' (*Kamerstukken II 1990/91, 21968, nr. 3, p. 2-3*). Om die reden achtte de wetgever van 1993 een verbod op bemiddeling en openbaarmaking een geschikter en effectiever middel om commercieel draagmoederschap tegen te gaan. Dit verbod bemoeilijkt de totstandkoming van draagmoederschapsconstructies tussen partijen die elkaar voorafgaand aan het traject niet kennen. Immers, wanneer draagmoeder en wensouders geen bekenden van elkaar zijn, neemt de kans aanzienlijk toe dat de overeenkomst niet altruïstisch maar commercieel van aard zal zijn.

Dat betekent dat de afwezigheid van een verbod op commercieel draagmoederschap in het huidige strafrecht niet zozeer als een omissie moet worden beschouwd, maar eerder als het resultaat van realiteitszin ten aanzien van de effectiviteit en handhaving van een dergelijk verbod. Decennia later is dit beleid inderdaad effectief gebleken. Aangenomen wordt dat 'draagmoederschap in Nederland waarschijnlijk (nog) een vrij beperkt verschijnsel' is (Staatscie, p. 456). Ook al worden de bestaande verbodsbepalingen nauwelijks gehandhaafd, 'toch lijkt er een zekere preventieve werking van uit te gaan', zoals ook de toelichting bij het wetsvoorstel beaamt (MvT april 2020, p. 4).

Het wetsvoorstel *Kind, draagmoederschap en afstamming* beoogt dit ontmoedigings- en preventiebeleid te vervangen door een beleid waarin draagmoederschap onder voorwaarden wordt toegestaan en wordt gereguleerd als een maatschappelijk bestaand fenomeen. Niet langer ligt het accent op het voorkomen van het ontstaan van een klimaat waarin 'commercieel draagmoederschap zich [...] als verschijnsel kan ontwikkelen' (*Kamerstukken II 1990/91, 21968, nr. 3, p. 30*). In plaats daarvan propageert het wetsvoorstel een beleid dat draagmoederschap binnen bepaalde grenzen familierechtelijk faciliteert via preconceptie rechterlijke toetsing van draagmoederschapsovereenkomsten (zie het eerder gepubliceerde concept-wetvoorstel). Daarbij dient de rechter erop toe te zien dat enkel altruïstische vormen van draagmoederschap worden gefaciliteerd. Door introductie van het voorliggende verbod op commercieel draagmoederschap wordt deze norm van altruïstisch draagmoederschap ook strafrechtelijk kracht bijgezet.

Ook al beogen zowel het huidige als het voorgestelde beleid commerciële vormen van draagmoederschap tegen te gaan ter bescherming van de rechten en waardigheid van het kind en de draagmoeder, toch blijkt bij nadere beschouwing een normatieve koerswijziging aan het wetsvoorstel ten grondslag te liggen. Waar het bestaande beleid berust op de gedachte dat draagmoederschap niet 'een normale zaak' dient te worden (*Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI, nr. 30, p. 2*) zodat er ook geen klimaat kan ontstaan waarin commercieel draagmoederschap tot bloei kan komen, daar leidt de voorgestelde familierechtelijke draagmoederschapsregeling naar alle waarschijnlijkheid tot 'een zekere normalisering van draagmoederschap' (Staatscie, p. 480).

Deze normalisering is ook te herkennen op strafrechtelijk niveau. Tot de voorgestelde wetswijzigingen behoort een versoepeling van het bemiddelings- en openbaringsverbod (art. 151b Sr). Niet langer is het dan verboden voor vrouwen om in het openbaar, bijvoorbeeld via advertenties, hun diensten als draagmoeder aan te bieden, of voor wensouders om een oproep naar een draagmoeder te doen. Daarnaast mogen door de minister aan te wijzen organisaties optreden als bemiddelaar. Met deze versoepeling wordt de introductie van een draagmoederschapsbank in Nederland beoogd, opdat wensouders ook buiten hun kring van familie en bekenden op zoek kunnen gaan naar draagmoeders (MvT april 2020, p. 17).

De kerngedachte van het wetsvoorstel luidt dat het mogelijk is om uitsluitend altruïstische vormen van draagmoederschap te faciliteren via preconceptie rechterlijke toetsing van draagmoederschapsovereenkomsten en gereguleerde bemiddeling; én tegelijkertijd krachtig op te treden tegen commercieel draagmoederschap via een nieuwe strafbepaling. In deze reactie plaatsen wij vraagtekens bij de haalbaarheid en geloofwaardigheid van de hier voorgestelde combinatie van facilitering van draagmoederschap en strafrechtelijke beteugeling van de uitwassen van draagmoederschap. Hierna bespreken wij een aantal punten van zorg door een analyse van het verbod op commercieel draagmoederschap in Nederlandse (§3) en internationale context (§4).

3. Het verbod op Nederlands commercieel draagmoederschap

3.a. Bewijs- en handhavingsproblemen

De voorgestelde strafbepaling ziet op zowel commercieel draagmoederschap tussen Nederlandse partijen, als commercieel draagmoederschap dat het resultaat is van transacties van Nederlandse wensouders op buitenlandse voortplantingsmarkten. De handhaving van het verbod zal in de eerste situatie aanzienlijk minder lastig zijn dan in de tweede situatie (hierover meer in §4). Echter, ook wanneer de transactie zich volledig in Nederland voltrekt, zijn substantiële handhavings-, bewijsvoerings- en interpretatieproblemen te verwachten. De twijfels die de wetgever van 1993 had over de praktische uitvoerbaarheid en handhaving van een verbod op commercieel draagmoederschap worden niet geadresseerd in het wetsvoorstel, ook al wijzen ervaringen van andere landen met dergelijke regelgeving erop dat deze twijfels gegrond zijn, zoals we hierna zullen bespreken.

Door de versoepeling van het bemiddelingsverbod zullen ook wensouders en draagmoeders met commerciële intenties elkaar makkelijker kunnen vinden. Hoe zal het Openbaar Ministerie (hierna: OM) onder die omstandigheden de altruïstische van de commerciële draagmoederschapsovereenkomsten kunnen onderscheiden? In de praktijk zal het moeilijk zijn om te bewijzen dat commerciële vormen van draagmoederschap plaatsvinden of hebben plaatsgevonden, zelfs wanneer gebruik wordt gemaakt van 'opsporingsonderzoek dat diep in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken vrouw ingrijpt' (*Kamerstukken II 1990/91, 21968, nr. 3, p. 2*). In geval van commercieel draagmoederschap zullen wensouders en draagmoeders immers hun best doen om het commerciële karakter van de overeenkomst te verhullen. Een complicerende daarbij is dat 'opzet gericht op, dan wel het redelijkerwijs moeten vermoeden van de onredelijkheid van het gevraagde of verleende voordeel moet worden bewezen' (zie de reactie op dit wetsvoorstel van de Wetenschappelijke Commissie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak).

3.b. De vervagende grens tussen altruïstisch en commercieel draagmoederschap

Daarnaast zullen het OM en de rechter worden geconfronteerd met de uiterst complexe vraag waar exact de grens tussen altruïstische en commerciële vormen van draagmoederschap moet worden getrokken. Wanneer is er sprake van 'redelijke kosten die samenhangen met het zijn van draagmoeder' (art. 151d lid 3 Sr), zodat betaling van die kosten kan worden beschouwd als onderdeel van een altruïstisch draagmoederschapstraject? En vanaf welk moment wordt die grens overschreden, en verwordt betaling aan een vrouw tot het doen van 'een gift of belofte [...] met het oogmerk haar te bewegen draagmoeder te zijn' (art. 151d lid 1 Sr), ofwel een oneigenlijke, financiële prikkel?

Die vragen zullen afhankelijk van tijd en plaats verschillend worden beantwoord, waarbij het welvaartsniveau en de persoonlijke omstandigheden van de draagmoeder veel gewicht in de schaal zullen leggen. Daarnaast moet worden bepaald welke posten überhaupt in aanmerking komen voor vergoeding. VN-Rapporteur Kinderhandel Maud de Boer-Buquicchio waarschuwt dat '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). Volgens haar is het mede vanwege deze onduidelijkheden mogelijk

dat commercieel draagmoederschap eveneens tot bloei komt in landen waar op papier uitsluitend altruïstisch draagmoederschap is toegestaan, met name wanneer bemiddelaars de partijen met elkaar in contact brengen:

‘In theory, a truly “altruistic” surrogacy does not constitute sale of children, since altruistic surrogacy is understood as a gratuitous act, often between family members or friends with pre-existing relationships, and often without the involvement of intermediaries. Hence, in theory, altruistic surrogacy is not an exchange of payment for services and/or transfer of a child based on a contractual relationship. However, 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’ (VN-Rapporteur 2018, sub 69).

De praktijk van draagmoederschap in landen met wetgeving die vergelijkbaar is met het wetsvoorstel *Kind, draagmoederschap en afstamming* wijst erop dat bovenstaande problemen ertoe kunnen leiden dat het verbod op commercieel draagmoederschap wordt uitgehold of zelfs een dode letter is. Een goed voorbeeld is Griekenland, waar commercieel draagmoederschap sinds 2002 is verboden. Tot op heden heeft bij ons weten in Griekenland nog geen veroordeling plaats gevonden voor dit delict. Tegelijkertijd 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).

Met andere woorden, het Griekse verbod op commercieel draagmoederschap blijkt in de praktijk een wassen neus. Sterker nog, commercieel draagmoederschap wordt in Griekenland *de facto* gefaciliteerd. Dat komt doordat tegelijk met het verbod op commercieel draagmoederschap in het Griekse recht een systeem van familierechtelijke facilitering van draagmoederschap is geïntroduceerd. Deze familierechtelijke regeling is op hoofdlijnen vergelijkbaar met het systeem van preconceptie rechterlijke toetsing van draagmoederschapsovereenkomsten dat het wetsvoorstel beoogt te introduceren. In onze eerste reactie op het wetsvoorstel bespraken wij verschillende problematische aspecten van dit systeem, mede aan de hand van de Griekse ervaringen. Een van de belangrijkste tekortkomingen die wij benoemden is dat het praktisch onmogelijk is voor rechters om vast te stellen of draagmoederschapsovereenkomsten al dan niet commercieel van aard zijn (zie reactie, p. 11-13). Zo blijkt de Griekse rechter in de praktijk vaak goedkeuring ‘te verlenen aan draagmoederschap waarbij er sterke aanwijzingen zijn dat er wél sprake is van betaald draagmoederschap’ (Staatscie, p. 285).

Kortom, wanneer het moeilijk te handhaven verbod op commercieel draagmoederschap wordt gecombineerd met familierechtelijke facilitering van draagmoederschap, zoals in het voorliggende wetsvoorstel, is het risico groot dat een dergelijk systeem *de facto* eveneens commerciële vormen van draagmoederschap gaat faciliteren.

3.c. Beoogde strafen strafmaat

Voor betaling van meer dan een redelijke vergoeding aan de draagmoeder kunnen de ouders op grond van de voorgestelde strafbepaling worden gestraft als schuldig aan kinderkoop met

gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie (art. 151d lid 1 Sr). Dat laatste betekent dat wensouders een boete kunnen krijgen van maximaal €21.750. In de MvT wordt de gekozen strafmaat gemotiveerd met een verwijzing naar de sanctionering van het bemiddelingsverbod zoals nu neergelegd in artikel 151b Sr. De beroepsmatige bemiddeling en bevordering van commercieel of altruïstisch draagmoederschap wordt hiermee gelijkgesteld met het daadwerkelijk initiëren, accepteren en/of uitvoeren van kinderkoop. Het is correct dat beide strafbaarstellingen hetzelfde doel nastreven: bescherming van de waardigheid en rechten van kind en draagmoeder. Maar is de ernst van beide feiten van dezelfde orde? Daarbij is van belang dat het wetsvoorstel het mogelijk maakt vergunninghouders uit te zonderen van het bemiddelingsverbod. Wij achten het beroepsmatig bemiddelen voor altruïstisch draagmoederschap zonder vergunning niet van gelijke ernst als het daadwerkelijk kopen van een kind. Vergelijk deze strafbaarstelling bijvoorbeeld met de sanctionering van het verbod op het 'verduisteren van eens anders afstamming' (art. 236 Sr). Dit delict, waar kinderkoop mee kan samenlopen, is gesanctioneerd met een maximale gevangenisstraf van 5 jaar of een geldboete van de vierde categorie.

Op meer fundamenteel niveau plaatsen wij vraagtekens bij het afschrikwekkende effect van de beoogde straf en strafmaat. Twijfelachtig is of er wel preventieve werking uitgaat van een geldboete van de vierde categorie voor wensouders die rijk genoeg zijn en bereid zijn om veel geld te betalen voor een commercieel draagmoederschapstraject. Onder die omstandigheden zal deze geldboete enkel worden opgevat als een extra post op de begroting voor het commerciële draagmoederschapstraject.

Het theoretische alternatief is dat aan deze wensouders een gevangenisstraf wordt opgelegd van ten hoogste een jaar. Het is echter onwaarschijnlijk dat rechters een dergelijke straf zullen opleggen zodra de geboorte van het kind een *fait accompli* is. Ook de VN-Rapporteur Kinderhandel acht dit onwenselijk in het licht van de belangen van het kind (VN-Rapporteur 2019, sub 47). Zij verwijst daarbij naar General Comment nr. 14, dat voorschrijft:

'In cases where the parents or other primary caregivers commit an offence, alternatives to detention should be made available and applied on a case-by-case basis, with full consideration of the likely impacts of different sentences on the best interests of the affected child or children.'

3.d. Strafbaarstelling te algemeen geformuleerd

In de delictomschrijving wordt gesproken over 'degene die een vrouw een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent met het oogmerk haar te bewegen draagmoeder te zijn van het kind van wie hij de verzorging en opvoeding duurzaam op zich wil nemen'. Twee bestanddelen in deze wettekst, die ook in de andere leden van het wetsartikel worden genuttigd, zouden baat hebben bij een nadere uitleg: 'degene' en 'het kind'.

Wanneer de MvT spreekt over 'het kind' waarvan een ander de opvoeding op zich wil nemen wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende vormen van draagmoederschap en genetische verwantschap die kunnen bestaan tussen de ouder en 'het kind'. Commercieel draagmoederschap kent echter veel varianten. Dat roept de vraag op of er geen strafrechtelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin wensouders een draagmoeder betalen voor het dragen van een embryo dat genetisch verwant is aan beide wensouders; en anderzijds de situatie waarin wensouders een embryo samenstellen met

gekochte zaad- en eicellen en het resulterende embryo tegen betaling laten dragen door een draagmoeder.

Naast 'het kind' heeft ook het bestanddeel van 'degene' meer uitleg. Gaat het hier enkel om natuurlijke personen, of kan het ook gaan om een bedrijf? In het buitenland is de werving van commerciële draagmoeders in handen van professionele bedrijven zoals het Amerikaanse *West Coast Surrogacy* waar draagmoeders met ruime betalingen worden geworven (\$30.000-60.000 naast onkostenvergoedingen). Wij nemen aan dat een soortgelijke organisatie, wanneer deze actief in Nederland zou zijn, eveneens onder de strafbaarstelling zou vallen, te meer omdat in het wetsvoorstel ervoor is gekozen om uitsluitend niet-commerciële organisaties in aanmerking te laten komen voor erkenning als nationale draagmoederschapsbank met vergunning. Of is het de bedoeling dat dergelijke praktijken uitsluitend worden tegengegaan via het bemiddelingsverbod?

Tenslotte zou er bij de strafbaarstelling van draagmoederschap ook gekeken kunnen worden naar het aanscherpen van het delict 'verduistering van Staat' (art. 236 Sr). Dit artikel, dat het strafbaar maakt om iemands afstamming, oftewel genetische afstamming, onzeker te maken, kan een onderdeel zijn van kinderkoop. Daarnaast biedt deze strafbaarstelling bescherming van de norm dat ieder kind het recht heeft om zijn of haar afstamming te kennen, zoals neergelegd in artikel 7 IVRK. Dit recht wordt in het wetsvoorstel op meerdere plekken gehuldigd, zoals bij de procedure voor eenvoudige erkenning waarin als voorwaarde geldt dat de afstammingsinformatie achterhaalbaar is voor het kind. Deze strafrechtelijke bepaling zou kunnen worden aangewend om het schenden van deze norm te sanctioneren, ware het niet dat er een zogenaamd 'civielrechtelijk beletsel' is opgenomen in lid 3 van artikel 236 Sr. Vervolging voor dit strafbare feit kan enkel door het Openbaar Ministerie plaatsvinden nadat een verzoek tot inroeping of tot betwisting van staat is gedaan en de burgerlijke rechter daarop een eindbeslissing heeft gegeven. Voor pasgeboren kinderen zal het zeer moeilijk zijn om een procedure zoals beschreven in lid 3 te bewerkstelligen, hetgeen deze strafbepaling in de context van draagmoederschap en adoptie onbruikbaar maakt.

4. Het verbod op internationaal commercieel draagmoederschap

4.a. De 'buitenlandse route' vanuit familierechtelijk en strafrechtelijk perspectief

Het voorgestelde verbod op commercieel draagmoederschap is wegens zijn extraterritoriale werking ook van toepassing op draagmoederschapsovereenkomsten die Nederlandse wensouders op buitenlandse voortplantingsmarkten aangaan. In theorie is vervolging mogelijk van wensouders die terugkomen in Nederland met een kind dat een buitenlandse draagmoeder voor hen tegen betaling heeft gedragen en op de wereld heeft gezet. Tegelijkertijd maakt het wetsvoorstel 'de buitenlandse route' voor wensouders in familierechtelijk opzicht aanzienlijk aantrekkelijker. Zoals we reeds in onze reactie op de eerste internetconsultatie bespraken, introduceert het wetsvoorstel 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 april 2020, p. 10). Als hieraan is voldaan, mag een ambtenaar van de burgerlijke stand de buitenlandse geboorteaktes in kwestie

erkennen zonder tussenkomst van de rechter. 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 april 2020, p. 11). Volgens de MvT voorkomt dit ‘dat het kind en de draagmoeder de dupe worden van eventuele verkeerde praktijken van de wensouders (MvT april 2020, p. 11).

Een van de grootste innerlijke tegenstrijdigheden van het wetsvoorstel *Kind, draagmoederschap en afstamming* is dat aldus vanuit familierechtelijk perspectief internationaal commercieel draagmoederschap door de beugel kan en zelfs wordt gefaciliteerd, terwijl vanuit strafrechtelijk perspectief internationaal commercieel draagmoederschap wordt bestreden. De MvT (april 2020, p. 11) verdedigt deze tegenstrijdigheid met de redenering dat commercieel draagmoederschap primair vraagt om een strafrechtelijke en niet om een afstammingsrechtelijke reactie. De zwakte van deze argumentatie wordt duidelijk wanneer men beziet hoe de combinatie van familierechtelijke facilitering met strafrechtelijke bestrijding van internationaal draagmoederschap in de praktijk uitpakt.

Wensouders die terugkeren naar Nederland nadat ze via commercieel draagmoederschap in het buitenland een kind hebben gekregen worden, mits zij voldoen aan de voorwaarden voor vereenvoudigde erkenning, door de ambtenaar van de burgerlijke stand aangewezen als de juridische ouders van het kind. Tegelijkertijd lopen zij het risico om op grond van het verbod op commercieel draagmoederschap te worden gestraft met een boete van maximaal € 21.750 of gevangenisstraf van ten hoogste een jaar, ook al zijn inmiddels de juridische ouders van het kind geworden.

Ten aanzien van oplegging van een gevangenisstraf aan de wensouders (die inmiddels ook de juridische ouders zijn), is het uiterst twijfelachtig of strafrechters hiertoe zullen overgaan in het licht van de belangen van het pasgeboren kind. Wordt dat kind in dergelijke gevallen anders niet eveneens ‘de dupe van eventuele verkeerde praktijken van de wensouders’? Zoals hierboven reeds betoogd, is gevangenisstraf voor de wensouders, zo bezien, bij voorbaat illusoir. Van de geldboete moet, zoals reeds besproken, evenmin veel worden verwacht. Een geldboete van maximaal €21.750 voor bestraffing van internationaal draagmoederschap zal in het niet vallen bij de bedragen die in omloop zijn op buitenlandse voortplantingsmarkten. Kortom, per saldo worden wensouders die gebruik maken van internationaal commercieel draagmoederschap op grond van het wetsvoorstel beloond met een vereenvoudigde erkenningsprocedure (mits zij voldoen aan de voorwaarden), en hebben zij weinig te vrezen van de straffen die verbonden zijn aan het verbod op commercieel draagmoederschap.

4.b. Bewijsvoering en handhaving bij internationaal draagmoederschap

Bij het opsporingsonderzoek spreekt het voor zich dat het in het geval van buitenlands draagmoederschap nog moeilijker zal zijn om het bewijs van commerciële draagmoederschapspraktijken rond te krijgen dan in het geval van Nederlands draagmoederschap. Hoe kunnen opsporing en bewijsvorming onder die omstandigheden reëel vorm krijgen?

Daarnaast hebben wij vragen over de wijze waarop zaken van kinderkoop bij de politie kunnen worden aangegeven. In het bijzonder vragen wij ons af welke taak er van de ambtenaar van de burgerlijke stand mag worden verwacht bij de buitenlandse route die zal ontstaan zodra de voorgestelde wet in werking treedt. Zoals hierboven uiteengezet, krijgt deze ambtenaar een sleutelpositie bij vereenvoudigde erkenning van ouderschap na

internationaal draagmoederschap. Hiermee heeft de ambtenaar van de burgerlijke stand een unieke signaleringsfunctie gekregen met betrekking tot gevallen van kinderkoop waaraan Nederlanders zich in het buitenland hebben schuldig gemaakt. Welke verwachtingen heeft de wetgever over de meldingsbereidheid of -plicht van de ambtenaar wanneer hij of zij een draagmoederschapkind mag inschrijven uit Californië, Georgië, of Griekenland (zie toelichting over de situatie in Griekenland hierboven), waar commercieel draagmoederschap is toegestaan of wordt gedoogd? En welke capaciteiten, kennis en middelen zullen er beschikbaar worden gesteld aan de politie en het openbaar ministerie om de opsporingsonderzoeken voor dit internationale delict te kunnen vormgeven?

4.c. Bemiddeling bij internationaal draagmoederschap

Uit bovenstaande analyse is gebleken dat naar alle waarschijnlijkheid een verbod op bemiddeling en openbaarmaking rondom draagmoederschap effectiever is bij het tegengaan van commercieel draagmoederschap dan een verbod op commercieel draagmoederschap als zodanig. Toch wordt in het wetsvoorstel enkel aan het verbod op commercieel draagmoederschap extraterritoriale werking gegeven, en niet aan het bemiddelings- en openbaarmakingsverbod. Sterker nog, in de toelichting bij het voorgestelde verbod op kinderkoop wordt stilzwijgend ervan uitgegaan dat Nederlandse wensouders in het buitenland gebruik zullen maken van bemiddelaars, wanneer wordt gesteld dat 'betalingen aan een tussenpersoon [...] redelijk, gespecificeerd en inzichtelijk [dienen] te zijn' (MvT juni 2020, p. 5).

In het licht van de handhavingproblemen van een verbod op internationaal commercieel draagmoederschap (zie vorige sub paragraaf), is te verwachten dat een verbod op internationaal commercieel draagmoederschap weinig effect zal sorteren in afwezigheid van extraterritoriale werking van het verbod op bemiddeling en openbaarmaking. Wanneer het is toegestaan dat in het buitenland gevestigde, veelal commerciële bemiddelaars Nederlandse wensouders met buitenlandse draagmoeders in contact brengen, is het niet realistisch te verwachten dat de resulterende draagmoederschapsovereenkomsten altruïstisch van aard zullen zijn.

Meer algemeen neemt in een internationale context eerder waarschijnlijkheid af dat de draagmoederschapsovereenkomst op volledig altruïstische basis is aangegaan. Zoals wij hierboven schreven, neemt de kans dat de overeenkomst niet altruïstisch maar commercieel van aard is aanzienlijk toe wanneer draagmoeder en wensouders geen bekenden van elkaar zijn. Dat geldt des te meer voor internationaal draagmoederschap. Zo zal het voor een buitenlandse draagmoeder zeer lastig zijn om, als mogelijke beloning voor haar altruïstische daad, betrokken te blijven bij het leven en het gezin van het kind dat zij heeft gedragen en op de wereld heeft gezet.

De strafbaarstelling in artikel 151d Sr in samenhang met het bemiddelingsverbod uit 151b Sr roept ook de vraag op welke samenwerking Nederlandse advocaten en artsen mogen aangaan met commerciële, buitenlandse draagmoederschapbemiddelaars. Wanneer een arts of advocaat onderdeel is van of bemiddelt bij het traject dat wensouders inzetten om gebruik te maken van een buitenlandse commerciële draagmoeder, welke verantwoordelijkheid ligt er dan bij hen? De fertiliteitsindustrie bestaat uit vele tussenpersonen en dienstverleners die weliswaar in veel gevallen niet zelf een draagmoeder werven met diensten of betalingen, maar zeker een essentiële bijdrage leveren. Wanneer de strafbaarstelling zich enkel richt op de wensouders en/of de draagmoeder, doorgaans de

kwetsbaarste partijen in de hele keten, zou dit een te beperkte interpretatie zijn en een ernstige ommissie in de bescherming van de waardigheid van kinderen en vrouwen.

Daarnaast is onduidelijk of Nederlandse draagmoederschapsbanken, die op grond van artikel 151b lid 4 Sr van het voorstel een vergunning hebben om als bemiddelaar op te treden, mogen verwijzen naar of samenwerken met buitenlandse draagmoederschapsbedrijven. Een gerelateerde vraag is of een dergelijke Nederlandse draagmoederschapsbank mag samenwerken met een non-profit organisatie als *Men Having Babies*, die via grote internationale conferenties informatie deelt over internationaal commercieel draagmoederschap en ondersteuning biedt bij het vinden van commerciële dienstverleners en draagmoeders.

Vergelijkbare vragen zijn inmiddels gerezen naar aanleiding van de commerciële bemiddeling die bedrijven bieden voor anonieme sperma- en eiceldonatie in het buitenland, zoals het Nederlandse *Fertitravel*; en naar aanleiding van de reclame die buitenlandse commerciële eicelbanken in Nederland maken, zoals *IVF Spain*. Deze voorbeelden laten zien hoe noodzakelijk het is om de grenzen van het bemiddelingsverbod goed uit te werken. Zo is voor anonieme sperma- en eiceldonatie geen bemiddelingsverbod opgenomen in de Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting, waardoor bijvoorbeeld de in Nederland georganiseerde voorlichtingsbijeenkomsten van *IVF Spain* voor anonieme eiceldonaties niet strafbaar zijn (zie Stichting Reclame Code 2018/00694/a, 30 oktober 2018).

4.d. De grens tussen altruïstisch en commercieel internationaal draagmoederschap

De grens tussen altruïstisch en commercieel draagmoederschap is bijzonder complex in de context van nationaal draagmoederschap (zie §3.b), maar nog complexer in de context van internationaal draagmoederschap. Bij gebrek aan een internationale norm zal het voor Nederlandse autoriteiten bijzonder moeilijk zijn om vast te stellen of er sprake is geweest van oneigenlijke financiële prikkels voor buitenlandse draagmoeders. Deze moeilijkheid wordt ook in de toelichting bij het voorgestelde verbod op commercieel draagmoederschap erkend. Volgens de MvT moet 'bij het beoordelen of een vergoeding in het buitenland als redelijk kan worden aangemerkt, [...] worden gekeken naar lokale maatstaven voor de (gemaakte) kosten'. Wij begrijpen dat het niet de bedoeling is dat Nederlandse wensouders in landen waar commercieel draagmoederschap is toegestaan zich verschuilen achter de lokale juridisch-ethische normen en waarden. De wensouders moeten zich volgens de MvT wel degelijk ervan vergewissen dat alle betalingen 'dienen ter vergoeding van de daadwerkelijke kosten van het traject of de procedure' (MvT juni 2020, p. 4). De vraag is echter hoeveel garantie deze vage norm biedt, vooral als in het buitenland, zoals de VN-Rapporteur Kinderhandel ook benadrukt (zie citaat in §3.b), commerciële vormen van draagmoederschap door commerciële bemiddelaars veelal worden gepresenteerd als volledig altruïstisch van aard. De auteurs van het wetsvoorstel zijn zich hiervan onvoldoende bewust, zo blijkt uit de volgende passage uit de MvT:

'Het is bekend dat er in het buitenland zeer uiteenlopende vergoedingen worden betaald. Dit kan onder meer te maken hebben met de hoogte van medische of juridische kosten in het desbetreffende land. In de Verenigde Staten zijn de kosten voor een draagmoederschapstraject bijvoorbeeld relatief hoog (tot meer dan USD 100.000). De reden hiervan is onder meer gelegen in de hogere kosten voor de

gezondheidszorg en de uitvoerige screening van draagmoeders. Met de voorgestelde strafbaarstelling wordt niet beoogd te bevorderen dat wensouders die in het buitenland een draagmoederschapstraject aangaan een land kiezen waar de kosten relatief laag zijn. Factoren zoals het niveau van de gezondheidszorg en de goede screening van draagmoeders kunnen belangrijk zijn bij de keuze voor een draagmoeder en het is tevens in het belang van het kind dat hiermee rekening wordt gehouden '(MvT juni 2020, p. 4).

Een draagmoederschapstraject in de Verenigde Staten, met een betaling van \$100.000 lijkt hier gepresenteerd te worden als louter vergoeding, en dus als onderdeel van een altruïstisch traject. In de wetenschappelijke literatuur over draagmoederschap wordt de Amerikaanse praktijk van draagmoederschap echter stevast beschreven als een van de meest commerciële praktijken ter wereld (zie bijv. VN-Rapporteur Kinderhandel 2018, sub 26-27). Daarnaast wordt in de MvT de regelgeving in Canada als positief voorbeeld genoemd:

'In Canada is het toegestaan bepaalde kosten te vergoeding tijdens de zwangerschap van de draagmoeder. Hoewel geen maximale bedragen zijn vastgesteld, worden door draagmoederschapsorganisaties wel voorbeelden van bandbreedtes per kostenpost genoemd' (MvT juni 2020, p. 4).

Het aanhalen van Canada als 'good practice' is om meerdere redenen problematisch. In Canada is commercieel draagmoederschap in 2004 strafbaar gesteld door de Assisted Human Reproduction Act (AHRA). Daarbij bleef lange tijd onduidelijk welke kosten daadwerkelijk vergoed zouden mogen worden als onderdeel van een altruïstisch draagmoederschapstraject. Pas 14 jaar later, in juni 2020, zijn er wetsartikelen aan de AHRA toegevoegd die nadere aanwijzingen bieden. De 'bandbreedtes' waarnaar de MvT verwijst zijn dus geen voorbeeld van zorgvuldige wetgeving maar een 'noodoplossing' vanuit de praktijk. Deze noodoplossing heeft bovendien geleid tot het ontstaan van een 'grey market' voor draagmoederschap en heeft niet kunnen voorkomen dat in Canada commercieel draagmoederschap zich vrijwel onbestraft verder heeft ontwikkeld.

Meer algemeen laat de Canadese situatie zien hoe de grenzen tussen altruïstisch en commercieel draagmoederschap vertroebeld kunnen raken. Hoewel in Canada uitsluitend altruïstisch draagmoederschap is toegestaan, geldt deze norm enkel voor Canadese wensouders. Voor internationale wensouders is commercieel draagmoederschap wel degelijk beschikbaar en gangbaar. Dit komt doordat het verbod op het betalen van een Canadese draagmoeder geen extraterritoriale werking heeft en dus niet van toepassing is op wensouders die de draagmoeder betalen vanuit het buitenland. Daar komt bij dat het aannemen van geld door de draagmoeder in Canada niet strafbaar is gesteld. Kortom, achter de façade van altruïstisch draagmoederschap gaat in Canada een praktijk van internationaal commercieel draagmoederschap schuil.

5. Conclusie

In de toelichting bij het voorgestelde verbod op commercieel draagmoederschap is te lezen dat 'met het strafbaar stellen van het aanbieden, vragen en aannemen van voordeel om iemand te bewegen draagmoeder te worden of zijn kind af te staan [...] voor alle betrokkenen

een duidelijke grens gesteld' wordt (MvT juni 2020, p. 3). Een duidelijke grens is inderdaad van groot belang gezien de in de MvT uitgesproken verwachting 'dat de strafbaarstelling een normerende en daarmee preventieve werking zal hebben' (MvT juni 2020, p. 5).

Uit onze analyse is evenwel gebleken dat het wetsvoorstel wordt getekend door onduidelijkheden en innerlijke tegenstrijdigheden. Zo zendt het wetsvoorstel tegenstrijdige signalen uit door internationaal commercieel draagmoederschap enerzijds familierechtelijk te faciliteren, en anderzijds strafrechtelijk te bestrijden.

Daarnaast is de grens tussen altruïstisch en draagmoederschap uiterst vaag. De MvT bij het wetsvoorstel voedt de verwarring door bijvoorbeeld betaling van \$100.000 in het kader van een Amerikaans draagmoederschapstraject te kwalificeren als geloofwaardige onkostenvergoeding en als passend bij een altruïstische draagmoederschapsovereenkomst. Daar komt bij dat ernstige problemen te verwachten zijn bij de handhaving van het verbod. Uit de ervaringen van andere landen is gebleken dat autoriteiten – zoals het OM in het geval van kinderkoop en de rechter bij toetsing van draagmoederschapsovereenkomsten voorafgaand aan de zwangerschap – slecht in staat zijn om commerciële vormen van draagmoederschap te detecteren. Daardoor zal de norm van altruïstisch draagmoederschap die vervat ligt in het wetsvoorstel nog verder aan geloofwaardigheid inboeten.

Onder die omstandigheden wordt het zeer onwaarschijnlijk dat het verbod op commercieel draagmoederschap 'een normerende en daarmee preventieve werking zal hebben'.

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.