



Advies Raad van State inzake het voorstel van wet 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)

Nader Rapport

30 juni 2023

Nr. 4749308

Directie Wetgeving en Juridische Zaken

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Aan de Koning

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

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 15 december 2020, nr. 2020002588, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 2 juni 2021, nr. W16.20.0469/II, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

Bij Kabinetsmissive van 15 december 2020, no. 2020002588, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet 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), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel introduceert eerst en vooral een regeling voor toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland en een regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland. Blijkens de toelichting is het doel van deze regelingen het bieden van een betere bescherming van het kind, de draagmoeder en de wensouders. In samenhang hiermee worden ook het wensouderschapsverlof en enige strafbaarstellingen voorgesteld. Daarnaast beoogt het wetsvoorstel het recht op afstammingsinformatie te versterken, de mogelijkheden tot beëindiging van het ouderschap te verruimen, de termijnen voor de ontkenning van het ouderschap of de vernietiging van de erkenning te schrappen, en de bescherming van minderjarige ouders te versterken.

De Afdeling is van oordeel dat het wetsvoorstel nader dient te worden overwogen. In de eerste plaats adviseert de Afdeling daartoe om de onderdelen die niet het draagmoederschap betreffen maar gaan over afstammingsinformatie en ouderschap in meer algemene zin, in het belang van wetgevingskwaliteit af te splitsen van het voorstel. Over het voorstel tot regulering van draagmoederschap adviseert de Afdeling in de toelichting een duidelijk en volledig beeld te schetsen van de aard en omvang van de juridische en maatschappelijke problematiek, evenals van de mogelijke (voortdurende) risico's en (neven)effecten van de voorgestelde regelingen voor draagmoederschap. Dat is nodig om de vele afwegingen die met deze regeling gepaard gaan goed te kunnen maken. In dat verband verdient de verhouding van dit voorstel tot het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie bijzondere aandacht.

Verder dient de wetgever, mede in het licht van de toepasselijke grondrechten, te voorzien in toereikende waarborgen voor de direct betrokkenen bij draagmoederschap. Dat betreft in elk geval waarborgen om te verzekeren dat



- (i) *het belang van het kind een eerste overweging vormt en mede met het oog daarop voorkomen wordt dat het kind 'tussen wal en schip terechtkomt' en*
- (ii) *de (potentiële) draagmoeder wordt beschermd tegen ongeoorloofde druk voorafgaand aan en tijdens een zwangerschap, evenals bij de afstand van het kind.*

Tegen die achtergrond plaatst de Afdeling diverse kanttekeningen bij de voorgestelde regelingen ten aanzien van binnenlands en buitenlands draagmoederschap. Ook maakt de Afdeling opmerkingen over de draagmoederschapsovereenkomst en de voorgestelde strafbaarstellingen.

Daarnaast is met de voorgestelde regeling voor een afstammingsregister niet voldaan aan de vereisten van artikel 10 van de Grondwet. Het wetsvoorstel werkt de wezenlijke onderdelen van deze regeling niet uit en een nadere toelichting daarop ontbreekt. Ook de andere voorgestelde regelingen die niet zien op draagmoederschap en het wensouderschapverlof zijn onvoldoende uitgewerkt en roepen verschillende vragen op.

Leeswijzer

Dit advies bestaat uit twee delen. In deel I gaat de Afdeling kort in op de inhoud van het wetsvoorstel (punt 1). Vervolgens schetst de Afdeling de context waarin de regeling met betrekking tot draagmoederschap – het centrale onderdeel van het voorstel – moet worden geplaatst (punt 2). In dat verband wordt ingegaan op de gebruikte terminologie (onderdeel a), het (wetgevings)beleid van de afgelopen 30 jaar (onderdeel b), het huidige juridisch kader ten aanzien van draagmoederschap (onderdeel c), de praktijk omtrent binnenlands- en buitenlands draagmoederschap (onderdeel d), regulering in andere landen (onderdeel e), en vervolgens de directe aanleiding voor de voorgestelde regeling (onderdeel f).

In deel II gaat de Afdeling over tot een beoordeling van het wetsvoorstel. In dat verband maakt zij eerst opmerkingen over de reikwijdte (punt 3) en de probleemanalyse van het wetsvoorstel (punt 4). Voorts beschouwt de Afdeling het wetsvoorstel tegen de achtergrond van de kaders die het Europese recht (EVRM en Unierecht) biedt voor de regulering van draagmoederschap (punt 5). Vervolgens richt zij zich op enkele afzonderlijke aspecten van de regelingen ten aanzien van draagmoederschap (punt 6). In het licht van de grondrechten die moeten worden geëerbiedigd, formuleert de Afdeling waarborgen waarin een wettelijke regeling voor draagmoederschap zou moeten voorzien. Tegen die achtergrond maakt de Afdeling enkele opmerkingen over de voorgestelde regelingen voor binnenlands en buitenlands draagmoederschap (onderdeel a). Daarna gaat zij in op de draagmoederschapsovereenkomst (onderdeel b) en de voorgestelde strafbaarstellingen (onderdeel c).

De Afdeling maakt verder enkele opmerkingen over de regeling omtrent het recht op afstammingsinformatie (punt 7). Tot slot komen de regelingen ten aanzien van de beëindiging van het ouderschap (punt 8), de afschaffing van de bestaande termijnen voor de ontkenning van het ouderschap en vernietiging van de erkenning (punt 9) en de bescherming van minderjarige ouders (punt 10) aan bod.

DEEL I – INHOUD EN CONTEXT VAN HET WETSVOORSTEL

1. Inhoud van het wetsvoorstel

Het voorstel bestaat enerzijds uit regelingen die specifiek betrekking hebben op draagmoederschap (onderdeel a) en anderzijds uit enkele regelingen die zien op afstammingsinformatie en ouderschap in meer algemene zin (onderdelen b–e).

a. Voorgestelde regelingen m.b.t. draagmoederschap

Het wetsvoorstel biedt zowel een regeling voor toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland als een separate regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland. Volgens de toelichting moeten de regelingen ten aanzien van draagmoederschap zoveel mogelijk al vóór de conceptie waarborgen dat het traject van draagmoederschap zorgvuldig en transparant verloopt en dat rechtszekerheid wordt geboden aan alle betrokkenen.¹

De kern van de regeling voor draagmoederschap binnen Nederland is dat het draagmoederschapstraject al vóór de conceptie wordt getoetst door de rechter.² Deze toetst aan voorwaarden die enerzijds zien op de belangen van het kind en anderzijds op de belangen van de draagmoeder en de wensouders. In dat verband wordt onder meer bezien of de draagmoederschapsovereenkomst enkele

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

² Voorgesteld artikel 1:214–1:215 BW; Memorie van toelichting, paragraaf 4.5, en artikelsgewijze toelichting op voorgesteld artikel 1:214–1:215 BW.



verplichte aspecten regelt.³ Indien de rechter besluit het ouderschap na draagmoederschap toe te kennen aan de wensouders, oefenen zij vanaf de geboorte het (gezamenlijk) gezag uit over het kind. Zij komen na de geboorteaangifte op de geboorteakte te staan als de ouders van het kind,⁴ terwijl de draagmoeder wordt vermeld als vrouw uit wie het kind is geboren.⁵ Onder bepaalde omstandigheden hebben zowel de draagmoeder als de wensouders de mogelijkheid om de rechter te verzoeken de gerechtelijke toekenning van het ouderschap te herroepen. Daarvoor is uiterlijk zes weken na de geboorte een gang naar de rechter nodig.⁶

De voorgestelde regeling voor eenvoudige erkenning van buitenlandse beslissingen na draagmoederschap beoogt wensouders te stimuleren gebruik te maken van draagmoeders in landen die voldoen aan bepaalde basisvoorwaarden.⁷ Voorwaarden voor deze erkenning zijn, onder meer, dat gegevens over de afstamming van het kind beschikbaar zijn voor opname in een register en een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de buitenlandse geboorteakte van een kind dat geboren is uit draagmoederschap.

Het wetsvoorstel bevat tevens enkele strafbaarstellingen om binnenlands en buitenlands draagmoederschap te reguleren. Zowel betalingen voor de overdracht van ouderschap als onkostenvergoedingen voor het draagmoederschap die bij algemene maatregel van bestuur bepaalde maxima te boven gaan, worden strafbaar gesteld.⁸ Daarnaast wordt het bemiddelingsverbod dat nu bestaat, versoepeld.⁹

Ook regelt het wetsvoorstel dat de wensouders die werknemer of gelijkgestelde zijn, recht hebben op verlof dat zesmaal de wekelijkse arbeidsduur bedraagt.¹⁰ Wensouders die werknemer zijn, zullen daarnaast expliciet worden vermeld als rechthebbenden op calamiteiten- en ander kort verzuimverlof wegens zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden, zoals de bevalling van de draagmoeder.¹¹

b. Versterking van het recht op afstammingsinformatie

Het wetsvoorstel bevat een verplichting voor ouders en andere personen met gezag om kinderen afstammingsvoorlichting te geven.¹² Volgens de toelichting ziet dergelijke voorlichting in ieder geval op gegevens over de genetische ouders van het kind en de eventueel niet-genetisch verwante geboortemoeder, waaronder persoonsidentificerende gegevens, medische gegevens en gegevens die een beeld geven van de persoon van de betrokkene. Wanneer van een donor gebruik is gemaakt, betreft het ook informatie over eventuele genetische broers en zussen. Verder betreft het informatie over instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend.¹³

Daarnaast bevat het wetsvoorstel een algemene grondslag voor een register waarin in ieder geval gegevens met betrekking tot draagmoederschap worden opgeslagen.¹⁴ Naast gegevens over de biologische afstamming, worden bijvoorbeeld ook de beschikking van de rechter en de draagmoederschapsovereenkomst opgenomen. Uit de toelichting blijkt verder dat uiteindelijk wordt beoogd om aan (alle) kinderen met vragen over hun afstamming een centrale toegang te geven tot biologische en genetische gegevens, ongeacht de wijze waarop de afstammingsrelatie tot stand is gekomen.

c. Verruiming mogelijkheden beëindiging ouderschap

Het wetsvoorstel creëert een algemene grondslag voor de beëindiging van ouderschap op verzoek van een meerderjarig kind.¹⁵ Volgens het voorstel kan een verzoek slechts worden ingewilligd, indien de beëindiging in het kennelijk belang van het kind is en de rechtbank van de redelijkheid van de beëindiging in gemoede overtuigd is.

³ Voorgesteld artikel 1:216 BW en de artikelsgewijze toelichting op die bepaling.

⁴ Voorgestelde wijziging van artikel 1:20 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 4.6.

⁵ Voorgestelde wijziging van artikel 1:22 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 4.6.

⁶ Voorgestelde wijziging van artikel 1:219 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 4.7.

⁷ Voorgesteld artikel 10:101a BW en Memorie van toelichting, paragraaf 4.8.

⁸ Respectievelijk voorgesteld artikel 151ca Sr voorgesteld artikel 442b Sr; Memorie van toelichting, paragraaf 5.1, 5.3 en 5.4.

⁹ Voorgesteld artikel 151b, vierde lid, Sr en Memorie van toelichting, paragraaf 5.5.

¹⁰ Zie met name voorgesteld artikel 3:2a Wet arbeid en zorg; en Memorie van toelichting, paragraaf 6.2.

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 6.2.

¹² Voorgesteld artikel 1:247 en artikel 1:248 BW. Nu is voor erkenning en toestemming tot erkenning door 16- en 17-jarigen geen toestemming van de rechter nodig.

¹³ Memorie van toelichting, paragraaf 6.1.

¹⁴ Voorgesteld artikel 1:199a BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.1.

¹⁵ Voorgesteld artikel 1:222 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.



d. Vervallen van termijnen voor ontkenning of vernietiging erkenning ouderschap

Voorgesteld wordt om de bestaande termijnen voor de ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning te laten vervallen. De toelichting vermeldt dat de huidige regelingen voor het tenietgaan van ouderschap knellen en dat de thans gehanteerde termijnen niet in lijn zijn met de vereisten van artikel 8 EVRM.¹⁶

e. Versterking bescherming minderjarige ouders

Tot slot wordt geregeld dat voor erkenning of toestemming voor erkenning van een kind tijdens de minderjarigheid van de ouder of aspirant-erkenner eerst om toestemming van de rechter moet worden verzocht. Een verzoek hiertoe is mogelijk vanaf het bereiken van de leeftijd van 16 jaar.¹⁷ 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.¹⁸

2. Context van de regeling met betrekking tot draagmoederschap

a. Terminologie

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. Als zodanig is het vóór de conceptie de bedoeling te bewerkstelligen dat familierechtelijke betrekkingen worden gevestigd tussen het kind en de wensouders. Van draagmoederschap is derhalve geen sprake als een vrouw zwanger wordt en tijdens de zwangerschap of na de geboorte besluit tot afstand van het kind.¹⁹

Er zijn verschillende vormen van draagmoederschap. Bij traditioneel of laagtechnologisch draagmoederschap wordt de draagmoeder geïnsemineerd met het semen van de wensvader of een donor. Ook kan de zwangerschap langs natuurlijke weg worden bewerkstelligd. De draagmoeder is dan zwanger van een genetisch eigen kind, waarvan zij na de geboorte afstand doet ten faveure van de wensouders. Bij IVF- of hoogtechnologisch draagmoederschap wordt een embryo dat ontstaan is door IVF, bij de draagmoeder ingebracht. Dat embryo kan genetisch geheel, ten dele of niet verwant zijn aan de wensouders. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland geldt het vereiste dat het genetisch materiaal afkomstig is van beide wensouders. Dat is door de medische beroepsgroep zo bepaald. Het VUmc is het enige ziekenhuis waar IVF-draagmoederschap plaatsvindt.²⁰ Het betreft voor alle betrokkenen een complexe en ingrijpende behandeling.

b. (Wetgevings)beleid t.a.v. draagmoederschap door de jaren heen²¹

De afgelopen 30 jaar hebben opeenvolgende kabinetten ten aanzien van draagmoederschap een consistent (ontmoedigings)beleid gevoerd.

i. Eerste kabinetsstandpunt

In 1988 werd voor het eerst een kabinetsstandpunt ingenomen over draagmoederschap en IVF.²² Hoewel er op dat moment nog geen onderzoeksgegevens bestonden over de psychosociale en lange termijn gevolgen van draagmoederschap, werden onder meer als mogelijke risico's genoemd: emotionele problemen voor de draagmoeder, identiteitsproblemen voor het kind en het risico dat het kind tussen wal en schip valt indien wensouders vóór de geboorte terugkomen op hun intentie. Deze risico's leidden het kabinet destijds tot het standpunt dat draagmoederschap een ongewenst verschijnsel was. Het kabinet kondigde tevens aan bemiddeling omtrent draagmoederschap strafbaar te zullen stellen.²³

¹⁶ Voorgestelde wijzigingen van artikel 1:200, 201, 202a, 205 en 231 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.

¹⁷ Voorgestelde wijziging van artikel 1:204 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.3.

¹⁸ Voorgesteld artikel 1:253ha BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.3.

¹⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

²⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 2.

²¹ Voor een uitgebreidere beschouwing, zie Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17, 33 836, nr. 18, paragraaf 8.6.

²² Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2, p. 30 e.v.

²³ Idem.



ii. Strafbaarstelling en ideëel IVF-draagmoederschap

Die strafbaarstelling kwam begin jaren '90 tot stand.²⁴ Bij de totstandkoming daarvan werd ingegaan op de vraag of de mogelijkheden voor adoptie door wensouders zouden moeten worden verruimd. Volgens het kabinet paste dit echter niet bij het streven om draagmoederschap te ontmoedigen.²⁵ Ook toen kinderrechtvaarders bij de Tweede Kamer aandacht vroegen voor de wijze waarop gezag werd overgedragen bij draagmoederschap, werd hierop terughoudend gereageerd. Een wettelijke regeling zou draagmoederschap kunnen bevorderen, hetgeen onwenselijk werd geacht.²⁶ In 1997 gaf de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) wel toestemming voor ideëel IVF-draagmoederschap in het kader van onderzoek.

iii. Berichten over misstanden

In 2008 verscheen in de Nederlandse pers een reeks verontrustende berichten over illegale praktijken rondom draagmoederschap. Zo werd bericht over Nederlandse draagmoeders die grof geld verdienen met het illegaal afstaan van kinderen en een Nederlands echtpaar dat een Belgische baby kocht. Ook verschenen berichten over Nederlanders die met gebruikmaking van een Amerikaans bemiddelingsbureau à raison de \$ 150.000,- via een draagmoeder naar Amerikaans recht ouder werden van een kind, terwijl onbekend was wie de genetische moeder is.²⁷

iv. WODC-onderzoek

In reactie op de hiervoor genoemde berichten herhaalde de Minister van Justitie dat het Nederlandse beleid gericht is op het voorkomen van commercieel draagmoederschap. Tevens kondigde hij een onderzoek aan naar de aard en omvang van commercieel draagmoederschap en illegale opnemingen van kinderen, zodat inzichtelijk wordt wat zich afspeelt op dit terrein in landen waar meer mogelijk is dan in Nederland en wat de gevolgen hiervan zijn bij terugkeer van de wensouders in Nederland.²⁸

Het resultaat van dat onderzoek, dat in opdracht van het WODC werd uitgevoerd door onderzoekers van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, verscheen in 2011.²⁹ Het bleek voor de onderzoekers moeilijk vast te stellen op welke schaal draagmoederschap in Nederland plaatsvindt.³⁰ Wel werd onder andere geconcludeerd dat het Nederlandse recht ten aanzien van draagmoederschap wordt gekenmerkt door rechtsonzekerheid. Die wordt enerzijds veroorzaakt door een consistent ontmoedigingsbeleid dat ook in het strafrecht vorm heeft gekregen, terwijl er anderzijds voor een beperkte groep wel mogelijkheden bestaan om via draagmoederschap een gezin te stichten, zonder dat daar rekening mee is gehouden in het afstammings- of adoptierecht. De onderzoekers brachten vervolgens enkele (juridische) onduidelijkheden in kaart.

In december 2011 presenteerde de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een voorstel voor nieuw beleid ten aanzien van buitenlands draagmoederschap. Ook werd betere voorlichting over de bestaande regels voor draagmoederschap aangekondigd.³¹ Pas in februari 2015 werd dit beleid besproken met de Tweede Kamer.³² Tot een aangepaste wettelijke regeling kwam het op dat moment evenwel niet, aangezien men in afwachting was van de bevindingen van de in 2014 ingestelde Staatscommissie Herijking ouderschap.³³

v. Staatscommissie Herijking ouderschap

Tegen de achtergrond van maatschappelijke en medisch-technologische ontwikkelingen, kreeg de Staatscommissie Herijking ouderschap als opdracht de regering te adviseren over de wenselijkheid van een wijziging van de bestaande regelingen over het ontstaan van juridisch ouderschap en de invoering van een wettelijke regeling voor meerouderschap en meeroudergezag. Ook werd de

²⁴ Artikelen 151b en 151c Sr.

²⁵ Kamerstukken II 1990/91, 21 968, nr. 5, p. 8.

²⁶ Aanhangsel Handelingen II 1994/95, nr. 622.

²⁷ Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30, p. 1.

²⁸ Idem, p. 2.

²⁹ K. Boele-Woelki e.a., Draagmoederschap en illegale opnemingen van kinderen, WODC 2011.

³⁰ Idem, p. 88.

³¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 4.

³² Kamerstukken II 2014/15, 28 638, nr. 131.

³³ De Staatscommissie werd ingesteld naar aanleiding van de Motie Quick-Schuijt c.s., die tijdens de behandeling van een wetsvoorstel over lesbisch ouderschap in de Eerste Kamer werd ingediend en verzocht om het instellen van een brede, multidisciplinaire staatscommissie 'familierecht'. Zie Kamerstukken I 2013/14, 33 032/33 514 (R1998), G.



Staatscommissie gevraagd te adviseren over de wenselijkheid van een specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap.³⁴

In december 2016 bracht zij onder voorzitterschap van de heer A. Wolfsen haar rapport 'Kind en ouders in de 21^e eeuw' uit. Daarin ging de Staatscommissie onder meer in op maatschappelijke ontwikkelingen omtrent nieuwe gezinsvormen. De geschetste ontwikkelingen betroffen evenwel niet het draagmoederschap.³⁵ Tegen de achtergrond van maatschappelijke en medische ontwikkelingen, ethische vragen en pedagogische gezichtspunten daaromtrent,³⁶ analyseerde de Staatscommissie vervolgens de juridische aspecten van ouderschap, gezag en draagmoederschap.³⁷ Deze analyse leidde tot 68 aanbevelingen.³⁸ De belangrijkste van deze aanbevelingen zien op meerouderschap en meeroudergezag (van maximaal 4 personen). Daarnaast zijn aanbevelingen gedaan over het draagmoederschap. Deze vormen de aanleiding voor het voorliggende wetsvoorstel (zie punt 2f hierna).

vi. Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie

Tot slot kan worden gewezen op het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, dat onder voorzitterschap van de heer T. Joustra in februari 2021 werd uitgebracht. De Commissie wees daarin op de transformatie van het adoptiesysteem in de richting van commercieel draagmoederschap.³⁹ Hoewel draagmoederschap strikt genomen buiten de taakomschrijving van de Commissie viel, vond zij het vanwege de parallellen met interlandelijke adoptie toch geëigend om hier kort op in te gaan.

Volgens de Commissie zijn wetgeving en toezicht bij commercieel draagmoederschap – evenals bij interlandelijke adoptie – onvoldoende geregeld. Mede daardoor wees de Commissie op financiële uitwassen en maatschappelijke en politieke druk die een systeem creëren waarin het belang van het kind ondergeschikt is.⁴⁰ De Commissie pleitte ervoor om de lessen uit het onderzoek naar de adoptie-misstanden ook in deze context ter harte te nemen.⁴¹

In de beleidsreactie op het rapport van de Commissie, liet de Minister voor Rechtsbescherming weten de aanbeveling van de Commissie om een onafhankelijk landelijk expertisecentrum in te stellen over te nemen.⁴² Tevens werd toegezegd bij de uitwerking van de dienstverlening van dit expertisecentrum vragen rondom afstamming en identiteit van kinderen uit nieuwe gezinsvormen, zoals ten gevolge van draagmoederschap, te betrekken.⁴³

c. Huidig wettelijk kader draagmoederschap

i. Nationaal kader

Het hiervoor geschetste beleid van opeenvolgende kabinetten heeft onder meer geleid tot de afwezigheid van een specifieke regeling voor ouderschap na draagmoederschap. Daarom wordt thans gebruik gemaakt van enkele meer algemene leerstukken uit het familierecht. Naar huidig recht is de vrouw die het kind baart juridisch gezien altijd de moeder van het kind (*mater semper certa est*).⁴⁴ Dat uitgangspunt geldt ongeacht de genetische verwantschap tussen moeder en kind, of de intentie om het kind na de geboorte af te staan aan wensouders. Daarmee wordt de draagmoeder juridisch altijd aangemerkt als de moeder van het kind, zowel bij traditioneel als IVF-draagmoederschap. Als de draagmoeder getrouwd is of een geregistreerd partnerschap heeft, wordt haar partner tevens de juridische ouder van het kind. De juridische overdracht van het gezag kan onder andere plaatsvinden via beëindiging van het gezag van deze ouders (een kinderbeschermingsmaatregel) met voogdij door de wensouders. De Raad voor de Kinderbescherming doet dan het verzoek. Na de overgang van het gezag vindt adoptie van het kind door de wensouder(s) plaats.⁴⁵

Ook het Nederlandse internationaal privaatrecht kent geen specifieke regeling voor de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap. De

³⁴ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17, 33 836, nr. 18, bijlage VI (instellingsbesluit, artikel 2).

³⁵ Idem, hoofdstuk 3.

³⁶ Idem, hoofdstuk 3–5.

³⁷ Idem, hoofdstuk 6–10.

³⁸ Idem, hoofdstuk 11.

³⁹ Rapport Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, februari 2021, p. 21.

⁴⁰ Idem, p. 22.

⁴¹ Idem, p. 5.

⁴² Kamerstukken II 2021/21, 31 265, nr. 79, p. 2.

⁴³ Idem, p. 3.

⁴⁴ Artikel 1:198 BW.

⁴⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 2.



erkenning wordt daarom behandeld aan de hand van de algemene regels voor de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen en akten.⁴⁶

Met het oog op het tegengaan van commercieel draagmoederschap, kent de Nederlandse strafwetgeving wel enkele bepalingen die zijn toegesneden op draagmoederschap. Het betreft de artikelen 151b en 151c van het Wetboek van Strafrecht. Gedragingen die vraag en aanbod van (commercieel) draagmoederschap bevorderen, zoals het bemiddelen en adverteren daarvoor, zijn daarin strafbaar gesteld. Het zijn van draagmoeder is niet strafbaar.

Daarnaast kent het strafrecht een aantal algemene strafbaarstellingen die het mogelijk maken om illegale praktijken rond draagmoederschap aan te pakken. Onder meer artikel 225 (valsheid in geschrifte), artikel 236 (statusverduistering), en artikel 442a van het Wetboek van Strafrecht (opname kind jonger dan zes maanden in gezin zonder toestemming Raad voor de Kinderbescherming). Ook artikel 28 van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie kan in dit verband worden genoemd (opnemings buitenlands kind ter adoptie zonder beginseltoestemming van de Nederlandse Centrale autoriteit). Opmerking verdient dat er op alle bovenstaande punten geen handhavingsprioriteit bestaat.

ii. Internationaal- en Europeesrechtelijk kader

Op het internationale niveau bestaat geen kader voor de regulering van draagmoederschap, hoewel de mogelijkheden daartoe wel worden verkend binnen de context van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. De totstandkoming van een mondiaal verdrag in dit verband is echter niet op korte termijn te verwachten.⁴⁷

Bij de (nationale) regulering van draagmoederschap moet wel met verschillende rechten en belangen uit het internationale en Europese recht rekening worden gehouden. Vanuit grondrechtelijk perspectief gaat het ten eerste om de rechten en de belangen van het kind, die onder meer in het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) zijn opgenomen. Bij alle maatregelen betreffende kinderen dienen de belangen van het kind een eerste overweging te vormen (artikel 3 IVRK). Een kind dient onmiddellijk na de geboorte te worden ingeschreven en heeft vanaf de geboorte het recht op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (artikel 7 IVRK).

Staten zijn daarnaast verplicht om passende maatregelen te nemen ter voorkoming van de verkoop van of van de handel in kinderen (artikel 35 IVRK).⁴⁸ Verder speelt het recht op respect voor het privéleven en familie- en gezinsleven (artikel 16 IVRK en artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) een belangrijke rol bij draagmoederschap. Het recht op het privéleven en familie- en gezinsleven kan niet alleen toekomen aan het kind en de (al dan niet genetische) wensouders, maar ook aan de (al dan niet genetische) draagmoeder. Daarnaast moet met het recht op zelfbeschikking van de draagmoeder rekening worden gehouden (artikel 8 EVRM en artikel 16 VN-Vrouwenverdrag) en kunnen in extreme gevallen verplichtingen omtrent de bestrijding van mensenhandel aan de orde komen (artikel 5 Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel).⁴⁹

Tot dusver heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) slechts enkele zaken behandeld aangaande de erkenning van ouderschap na internationaal draagmoederschap.⁵⁰ Uit deze jurisprudentie is af te leiden dat wanneer buitenlands draagmoederschap volgens de aldaar geldende regels tot stand is gekomen en de wensouders in het buitenland worden beschouwd als de juridische ouders van het kind, de weigering een ouder-kindrelatie bij draagmoederschap juridisch te erkennen, een inmenging is in het recht op respect voor het privéleven van het kind. De weigering het ouderschap te erkennen is in een dergelijke situatie ook een inmenging in het familie- en gezinsleven van de wensouders en het kind. Enige vorm van juridische erkenning van de ouder-kindrelatie is volgens het

⁴⁶ Zie artikel 10:100 BW en artikel 10:101 BW.

⁴⁷ Zie S. Rutten, 'Het Haagse project over afstamming en internationaal draagmoederschap; the Parentage/Surrogacy Project', FJR 2019/54. Voor de laatste stand van zaken, zie Hague Conference on Private International Law, The Parentage/Surrogacy Project, dreigt.<<https://www.hoch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>>.

⁴⁸ Zie ook het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK, Trb. 2001, 36.

⁴⁹ Zie ook de grondrechtelijke analyse van de Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 1.1–1.3 en 8.2.

⁵⁰ EHRM 26 juni 2014, Mennesson t. Frankrijk, appl. no. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211; EHRM 26 juni 2014, Labassee t. Frankrijk, appl. no. 65192/11, EHRM 24 januari 2017, Paradiso en Campanelli t. Italië, appl. no. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812; Labassee t. Frankrijk, 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, request no. P16-2018-001; en EHRM 16 juli 2020, D. t. Frankrijk, appl. no. 11288/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818.



EHRM nodig om in deze situatie in overeenstemming te kunnen handelen met het recht op respect voor het privéleven van het kind.

Bij het bepalen van de vorm van juridische erkenning (erkenning van het ouderschap, adoptie) hebben verdragsstaten echter een ruime margin of appreciation. Staten hebben in beginsel ook een ruime margin of appreciation bij de keuze voor het al dan niet toestaan van draagmoederschap. De juridische erkenning van een ouder-kindrelatie vormt daarbij wel een wezenlijk onderdeel van de identiteit van het kind, zodat de margin of appreciation van staten op dit punt beperkt is, aldus het EHRM. Het recht op respect voor het familie- en gezinsleven van de wensouders en het kind verplicht volgens het EHRM niet tot enige vorm van erkenning van het ouderschap, als aan het gezinsleven ook zonder die erkenning feitelijk invulling kan worden gegeven. Waar het in de kern om gaat, is dat de belangen van het kind met betrekking tot onder meer nationaliteit, erfrecht en naam gewaarborgd zijn.

Naast het internationaal en Europees grondrechtelijk kader, vormt ook het Unierechtelijke vrij verkeer van diensten een relevant toetsingskader voor de wettelijke regulering van draagmoederschap.⁵¹ Het moreel gevoelige karakter van draagmoederschap leidt er niet toe dat toepassing van de bepalingen van het vrij verkeer van diensten is uitgesloten.⁵² Draagmoederschap zou als een dienst in de zin van artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) kunnen worden aangemerkt als daar een vergoeding tegenover wordt gesteld. Indien afspraken worden gemaakt over bijvoorbeeld de vergoeding van gederfde inkomsten, kan het substantiële bedragen betreffen. De te ontvangen vergoedingen zouden zo een economische tegenprestatie kunnen vormen, zodat gesproken kan worden van dienstverlening. Beperkingen van het vrij verkeer van diensten dienen te worden gerechtvaardigd conform de voorwaarden die daaraan worden gesteld in het Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ).

d. Draagmoederschap in de praktijk

i. Draagmoederschap in Nederland

Mede als gevolg van het hiervoor genoemde (ontmoedigings)beleid is draagmoederschap binnen Nederland een vrij beperkt verschijnsel. Er zijn echter geen betrouwbare gegevens over het exacte aantal keren dat draagmoederschap jaarlijks voorkomt. Het centrum voor IVF-draagmoederschap aan het VUmc – het enige instituut in Nederland dat dergelijke trajecten uitvoert – neemt jaarlijks tien paren in behandeling. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat dergelijke behandeltrajecten langdurig zijn en niet in alle gevallen tot de geboorte van een kind leiden. Op het aantal keren dat traditioneel draagmoederschap voorkomt, is minder zicht. Het vermoeden bestaat dat een deel van de draagmoedersconstructies buiten het zicht van (overheids)instanties zoals de Raad voor de Kinderbescherming om plaatsvindt.⁵³ Naar schatting gaat het in Nederland om enkele tientallen gevallen op jaarbasis.⁵⁴

Door het ontbreken van een specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap, bestaat momenteel rechtsonzekerheid na de geboorte van het kind. Weliswaar staat bij de geboorte vast wie de juridische ouder(s) van het kind is of zijn, maar dat is niet de door de wensouders beoogde situatie. Datzelfde geldt voor de geslachtsnaam van het kind en in sommige gevallen ook voor de nationaliteit van het kind. Die onzekerheid maakt ook dat degenen die het kind zullen verzorgen en opvoeden, in de meeste gevallen (nog) niet degenen zijn die de belangrijke beslissingen over het kind mogen nemen.⁵⁵

Daarnaast zijn de draagmoeder en de wensouders gedurende het proces sterk afhankelijk van elkaar en van een oordeel van de Raad voor de Kinderbescherming en de rechter. 'Als één van de betrokkenen zich terugtrekt of van oordeel is dat het traject niet in het belang van het kind is, zijn de uitkomsten van het traject ongewis'.⁵⁶ Ook het ontbreken van een duidelijke regeling ten aanzien van de aard en hoogte van toegestane vergoedingen aan de draagmoeder, vergroot de kans op oneigenlijke druk of zelfs uitbuiting van de draagmoeder.⁵⁷

⁵¹ N. Koffeman, *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan het Europees recht*, Universiteit Leiden 2016.

⁵² Vgl. HvJ 4 oktober 1991, Grogan, C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378 (over abortus) en HvJ 20 november 2001, Jany, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (over prostitutie). De verkoop van softdrugs, daarentegen, valt niet onder de toepassing van de vrijeverkeersbepalingen, omdat het vanuit het Unierecht gezien gaat om illegale goederen. Zie HvJ 16 december 2010, Josemans, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774.

⁵³ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 4.3.1. Zie ook K. Boele-Woelki e.a., *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, WODC 2011, p. 88.

⁵⁴ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 4.3.1. Zie ook Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

⁵⁵ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, p. 457.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem, p. 458.



ii. Draagmoederschap in het buitenland

Er zijn aanwijzingen dat het gebruik van draagmoederschap wereldwijd toeneemt.⁵⁸ Ook wensouders uit Nederland maken in sommige gevallen gebruik van een draagmoeder in het buitenland, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten (Californië) of Oekraïne. Wanneer zij met het kind in Nederland willen wonen, rijst de vraag of het ouderschap dat is ontstaan in het buitenland ook in Nederland wordt erkend. Doordat in sommige landen standaard gebruik wordt gemaakt van anonieme zaadcel- of eiceldonoren, bestaat de kans dat het kind nooit kan achterhalen wie zijn biologische ouders zijn. Minimale waarborgen voor de positie van draagmoeder en kind zijn door de Nederlandse rechter niet te controleren. Het komt dan ook voor dat wensouders zich bij de Nederlandse autoriteiten melden met een kind dat volgens het recht van het land van geboorte inmiddels het kind van de wensouders is, zonder dat Nederland bereid is om dit buitenlands juridisch ouderschap te erkennen. Dat kan tot onwenselijke situaties leiden, waarbij in het meest ongunstige geval zelfs staatloosheid voor het kind dreigt.⁵⁹

e. Regulering van draagmoederschap in andere landen

In andere landen wordt zeer verschillend omgegaan met draagmoederschap. Uit een rechtsvergelijkend onderzoek van de Staatscommissie Herijking ouderschap blijkt dat er grofweg drie mogelijkheden zijn: draagmoederschap wordt gereguleerd (zoals in het Verenigd Koninkrijk), het wordt verboden (zoals praktisch gezien in Frankrijk het geval is, waar draagmoederschapsovereenkomsten zijn verboden) of regulering ontbreekt (zoals in België).⁶⁰ In de meeste staten die partij zijn bij de Raad van Europa zijn draagmoederschapsconstructies impliciet dan wel expliciet verboden. Negen staten staan draagmoederschapsconstructies toe en tien andere staten gedogen deze constructies.⁶¹ In landen (wereldwijd) waar draagmoederschap wel is toegestaan, gaat het in de meeste gevallen enkel om altruïstisch draagmoederschap. Een onkostenvergoeding is daarbij mogelijk, maar betaald draagmoederschap an sich is dan verboden. In Oekraïne en in de Verenigde Staten (Californië) is commercieel draagmoederschap (inclusief bemiddeling) echter wel toegestaan.

In enkele landen (Griekenland, de Verenigde Staten (Californië) en het Verenigd Koninkrijk) bestaan ook regelingen waarbij voorafgaand, gedurende, ofwel na het draagmoederschapstraject toestemming kan worden verkregen van de rechter om het ouderschap van de wensouders na de geboorte te laten ontstaan. Rechter in die landen toetsen aan voorwaarden die vergelijkbaar zijn met de voorwaarden die in het voorstel zijn opgenomen, maar er bestaan ook verschillen. In Californië, bijvoorbeeld, is een genetische band tussen de wensouder(s) en het kind niet vereist en ook hoeven de wensouders hun gewone verblijfplaats niet in Californië te hebben. In het Verenigd Koninkrijk kan via een parental order het ouderschap overgaan op de wensouders. De rechter beoordeelt dan onder meer of toewijzing in het belang van het kind is. Vereist is dat de draagmoeder instemming verleent, maar dat kan zij pas doen zes weken na de geboorte. Er wordt in dat geval een nieuwe geboorteakte opgemaakt. Voor het specifieke geval dat de eicellen van de draagmoeder zijn gebruikt voor de conceptie van het kind, bestaat in Griekenland de mogelijkheid voor de wensmoeder en de draagmoeder om zes maanden na de geboorte van het kind het juridisch ouderschap te laten aanpassen.

f. Aanleiding wetsvoorstel

Uit de toelichting blijkt dat het wetsvoorstel beoogt invulling te geven aan enkele aanbevelingen uit het rapport 'Kind en ouders in de 21^e eeuw' van de Staatscommissie Herijking ouderschap.

Hoewel draagmoederschap in Nederland voornamelijk een vrij beperkt verschijnsel lijkt te zijn, acht de Staatscommissie het wenselijk om hiervoor onder strikte voorwaarden een wettelijke regeling in te richten. Door het ontbreken van een wettelijke regeling is er momenteel nauwelijks toezicht op de uitvoering van draagmoederschappen, zo stelt de Staatscommissie. Alleen bij IVF-draagmoederschap wordt het proces binnen Nederland op dit moment gegarandeerd zorgvuldig begeleid. Het gebrek aan toezicht acht de Staatscommissie problematisch gelet op de kwetsbare positie waarin de direct betrokkenen – het kind, de draagmoeder en de wensouders – zich bevinden. Een duidelijke wettelijke

⁵⁸ HCCH, 'A study of legal parentage and the issues from international surrogacy arrangements', Den Haag: 2014, prel. doc. no. 3C, p. 56 e.v.

⁵⁹ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, p. 458. Zie ook Memorie van toelichting, paragraaf 2.5. Voor een schets van rechterlijke uitspraken op het gebied van internationaal draagmoederschap, zie I.J. Pieters, 'Kroniek draagmoederschap', *FJR* 2019/56.

⁶⁰ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 8.7 (Draagmoederschap in andere landen, een blik over de grens). Een (mogelijk verouderd) rechtsvergelijkend onderzoek is ook te vinden in K. Boele-Woelki e.a., *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, WODC 2011, deel V.

⁶¹ In een advies van het EHRM onder Protocol nr. 16 is een rechtsvergelijking uitgevoerd ten aanzien van 43 staten, zie 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, request no. P16-2018-001, punten 22–24.



regeling zou volgens de Staatscommissie waarborgen en houvast bieden. Met het inrichten van een zorgvuldige binnenlandse regeling zou bovendien een alternatief kunnen worden geboden voor buitenlands draagmoederschap. Dat zijn voor de Staatscommissie de voornaamste redenen om te adviseren om te komen tot een wettelijke regeling voor zowel nationaal als internationaal draagmoederschap.⁶²

Het kabinet heeft de Tweede Kamer bij brief van 12 juli 2019 geïnformeerd over de wens om te komen tot een regeling die onder meer ziet op draagmoederschap en de registratie van gegevens over de ontstaansgeschiedenis.⁶³ Dit wetsvoorstel vormt de uitwerking van die voornemens. Ook de andere regelingen die in dit voorstel zijn opgenomen en betrekking hebben op afstammingsinformatie en ouderschap in meer algemene zin, vloeien voort uit de aanbevelingen van de Staatscommissie.

DEEL I – INHOUD EN CONTEXT VAN HET WETSVORSTEL

In dit eerste deel van haar advies geeft de Afdeling een omschrijving van het voorstel en de context die geen reactie behoeft.

DEEL II – BEOORDELING VAN HET WETSVORSTEL

De Afdeling gaat nu over tot een beoordeling van het wetsvoorstel. Tegen de achtergrond van het voorgaande maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

3. Reikwijdte van het voorstel

Het voorstel beoogt primair een regeling te treffen voor draagmoederschap maar omvat ook enkele andere onderwerpen. Het regelt naast draagmoederschap een versterking van het recht op afstammingsinformatie, een verruiming van de mogelijkheden tot beëindiging van het ouderschap, het vervallen van de termijnen voor de ontkenning van het ouderschap en de vernietiging van de erkenning, en een versterking van de bescherming van minderjarige ouders.

Vanwege de omvang evenals de aard en complexiteit van de materie, rechtvaardigt de regulering van draagmoederschap een afzonderlijk wetsvoorstel.⁶⁴ Dat klemt te meer nu de samenhang tussen deze regelingen en de andere onderdelen van het voorstel onduidelijk blijft.⁶⁵ Bovendien zijn de genoemde regelingen op belangrijke onderdelen onvoldoende uitgewerkt, zoals de Afdeling hierna zal uiteenzetten (zie punten 7 t/m 10). Deze dienen daarom in een afzonderlijk wetsvoorstel te worden uitgewerkt. Zo kan een goede parlementaire behandeling van de verschillende onderdelen beter worden gewaarborgd en belasten de andere regelingen het voorstel tot regulering van draagmoederschap niet.

De Afdeling adviseert om, in het belang van wetgevingskwaliteit, de andere regelingen af te splitsen van het voorstel tot regulering van draagmoederschap.⁶⁶ Evenwel wijdt de Afdeling in dit advies diverse inhoudelijke adviesopmerkingen aan de genoemde andere regelingen die van belang zijn bij de nadere uitwerking van en toelichting op die regelingen. Ook wanneer deze regelingen worden afgesplitst en in afzonderlijke wetsvoorstellen nader worden uitgewerkt, ziet de Afdeling een reactie op die punten graag tegemoet.⁶⁷

3. Reikwijdte van het voorstel

De Afdeling adviseert om de regelingen die niet direct verband houden met draagmoederschap af te splitsen van het voorstel. Aan dit advies is, in het belang van de wetgevingskwaliteit, gehoor gegeven. De bedoelde regelingen zijn uit dit voorstel geschrapt. Het betreft de bepalingen die zien op de verruiming van de mogelijkheden voor kinderen om de afstammingsrelatie met ouders te doorbreken en die zien op de bescherming van minderjarige ouders. De regeling van het recht op afstammingsinformatie is niet geschrapt, nu dit naar het oordeel van de kabinet onlosmakelijk is verbonden met een regeling voor verantwoord draagmoederschap. Het is een van de hoofddoelen van de regeling om te waarborgen dat de gegevens omtrent de ontstaansgeschiedenis door kinderen geboren uit draagmoederschap kunnen worden achterhaald. Nu het belang van afstammingsinformatie niet is beperkt tot kinderen die geboren zijn uit draagmoederschap, is ook in de codificatie van de algemene verplichting

⁶² Idem, paragraaf 11.4.1. Overigens ziet de Staatscommissie in dat verband geen rol weggelegd voor de Nederlandse overheid om te bevorderen dat meer vrouwen in Nederland bereid zijn om als draagmoeder op te treden.

⁶³ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45.

⁶⁴ Zie ook Aanwijzing 6.4, onderdeel b, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁶⁵ Zie ook Aanwijzing 6.4, onderdeel a, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁶⁶ Zie in dit verband ook eerdere adviezen van de Afdeling, bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, 35 572, nr. 16 (punt 5).

⁶⁷ Zie nr. 41 van het Draaiboek voor de regelgeving.



van gezagdragers tot het geven van statusvoorlichting gehandhaafd. In het navolgende worden de opmerkingen met betrekking tot de verruiming van de mogelijkheden tot beëindiging van het ouderschap, het vervallen van de termijnen voor de ontkenning van het ouderschap en de vernietiging van de erkenning, en een versterking van de bescherming van minderjarige ouders dan ook niet van een reactie voorzien. Bij een eventuele toekomstige voortzetting van deze onderdelen in een afzonderlijk wetsvoorstel worden de betreffende opmerkingen van de Afdeling betrokken. Een dergelijk voorstel zal dan ook weer voor advies aan de Afdeling worden voorgelegd.

Overigens noopt het schrappen van de regeling voor de beëindiging van ouderschap wel tot het aanvullen van de draagmoederschapsregeling met een afzonderlijke mogelijkheid voor het betrokken kind om het ouderschap na draagmoederschap van een niet-genetisch verwante ouder te herroepen. Hiertoe is een nieuw artikel 1:222 Burgerlijk Wetboek (BW) ingevoegd, dat een regeling treft voor het beëindigen van het ouderschap op verzoek van het kind na het bereiken van de meerderjarigheid.

4. Probleemanalyse

Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in punt 2b is uiteengezet, vormt de voorgestelde regeling ten aanzien van draagmoederschap een belangrijke omslag in het Nederlandse (wetgevings)beleid. Waar opeenvolgende kabinetten er de afgelopen 30 jaar bewust voor kozen geen specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap te creëren en deze keuze gesteund werd door het parlement, beoogt het voorliggende wetsvoorstel een dergelijke regeling nu wel in te richten. Het kabinet volgt daarmee de aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap op.⁶⁸

Het kabinet acht het voor de bescherming van de betrokken kinderen en in het belang van de andere betrokkenen noodzakelijk om het (familie)recht zo goed mogelijk te laten aansluiten op de maatschappelijke werkelijkheid.⁶⁹ Blijkens de toelichting is het doel van de voorgestelde regelingen dan ook het bieden van een betere bescherming van het kind, de draagmoeder en de wensouders. Hoewel niet wordt beoogd om draagmoederschap an sich te bevorderen of te ontmoedigen, beoogt de regeling wel om wensouders te stimuleren gebruik te maken van het met waarborgen omkleed draagmoederschap in Nederland. Erkend wordt evenwel dat de vraag naar buitenlands draagmoederschap waarschijnlijk zal blijven.⁷⁰

Volgens de toelichting is de inschatting op basis van signalen uit de praktijk dat in Nederland slechts enkele tientallen keren per jaar gebruik wordt gemaakt van (binnenlandse en buitenlandse) draagmoederschapsconstructies. Betrouwbare gegevens in dit verband ontbreken echter, zo stelt de toelichting, omdat er op dit moment voor wensouders niet één standaardroute naar ouderschap bestaat.⁷¹ De toelichting wijst vervolgens terecht op de (mogelijke) rechtsonzekerheid en risico's die de huidige praktijk van draagmoederschap met zich brengt.⁷² Mede door het gebrek aan inzicht in bovengenoemde gegevens, blijft echter onduidelijk in hoeverre en daarnaast welke juridische en maatschappelijke problemen zich precies in de praktijk manifesteren.

Evenals het kabinet acht de Afdeling het van belang dat de voorgestelde regeling op zorgvuldige wijze aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid. De toelichting dient om die reden wel beter inzicht te bieden in die werkelijkheid, met inbegrip van de risico's die zich met een wettelijke regeling als voorgesteld kunnen blijven voordoen en de mogelijke (neven)effecten van deze regeling. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de aanzuigende werking die het voorstel in zijn huidige vorm zou kunnen veroorzaken. De toelichting gaat op de mogelijke gevolgen en risico's echter niet in. De Staatscommissie herijking ouderschap is hierop evenmin ingegaan. Voor de te maken afwegingen in dit verband is een compleet beeld van de maatschappelijke werkelijkheid in dit opzicht van groot belang.

In dit verband merkt de Afdeling ook op dat de toelichting tevens aandacht dient te besteden aan het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie. Daarin wordt er onder meer voor gepleit de lessen uit het onderzoek naar de adoptiemisstanden ook in de context van draagmoederschap ter harte te nemen.⁷³ De bevindingen en aanbevelingen van de Commissie plaatsen de voorgestelde regeling voor draagmoederschap in een ander perspectief.⁷⁴ Dat is in het bijzonder relevant nu het kabinet naar aanleiding van het rapport heeft besloten interlandelijke adopties op te schorten. Een dragende motivering voor een complexe en ingrijpende regeling als deze, waarin aandacht uitgaat naar de risico's op mogelijke misstanden, klemmt in dat verband temeer.

⁶⁸ Zie ook Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

⁶⁹ Idem, paragraaf 2.3.

⁷⁰ Idem, paragraaf 4.1.

⁷¹ Idem, paragraaf 2.3.

⁷² Idem, paragraaf 2.5.

⁷³ Rapport Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, februari 2021, p. 5.

⁷⁴ Zie idem, p. 22.



Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting een duidelijk en volledig beeld te schetsen van de aard en omvang van de juridische en maatschappelijke problematiek ten aanzien van draagmoederschap, evenals de mogelijke (voortdurende) risico's en (neven)effecten van de voorgestelde regeling.⁷⁵ In dat verband verdient de verhouding van dit voorstel tot het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie bijzondere aandacht.

4. Probleemanalyse

In navolging van het advies van de Afdeling is de toelichting aangevuld teneinde een duidelijker en vollediger beeld te schetsen van de aard en omvang van de juridische en maatschappelijke problematiek ten aanzien van draagmoederschap. Ook is ingegaan op de risico's die (blijven) bestaan bij draagmoederschap. Risico's waar ook in het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie op wordt gewezen. In de memorie van toelichting is uitgebreider aangegeven welke afwegingen en dilemma's een rol hebben gespeeld bij de keuze voor wetgeving. Daarbij is de normerende functie van de wet meer voorop gesteld. Ook is een enkele randvoorwaarde toegevoegd, waarbij tegelijkertijd wordt onderkend dat met geen enkele regeling alle risico's uitgesloten kunnen worden.

5. Internationaal- en Europeesrechtelijke aspecten

a. Grondrechtelijke aspecten

In de context van draagmoederschap spelen diverse rechten en belangen van het kind, de draagmoeder en de wensouders. Deze zijn ten dele in de rechtspraak van het EHRM naar voren gebracht (zie hierover punt 2c, onder ii). In de toelichting zouden met het oog op de te verrichten afwegingen de grondrechtelijke posities van de verschillende actoren zorgvuldig in kaart moeten worden gebracht. Onder meer moet duidelijk worden in welke situaties nu precies sprake is van een beschermwaardig privéleven of familie- en gezinsleven van de draagmoeder of wensouder(s), die genetisch verwant kunnen zijn aan het kind. Een voldoende diepgaande grondrechtelijke analyse ontbreekt echter. De toelichting gaat alleen op hoofdlijnen in op de grondrechtelijke aspecten die in het algemeen zijn verbonden aan draagmoederschap.⁷⁶

De rechten en belangen van het kind, de draagmoeder en de wensouders kunnen met elkaar conflicteren. In een wettelijke regeling moeten deze daarom met elkaar in evenwicht worden gebracht. Dit wordt weliswaar onderkend door de toelichting, maar niet wordt inzichtelijk gemaakt welke conflicten zich precies kunnen voordoen bij de voorgestelde regelingen, welke concrete afwegingen daarbij zijn gemaakt, en welke algemene belangen daarbij zijn meegewogen. Deze analyse zou echter wel voor elk van de afzonderlijke regelingen van het voorstel moeten worden gemaakt. Het gaat achtereenvolgens om de regelingen aangaande de gerechtelijke procedure voor de toekenning van ouderschap na draagmoederschap in het binnenland, de vereenvoudigde erkenning van buitenlandse beslissingen na draagmoederschap in het buitenland, de eisen aan draagmoederschapsovereenkomsten, en de mogelijkheden voor herroeping van de gerechtelijke toekenning van ouderschap.

Ten gevolge van het ontbreken van de hiervoor genoemde analyse doet zich vervolgens de vraag voor of de verschillende regelingen mede in het licht van de rechtspraak van het EHRM wel voldoende rekening houden met de rechten en belangen van respectievelijk het kind, de draagmoeder en de wensouders. De Afdeling gaat hier in de context van enkele specifieke regelingen nader op in (zie punt 6a).

De Afdeling adviseert, gelet op het voorgaande, om in de toelichting bij de afzonderlijke regelingen aangaande draagmoederschap de grondrechtelijke posities van de betrokken actoren bij draagmoederschap meer systematisch in kaart te brengen, aandacht te besteden aan de conflicten die zich tussen de verschillende rechten en belangen kunnen voordoen, en gelet daarop in te gaan op de afwegingen die bij de wettelijke vormgeving van deze regelingen zijn gemaakt.

5.a. Grondrechtelijke aspecten

Het advies van de Afdeling is gevolgd. Voor kind, draagmoeder en wensouder(s) zijn afzonderlijke grondrechten(sub)paragrafen opgesteld in de memorie van toelichting, resp. 3.1, 3.2 en 3.3, waarin de grondrechtelijke positie van de betrokkene wordt omschreven. Tevens is, zoals reeds aangegeven in reactie onder paragraaf 4 van het advies van de Afdeling, de toelichting aangevuld met een paragraaf (4) waarin wordt ingegaan op de dilemma's en keuzes in het wetsvoorstel.

⁷⁵ Zie in dit verband Aanwijzing 2.2, 2.3 en 2.9 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁷⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.



b. Verhouding tot het Unierecht

In opdracht van de Staatscommissie Herijking ouderschap is onderzoek gedaan naar de vraag of de kring van personen die gebruik kan maken van een draagmoederschapsregeling wettelijk beperkt kan worden om draagmoederschapstoerisme te voorkomen, gelet onder meer op het vrij verkeer van diensten. Ook de Adviescommissie Vreemdelingenzaken (ACVZ) heeft onderzocht op welke wijze het vreemdelingenrecht eraan kan bijdragen dat Nederland geen 'bestemmingsland' wordt voor internationaal draagmoederschap.⁷⁷

In die onderzoeken is geconcludeerd dat het vrij verkeer van diensten van toepassing kan zijn op draagmoederschap, tenzij strenge regelgeving wordt aangenomen over de toegestane vergoeding aan de draagmoeder en daarmee geen sprake meer kan zijn van een economische activiteit in de zin van artikel 57 VWEU. Indien eisen aan de nationaliteit en de verblijfplaats van de draagmoeder of de wensouder(s) worden gesteld, is sprake van een beperking van het vrij verkeer van diensten en is een rechtvaardiging geboden.

In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de verhouding van het wetsvoorstel tot het vrij verkeer van diensten. Daardoor blijft onduidelijk of, naar het oordeel van de regering, bij draagmoederschap sprake is van een vorm van dienstverrichting en, zo ja, of mogelijke beperkingen daarvan kunnen worden gerechtvaardigd.

Indien het standpunt wordt ingenomen dat geen sprake is van dienstverrichting, dient in het bijzonder te worden uitgelegd hoe het voorstel beoogt te voorkomen dat mogelijke onkostenvergoedingen aan de draagmoeder alsnog een economisch karakter aan het draagmoederschap verlenen (zie ook hierna punt 6c).⁷⁸

Indien wordt aangenomen dat sprake is van dienstverrichting, dient nader te worden toegelicht in hoeverre beperkingen daarvan kunnen worden gerechtvaardigd in het licht van de eisen die de Dienstenrichtlijn daaraan stelt.⁷⁹

Het voorstel bepaalt dat de draagmoeder en ten minste één van de wensouders de gewone verblijfplaats in Nederland dienen te hebben en deze naar verwachting gedurende de zwangerschap zullen houden. Ook dient ten minste één van de wensouders de Nederlandse nationaliteit dan wel rechtmatig verblijf in Nederland te hebben op grond van artikel 8, onder b, d of e van de Vreemdelingenwet 2000.⁸⁰ De toelichting stelt daarover enkel dat deze eisen beogen te voorkomen dat de regeling de deuren opent voor vormen van draagmoederschapstoerisme in Nederland.

De Afdeling adviseert, gelet op het voorgaande, in de toelichting aandacht te besteden aan de toepassing van het vrij verkeer van diensten en mogelijke beperkingen daarvan te voorzien van een rechtvaardiging.

5.b. Verhouding tot het Unierecht

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is de toelichting aangevuld met een paragraaf 4.4. Europeesrechtelijke aspecten draagmoederschap, waarin wordt ingegaan op zowel de verhouding tot het vrij verkeer van diensten en de Dienstenrichtlijn als de proportionaliteit/subsidiariteit van het met de regeling gemaakte verschil in behandeling van Unieburgers naar de gewone verblijfplaats.

Verhouding tot het vrij verkeer van diensten en de dienstenrichtlijn

In de toelichting is betoogd dat, om onder de reikwijdte van artikel 57 VWEU of de Dienstenrichtlijn te komen, sprake dient te zijn van een economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Naar het oordeel van het kabinet is hiervan bij draagmoederschap in de vorm waarop dit wetsvoorstel ziet geen sprake.

De beoogde regeling is van toepassing in gevallen waarbij sprake is van draagmoederschap als een vrijwillige, altruïstische daad, waarvoor, buiten de wettelijk toegestane compensatie, geen betaling in

⁷⁷ N. Koffeman, *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan het Europees recht*, Universiteit Leiden 2016; ACVZ, *Veranderd ouderschap en migratie: vreemdelingenrechtelijke aspecten van meerouderschap, meerpersoonsgezag en draagmoederschap*, 2019.

⁷⁸ Een niet-economisch karakter van het draagmoederschap zelf laat overigens onverlet dat draagmoederschapsconstructies gepaard kunnen gaan met andere, bijkomende (medische of juridische) vormen van dienstverrichting als bedoeld in artikel 57 VWEU. Beperkingen van dergelijke diensten behoeven dan mogelijk wel een rechtvaardiging.

⁷⁹ Het relevante toetsingskader betreft hier de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, PbEU 2006, L 376.

⁸⁰ Voorgesteld artikel 1:215, eerste lid, onder j en k, BW.



geld of in natura plaatsvindt. Het draagmoederschap mag geen alternatieve inkomstenbron of bijverdienste vormen. Dit wordt ingegeven door het oogmerk van het kabinet om elke vorm van uitbuiting van de draagmoeder en gezondheidsrisico's voor de draagmoeder en het kind te voorkomen. Wanneer geld een rol speelt in de beslissing deel te nemen aan draagmoederschap, kan dat immers tot gevolg hebben dat medisch relevante informatie door de draagmoeder wordt achtergehouden, of erger dat de draagmoeder onder ongewenste druk komt te staan om aan het traject deel te nemen. De genoemde risico's zijn niet denkbeeldig. Draagmoederschap tegen betaling is thans een maatschappelijke realiteit. Daarbij speelt een rol dat de kindervens zo sterk kan zijn dat ouders in spe bereid zijn ver te gaan om een kind te krijgen.

De regeling laat de mogelijkheid om in de overeenkomst een bepaalde financiële compensatie voor het draagmoederschap overeen te komen. Het betreft evenwel slechts een compensatie voor de kosten en inkomstenderving die met het draagmoederschap verband houden. Hiermee wordt voorkomen dat een draagmoeder in een mindere (financiële) positie komt te verkeren als gevolg van het draagmoederschapstraject. Deze compensatie mag een bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) vastgesteld maximum niet te boven gaan. Het geven of ontvangen van een vergoeding voor het zijn van draagmoeder in Nederland die uitgaat boven de wettelijk toegestane compensatie wordt strafbaar gesteld.

Naar het oordeel van het kabinet brengt de voorgestelde regeling mee dat geen sprake is van een economische activiteit die tegen vergoeding wordt verricht, in de zin van artikel 57 VWEU en de Dienstenrichtlijn. Het kabinet ziet overigens duidelijke aanwijzingen dat vanuit Unierechtelijk perspectief het uitgangspunt van een vrijwillige, altruïstische daad, waarvoor geen betaling plaatsvindt, niet in de weg staat aan het bieden van een financiële compensatie. Aanknopingspunten hiervoor vindt het kabinet op het, in juridisch-ethisch opzicht met draagmoederschap vergelijkbare, gebied van de orgaandonatie.⁸¹ Altruïsme vormt op basis van Europees recht een belangrijke factor bij onder andere orgaandonaties.⁸² Dit is ook in lijn met artikel 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat financieel voordeel uit het menselijk lichaam of bestanddelen daarvan verbiedt. Lidstaten dienen ervoor te zorgen dat donaties van organen van levende en overleden donoren vrijwillig en onbetaald zijn en, indien er sprake is van een financiële vergoeding, deze niet meer bedraagt dan de gemaakte kosten en inkomstenderving in relatie tot de handeling.⁸³ Het beginsel van onbetaalde donatie belet lidstaten dus niet om mogelijk te maken dat levende donoren een vergoeding ontvangen.⁸⁴ Aan de lidstaten wordt uitdrukkelijk overgelaten de voorwaarden te bepalen waaronder een dergelijke vergoeding mag worden verleend, waarbij wordt vermeden dat er financiële prikkels of voordelen voor potentiële donoren zijn. Net als de richtlijn inzake orgaantransplantatie zorgt de voorgestelde regeling van het draagmoederschap ervoor dat de financiële compensatie beperkt blijft tot het vergoeden van de kosten en van inkomstenderving die met het draagmoederschap verband houden.⁸⁵ Vermeden wordt dat er financiële prikkels of voordelen voor potentiële draagmoeders zijn. Onder deze omstandigheden acht het kabinet de conclusie gerechtvaardigd dat de financiële compensatie geen afbreuk doet aan het uitgangspunt van vrijwillig en onbetaald draagmoederschap.

Proportionaliteit/subsidiariteit van de eisen van gewone verblijfplaats in de draagmoederschapsregeling

In de toelichting is tevens gesteld dat een situatie waarin een staatsburger van een lidstaat zich begeeft naar een andere lidstaat door in zijn hoedanigheid van Unieburger gebruik te maken van zijn recht om vrij in de Unie te reizen, valt binnen de werkingssfeer van de verdragen in de zin van artikel 18 VWEU. Daarin is het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit neergelegd. De voorgestelde regels voor draagmoederschap voeren echter een verschil in behandeling in naargelang de betrokken persoon zijn gewone verblijfplaats heeft in een andere lidstaat, omdat de draagmoeder en tenminste een van de wensouders de gewone verblijfplaats in Nederland moeten hebben. Hierdoor kunnen deze regels de vrijheid van staatsburgers van andere lidstaten om in de Unie te reizen beïnvloeden en vormen zij een beperking van hun recht van vrij verkeer in de zin van artikel 21 VWEU. Een dergelijk verschil in behandeling kan alleen gerechtvaardigd zijn indien het gebaseerd is op objectieve overwegingen en evenredig is aan de rechtmatige doelstellingen van het nationale recht.

⁸¹ Zie Richtlijn 2010/53/EU van het Europees Parlement en de Raad van 7 juli 2010 inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie

⁸² Zie overweging van voornoemde richtlijn.

⁸³ Artikel 13, eerste lid, van de richtlijn.

⁸⁴ Artikel 13, tweede lid, van de richtlijn.

⁸⁵ Vergelijk in dit verband tevens het derde lid van artikel 13 van de richtlijn, waarin is geregeld dat de lidstaten het onder de aandacht brengen van de behoefte aan, of de beschikbaarheid van, organen verbieden wanneer daarmee beoogd wordt financiële of vergelijkbare voordelen aan te bieden of te behalen. Het bestaande bemiddelingsverbod voor draagmoederschap komt daarmee overeen.



Het doel van het kabinet is om uitbuiting van de draagmoeder en gezondheidsrisico's voor de draagmoeder en het kind zoveel mogelijk te voorkomen. Om dit te bereiken is een wettelijk systeem opgezet waarin de rechten en belangen van draagmoeders (en hun eventuele partners) en wensouders en in het bijzonder het kind zijn geregeld. Daarbij zijn de nadelen van draagmoederschap zoveel mogelijk gemitigeerd, en worden wensouders gestimuleerd om te kiezen voor een verantwoord draagmoederschapstraject. Dit traject biedt voorafgaand aan de geboorte zekerheid over de juridische afstamming en de familie van het kind. Die zekerheid kan echter enkel worden verkregen indien aan strenge voorwaarden is voldaan die erop gericht zijn voornoemd doel te bereiken.

De eis van een voldoende nauwe band met de jurisdictie in de vorm van een eis van gewone verblijfplaats is een algemeen geaccepteerd uitgangspunt in het internationaal privaatrecht, dat ook binnen EU-rechtelijke instrumenten wordt ingevuld (zie bijvoorbeeld artikel 3 en 7 van 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 kinderontvoering). De gewone verblijfplaats als aanknopingspunt voor het aannemen van rechtsmacht is ook gebruikelijk voor procedures ten aanzien van afstamming binnen Nederland (zie artikel 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). De regeling vult die eis enkel in die zin aan dat niet slechts één van de belanghebbenden de gewone verblijfplaats moet hebben, maar tenminste de draagmoeder en een wensouder. Daarmee wordt voorkomen dat erkenning van de rechterlijke beslissing en de daarop gebaseerde afstamming in het buitenland wordt geweigerd omdat Nederland als een exorbitant forum moet worden gezien.⁸⁶ Een geval waarin niet tenminste één van de wensouders en de draagmoeder de gewone verblijfplaats in Nederland hebben, heeft te weinig verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer om ouderschap van de wensouders vanaf de geboorte vast te stellen. Het is niet ongebruikelijk om de gewone verblijfplaats (of zelfs de nationaliteit) van meer dan één van de betrokkenen in ogenschouw te nemen, wanneer meerdere personen betrokken zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld uit artikel 3 onderdeel a, onder i) en ii) en onderdeel b van voornoemde verordening.

Er bestaat vooralsnog geen internationaal verdrag of EU-rechtelijk instrument op basis waarvan kan worden vastgesteld wat een algemeen geaccepteerde voldoende nauwe band met een jurisdictie vormt. Daarmee draagt deze eis tevens bij aan het voorkomen van hinkende rechtsverhoudingen, doordat het risico wordt verkleind dat de afstamming vanwege de te geringe verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer niet zal worden erkend in het buitenland met alle negatieve gevolgen voor kind, draagmoeder én wensouders die daaraan verbonden zouden zijn. Gelet op het voorgaande acht het kabinet de eis van de gewone verblijfplaats ten tijde van de gerechtelijke toestemming geschikt om het doel te bereiken en is de eis evenredig aan het gestelde doel.

De aanvullende eis van een gewone verblijfplaats in Nederland gedurende de zwangerschap draagt tevens bij aan de daadwerkelijke beschikbaarheid van juridische ondersteuning en bescherming tegen uitbuiting van de draagmoeder voorafgaand en gedurende die periode. Het risico op uitbuiting wordt groter indien Nederland ruimte biedt aan vormen van draagmoederschapstoerisme, in de zin van draagmoeders die voor het doel van draagmoederschap naar Nederland komen, of wensouders die zich vanuit het buitenland wenden tot een Nederlandse draagmoeder. De bedragen voor onkostenvergoeding en tegemoetkoming zoals die zijn vastgesteld, zijn immers vastgesteld op een voor de Nederlandse context redelijk niveau, maar krijgen een andere lading binnen een andere economische context. De eis van een gewone verblijfplaats in Nederland draagt eraan bij dat zowel de wensouders als de draagmoeder voldoende kunnen worden voorgelicht voorafgaand aan het draagmoederschap en daarmee ook 'in beeld' zijn en blijven. Het verzekert ook dat eventuele geschillen gedurende het traject binnen de Nederlandse rechtssfeer kunnen en zullen worden afgehandeld. Daarbij vergroot de gewone verblijfplaats in Nederland de kans substantieel dat het kind in Nederland wordt geboren, waardoor ook de toepassing van Nederlands afstammingsrecht op de situatie wordt verzekerd. Daarbij dient tevens in ogenschouw te worden genomen dat binnen de EU grote verschillen bestaan in de houding ten aanzien van draagmoederschap, waarbij sommige landen draagmoederschap sowieso niet accepteren. Ook speelt daarbij een rol dat afstammingsrecht niet Europeesrechtelijk is geregeld en afstammingsrecht nauw verbonden is met de nationale identiteit van lidstaten (artikel 4, lid 2 VEU). Als gevolg hiervan is niet aannemelijk dat veel lidstaten het acceptabel zullen vinden om Nederlands afstammingsrecht toe te passen bij eventuele conflicten over het draagmoederschap. Ook in die zin is deze voorwaarde noodzakelijk in het belang van het kind en de draagmoeder. De regeling biedt een uitputtende regeling voor geschillen over de draagmoederschapsovereenkomst en eventuele bedenkingen bij draagmoeder of wensouders. Een ander forum dan het Nederlandse, of de toepassing van ander recht dan het Nederlandse recht, zou leiden tot onzekerheid over de uitkomsten van een eventuele procedure. De voorwaarde van gewone verblijfplaats in Nederland gedurende de zwangerschap is dan ook noodzakelijk om de mogelijkheid van een rechtsgang hier te lande te waarborgen en

⁸⁶ Zie in dit verband het advies van de Staatscommissie IPR bij dit wetsvoorstel, p. 2 en 3 met verwijzing naar het advies van de Staatscommissie IPR van 20 februari 2019 over de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de aanbevelingen van de Staatscommissie Herijking ouderschap in haar rapport 'Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw', p. 5/6.



is vooraf kenbaar en duidelijk, waardoor een hoog niveau van rechtszekerheid en transparantie gewaarborgd is.

Het alternatief, waarbij enkel bij de start van de procedure een gewone verblijfplaats in Nederland vereist zou zijn, is onvoldoende om het belang van kind, draagmoeder en wensouders bij zekerheid omtrent de toegang tot de rechter alhier en de toepassing van de voorliggende regeling te waarborgen. In het licht van het voorgaande acht het kabinet de eis van de gewone verblijfplaats van de draagmoeder tijdens de zwangerschap geschikt om het doel te bereiken en is de eis evenredig aan dat doel.

6. Regelingen voor binnenlands en buitenlands draagmoederschap

a. Waarborgen voor kind en draagmoeder

Over de wenselijkheid van een fenomeen als draagmoederschap en de rol van de wetgever in dat verband kan verschillend worden gedacht.⁸⁷ Indien de wetgever kiest voor regeling van het draagmoederschap dient deze, mede in het licht van de toepasselijke grondrechten, hoe dan ook in toereikende waarborgen voor de direct betrokkenen te voorzien. Naar het oordeel van de Afdeling betreft dat in elk geval waarborgen om te verzekeren dat:

- *het belang van het kind een eerste overweging vormt en mede met het oog daarop voorkomen wordt dat het kind tussen wal en schip terechtkomt;*
- *de (potentiële) draagmoeder wordt beschermd tegen ongeoorloofde druk voorafgaand aan en tijdens een zwangerschap, evenals bij de afstand van het kind.*

Tegen die achtergrond plaatst de Afdeling diverse kanttekeningen bij de voorgestelde regelingen ten aanzien van binnenlands en buitenlands draagmoederschap.

i. Regeling voor binnenlands draagmoederschap

De regeling die ziet op binnenlands draagmoederschap beoogt zoveel mogelijk vooraf te waarborgen dat het draagmoederschapstraject zorgvuldig en transparant verloopt en heeft tot doel rechtszekerheid te bieden aan de betrokkenen.⁸⁸ De kern van deze regeling is dat het draagmoederschapstraject vóór de conceptie wordt getoetst door de rechter. Over deze ex ante toetsing merkt de Afdeling het volgende op.

Het voorgestelde artikel 1:214, derde lid, BW bepaalt dat de rechtbank het verzoek tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap afwijst indien zij dit niet in het belang van het kind acht. Het verzoek wordt bovendien slechts toegewezen indien de vrije instemming van alle betrokkenen blijkt. Tevens moet aan de reeks met voorwaarden uit het voorgestelde artikel 1:215, eerste lid, BW worden voldaan.⁸⁹ Het betreft voorwaarden ten aanzien van de wensouders, draagmoeder en hun onderlinge verhouding.

De toelichting vermeldt verder dat artikel 1:214, derde lid, BW de 'centrale toetsingscriteria' bevat (belang van het kind en instemming van partijen). Deze criteria worden nader ingevuld door de overige onderdelen van Afdeling 7, waaronder artikel 1:215 BW.⁹⁰ Ook stelt de toelichting dat artikel 1:214, derde lid, BW een 'vangnetnorm' bevat, die de rechter de ruimte biedt om te komen tot een eigen beoordeling.⁹¹ Over artikel 1:215, eerste lid, BW vermeldt de toelichting evenwel dat de rechter bij de toepassing daarvan geen beoordelingsruimte toekomt.⁹²

Gelet op het voorgaande acht de Afdeling de verhouding tussen deze bepalingen en tussen de daarin geregelde voorwaarden onduidelijk. De vraag rijst in het licht van de hiervoor genoemde vereiste waarborgen of, als aan de voorwaarden van artikel 1:215 is voldaan, er wel ruimte is voor de rechter om in het belang van het kind de toekenning van ouderschap na draagmoederschap af te wijzen. Verheldering op dit punt is essentieel, omdat de door de rechter te hanteren toetsingscriteria een kernpunt vormt van de voorgestelde regeling.

6.a.i. Regeling voor binnenlands draagmoederschap

De Afdeling vraagt of, als aan de voorwaarden van het voorgestelde artikel 1:215 BW is voldaan, er

⁸⁷ Dit erkent ook de regering. Zie Memorie van toelichting, paragraaf 7.1, onderdeel a.

⁸⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

⁸⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.5.

⁹⁰ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:214 BW.

⁹¹ Idem.

⁹² Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:215 BW.



wel ruimte is voor de rechter om in het belang van het kind de toekenning van ouderschap na draagmoederschap af te wijzen.

Met de Afdeling is het kabinet van oordeel dat de rechterlijke beoordeling een essentieel onderdeel vormt van de regeling. De rechter heeft een grote vrijheid bij de beoordeling van een verzoek tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. De rechter kan dit verzoek afwijzen als zij toekenning in de gegeven omstandigheden niet in het belang van het kind acht. De rechter moet daarnaast tot een positieve overtuiging komen dat alle betrokkenen hun vrije instemming geven aan het traject. Beide criteria (opgenomen in voorgestelde artikel 1:214, derde lid BW) beogen de rechter een algemene beoordelingsruimte te geven om draagmoederschap af te wijzen in geval van gerede twijfel in het specifieke geval. In aanvulling daarop zijn in de regeling meer specifieke randvoorwaarden opgenomen waaraan in ieder geval ook moet worden voldaan. Met het voldoen aan deze voorwaarden blijft er evenwel ruimte bestaan voor de rechter om, in weerwil daarvan, het verzoek af te wijzen als zij van oordeel is dat niet wordt voldaan aan het voorgestelde artikel 1:214, derde lid BW. De memorie van toelichting is in bovengenoemde zin verduidelijkt.

ii. Herroeping

Daarnaast merkt de Afdeling op dat de rechter de beschikking tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap in de in artikel 1:219 BW omschreven gevallen op verzoek van de draagmoeder of de wensouder(s) kan herroepen. Een dergelijk verzoek dient te worden ingediend voor de geboorte van het kind of binnen zes weken daarna.⁹³ Bovendien dient er sprake te zijn van bedreiging, dwaling of bedrog, of het overlijden van de (wens)ouder.⁹⁴ Herroeping door de draagmoeder kan tevens plaatsvinden wanneer na de toekenning van het ouderschap de omstandigheden zijn gewijzigd en de rechter herroeping het meest in het belang van het kind oordeelt.⁹⁵

Artikel 1:219 BW lijkt evenwel geen ruimte te bieden voor gewijzigde omstandigheden rondom de wensouders die in het belang van het kind nopen tot herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap. De toelichting biedt hier geen verklaring voor, terwijl de vraag rijst of in uitzonderlijke omstandigheden een dergelijke herroeping wenselijk kan zijn. Ook op dit belangrijke onderdeel van het voorstel acht de Afdeling verheldering essentieel.

De Afdeling adviseert, mede in het licht van de eerder genoemde waarborgen ter bescherming van het kind en de draagmoeder, in de toelichting nader in te gaan op voornoemde punten en het voorstel aan te passen.

6.a.ii Herroeping

De Afdeling merkt terecht op dat de regeling geen ruimte biedt voor gewijzigde omstandigheden van de wensouders die in het belang van het kind nopen tot herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap. Een essentieel onderdeel van de regeling rond draagmoederschap betreft de vrije instemming van alle betrokkenen met het traject. Met de regeling is aangesloten bij andere onderdelen van het afstammingsrecht: in geval van een genetische band of instemming met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben, ontstaat een niet te ontlopen verantwoordelijkheid voor het kind (zie bijv. art. 1:200 lid 3 BW). Daarvan is ook bij draagmoederschap in beginsel sprake. De ontstane afstammingsband is dan ook niet zonder meer aan te tasten. Uitgangspunt blijft dat het ouderschap in stand blijft, met het oog op het belang van het kind bij zekerheid over ouders, naam en nationaliteit vanaf de geboorte. Dit uitgangspunt is tevens in het belang van de rechtszekerheid van de draagmoeder. Zouden er ruimere mogelijkheden bestaan voor de wensouders om het eigen ouderschap aan te tasten, dan zou zij het risico lopen juridisch ouder te worden van een kind, terwijl zij enkel heeft ingestemd in de veronderstelling dat wensouders het ouderschap op zich nemen.

De wensouder(s) die niet genetisch verwant zijn aan het kind kunnen de rechter 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 wensouder met een genetische band met het kind heeft, net als in het overige afstammingsrecht, geen mogelijkheid tot het doorbreken van de band met het kind. De toelichting is in bovengenoemde zin aangevuld.

⁹³ Voorgesteld artikel 1:219, vierde lid, BW.

⁹⁴ Voorgesteld artikel 1:219, tweede, derde en vijfde lid, BW.

⁹⁵ Voorgesteld artikel 1:219, tweede lid, BW.



iii. Regeling voor 'eenvoudige erkenning' na buitenlands draagmoederschap

De voorgestelde regeling maakt duidelijk onder welke voorwaarden buitenlandse familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap in aanmerking komen voor erkenning in Nederland. Daarmee geeft het kabinet gevolg aan de aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap hieromtrent.⁹⁶

Op grond van voorgesteld artikel 10:101a, derde lid, onderdeel a, BW is dergelijke 'eenvoudige erkenning' aan de orde als:

- *de gegevens over de afstamming voor het kind beschikbaar zijn voor opname in het register;*
- *vaststaat dat het kind genetisch verwant is aan ten minste één van de wensouders;*
- *er een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de afstamming; en*
- *indien de wensouders vanaf de geboorte ouders zijn geweest van het kind, er een mogelijkheid heeft bestaan voor de draagmoeder om dit ouderschap te betwisten.*

Daarmee wordt volgens de toelichting voor wensouders een prikkel geboden 'om gebruik te maken voor een buitenlandse procedure die voldoet aan de basisvoorwaarden voor zorgvuldig draagmoederschap zoals die in Nederland worden gesteld'.⁹⁷

De vraag rijst evenwel wat er gebeurt als niet aan de voorwaarden zoals hierboven gesteld wordt voldaan. Wanneer in dat geval buitenlands draagmoederschap volgens de geldende regels tot stand is gekomen en de wensouders in het buitenland worden beschouwd als de juridische ouders van het kind, is op grond van de jurisprudentie van het EHRM enige vorm van juridische erkenning van de ouder-kindrelatie nodig om in overeenstemming te handelen met het recht op respect voor het privéleven van het kind (zie punt 2c onder ii). Dat betekent dat er alsnog juridische betrekkingen met de wensouders tot stand moeten worden gebracht. Dat zou in dergelijke gevallen bijvoorbeeld via adoptie bewerkstelligd kunnen worden.

Gelet op het voorgaande voorkomt de voorgestelde derhalve niet de regeling van verkrijging van kinderen uit het buitenland op een naar Nederlandse maatstaven niet geoorloofde wijze. De Afdeling acht een dergelijke gang van zaken kwetsbaar in het licht van de uitkomsten en aanbevelingen van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie en gelet op de eerder genoemde waarborgen voor het kind en de draagmoeder, die even zo goed in internationale situaties opgeld doen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en de voorgestelde regeling ten aanzien van buitenlands draagmoederschap aan te passen.

6.a.iii.

De Afdeling merkt terecht op dat met de voorgestelde regeling niet wordt voorkomen dat wensouders kiezen voor een buitenlands draagmoederschapstraject waarbij niet alle in Nederland gehanteerde zorgvuldigheidseisen in acht zijn genomen. Dit terwijl zij dan toch juridisch ouder kunnen worden van het kind.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in de eerste plaats de toelichting aangevuld en is dit dilemma nadrukkelijk onderkend, mede ook in het licht van de bevindingen van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie. Met de voorliggende regeling wordt allereerst een norm neergelegd voor verantwoord draagmoederschap. Daarnaast worden voorzieningen getroffen teneinde wensouders (en draagmoeders) te stimuleren om te kiezen voor verantwoord draagmoederschap. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is voor erkenning van rechtswege van in het buitenland ontstaan ouderschap na draagmoederschap als voorwaarde toegevoegd dat de wensouders voorafgaand aan de buitenlandse rechterlijke beslissing de Nederlandse voorlichting en counseling over zowel de juridische als de psychologische aspecten van draagmoederschap hebben gevolgd. In die voorlichting zal het belang van het volgen van een verantwoord draagmoederschapstraject worden onderstreept en de risico's van draagmoederschap, met name in geval van een buitenlands traject. Daarbij zal tevens aandacht worden besteed aan de verantwoordelijkheid van wensouders en de negatieve gevolgen, in de eerste plaats voor het kind, als geen zorgvuldig traject wordt gevolgd.

⁹⁶ Zie Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 11.4.4. Overigens leek de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, die zich op verzoek van de Minister voor Rechtsbescherming boog over de internationaal-privaatrechtelijke aspecten van de aanbevelingen die de Staatscommissie Herijking ouderschap heeft gedaan in haar rapport, een andere opvatting toegedaan. Zie Staatscommissie IPR, Advies over de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de aanbevelingen en voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap in haar Rapport «Kind en ouders in de 21ste eeuw», Den Haag: 2019, Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 42, bijlage, paragraaf 2.5. Zie ook Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 10:101a, BW.

⁹⁷ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 10:101a, leden 1 en 2, BW.



Het treffen van een regeling waarbij alle risico's van draagmoederschap worden uitgesloten is niet mogelijk. Evenmin kan worden voorkomen dat in het belang van het betrokken kind een juridische afstammingsband tot stand wordt gebracht tussen wensouders en kind in gevallen waarin geen zorgvuldig traject is gevolgd. Immers, het valt niet te voorkomen dat mensen in het buitenland een draagmoederschapstraject aangaan. Zo'n traject hoeft niet te voldoen aan de in de voorgestelde regeling gestelde zorgvuldigheidseisen. Als wensouders en kind vervolgens naar Nederland komen en er is een genetische band tussen tenminste één wensouder en het kind, dan zal op grond van de jurisprudentie van het EHRM hoe dan ook enige vorm van juridische erkenning van de ouder-kindrelatie moeten plaatsvinden. Deze verplichting volgt uit het recht op respect voor het privéleven van het kind.⁹⁸

b. Draagmoederschapsovereenkomst

Voor de toekenning van ouderschap na binnenlands draagmoederschap dient de rechter te toetsen of de draagmoederschapsovereenkomst enkele verplichte aspecten regelt. Zo moeten onder meer afspraken worden opgenomen over de vergoeding van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap, het contact tussen de draagmoeder en het kind na de geboorte en de afdekking van de risico's die zijn verbonden aan draagmoederschap.⁹⁹ Daarnaast kunnen de draagmoeder en de wensouders andere afspraken over het draagmoederschapstraject opnemen in de draagmoederschapsovereenkomst.

De toelichting biedt veel onduidelijkheid over de wijze waarop de draagmoederschapsovereenkomst past binnen de systematiek van het verbintenissenrecht.¹⁰⁰ Zo rijst de vraag naar de gevolgen die mogen worden verbonden aan niet-naleving van de afspraken uit een draagmoederschapsovereenkomst. De toelichting stelt slechts dat afspraken over dergelijke gevolgen niet van dien aard mogen zijn dat hiermee de facto het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder in de kern wordt beperkt. In dat verband noemt de toelichting alleen een boetebeding als sanctie op niet-naleving.¹⁰¹

Het wettelijk arsenaal aan remedies bij niet-nakoming is evenwel breder (nakoming, schadevergoeding, ontbinding¹⁰²). Dit doet vragen rijzen over de mogelijke toepassing daarvan, juist in relatie tot het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder. Daarnaast rijzen vragen met betrekking tot de gevolgen van niet-naleving door de wensouders en opzegging van de overeenkomst. Wat is de betekenis van een opzegging van de overeenkomst door de wensouders wegens bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer een alleenstaande wensouder ernstig ziek is geworden?

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen en te voorzien in nadere regels omtrent de draagmoederschapsovereenkomst.

6.b Draagmoederschapsovereenkomst

De Afdeling vraagt aandacht voor de verhouding tussen de beschikking houdende de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap en de draagmoederschapsovereenkomst. Zij vraagt daarbij tevens naar de wettelijke remedies bij niet-nakoming. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling zijn het wetsvoorstel en de toelichting over de draagmoederschapsovereenkomst aangevuld. Expliciet is geregeld dat wijziging van de draagmoederschapsovereenkomst op het punt van de vergoeding, de verzekering en de beschikbaarheid van juridische ondersteuning voor de draagmoeder na indiening van het verzoekschrift enkel mogelijk is door de rechtbank (voorgesteld artikel 1:216, tweede lid, BW). Tevens is expliciet gemaakt dat opzegging en ontbinding van de draagmoederschapsovereenkomst enkel mogelijk is in het kader van de herroeping van de beschikking houdende de gerechtelijke toekenning van het ouderschap (voorgesteld artikel 1:220 BW, zevende lid, BW). Daarbij is tevens geregeld dat de rechtbank de gevolgen van de herroeping voor de draagmoederschapsovereenkomst regelt.

c. Strafbaarstellingen

Het voorstel regelt dat betalingen voor de overdracht van ouderschap een misdrijf zullen vormen.¹⁰³ Met de wettelijke strafbedreiging van ten hoogste vier jaren gevangenisstraf of een geldboete van de

⁹⁸ Zie EHRM 26 juni 2014, nrs. 65192/11 & 65941/11 (Menesson t. Frankrijk & Labassee t. Frankrijk), en zonder het bestaan van een genetische band: EHRM 24 januari 2017 (GK), nr. 25358/12 (Paradiso & Campanelli t. Italië) en EHRM 18 mei 2021 nr. 71552/17 (Valdis Fjölfnisdóttir e.a. t. IJsland).

⁹⁹ Voorgesteld artikel 1:216 BW.

¹⁰⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 4.5 en artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:216 BW.

¹⁰¹ Idem. Zie ook paragraaf 7.1, onderdeel c.

¹⁰² Zie respectievelijk artikel 3:296 BW, artikel 6:74 BW en artikel 6:265 BW.

¹⁰³ Voorgesteld artikel 151ca Sr.



vierde categorie, wordt de ernst van dit feit tot uitdrukking gebracht en een passende bestraffing mogelijk gemaakt.¹⁰⁴ Het voorstel stelt tevens onkostenvergoedingen voor het draagmoederschap (in Nederland) die de bij algemene maatregel van bestuur bepaalde maxima te boven gaan strafbaar.¹⁰⁵ Dit zal kwalificeren als een overtreding waarvoor een geldboete van de derde categorie kan worden opgelegd.¹⁰⁶

Volgens de toelichting moeten onkostenvergoedingen worden onderscheiden van betalingen voor de overdracht van ouderschap van een kind.¹⁰⁷ De Afdeling betwijfelt echter of dit onderscheid in de praktijk zo duidelijk kan worden gemaakt. Vergoedingen aan de draagmoeder die uitgaan boven daadwerkelijk gemaakte kosten die gepaard gaan met de zwangerschap en bevalling zijn immers vatbaar voor het argument dat sprake is van kinderkoop, zo stelt ook de toelichting.¹⁰⁸ De Staatscommissie Herijking ouderschap merkt hierover eveneens op dat deze grens ethisch en juridisch onduidelijk is.¹⁰⁹

In dat licht roept de verhouding tussen beide strafbaarstellingen vragen op. Onduidelijk is of er een zekere overlap bestaat en of in dat geval dan sprake is van samenloop of van een *lex generalis-specialis* verhouding. Mede in dat verband valt op dat betalingen voor de overdracht van ouderschap een misdrijf vormen waarvoor een strafmaximum van vier jaar gevangenisstraf is gesteld, terwijl het geven en ontvangen van te hoge onkostenvergoedingen slechts een overtreding oplevert waarop een geldboete staat. Gelet op de onscherpe grens tussen beide bepalingen rijst de vraag of dit verschil gerechtvaardigd is.

De Afdeling adviseert de verhouding tussen beide strafbaarstellingen en in het bijzonder de daarbij gekozen strafmaxima in het licht van het voorgaande nader te motiveren en het voorstel zo nodig aan te passen.

6.c. Strafbaarstellingen

Aan het advies van de Afdeling om de verhouding tussen beide strafbaarstellingen te verduidelijken en in het bijzonder de keuze voor de voorgestelde strafmaxima nader te motiveren, is gevolg gegeven. Aan de memorie van toelichting is een paragraaf toegevoegd waarin wordt ingegaan op de verhouding tussen de twee strafbepalingen (paragraaf 6.5). Voorts heeft het advies van de Afdeling aanleiding gegeven 'het strafgat' tussen het voorgestelde artikel 442b Sr en het voorgestelde artikel 151ca Sr (de nummering van dit artikel is gewijzigd van artikel 151d naar artikel 151ca Sr na ontvangst van het advies van de Afdeling) te verkleinen. Vanuit een ethisch en juridisch oogpunt zijn er weliswaar duidelijke verschillen in laakbaarheid en strafwaardigheid aan te wijzen die een afwijkende strafmaat en classificatie rechtvaardigen. Artikel 442b Sr betreft puur het niet naleven van de in Nederland gestelde norm met betrekking tot vergoedingen voor draagmoederschap – een van de voorwaarden voor de gerechtelijke toekenning van het ouderschap – terwijl het in artikel 151ca Sr gaat om doelgericht handelen in strijd met de fundamentele rechten van het kind. Maar deze verschillen lopen bij nader inzien niet dermate uiteen dat zij de in het oorspronkelijke voorstel opgenomen strafmaxima in onderlinge samenhang bezien kunnen rechtvaardigen. Dit komt ook omdat de gedragingen, los van het subjectieve element, strikt genomen hetzelfde kunnen behelzen en beiden het risico van beïnvloeding van de draagmoeder in zich dragen. Tegen deze achtergrond is ervoor gekozen de strafpositie voor artikel 151ca Sr te bepalen op ten hoogste twee jaren gevangenisstraf of geldboete van de vierde categorie en die voor de in artikel 442b Sr strafbaar gestelde gedraging te stellen op ten hoogste zes maanden hechtenis of geldboete van de derde categorie.

7. Versterking recht op afstammingsinformatie

Een regeling voor draagmoederschap versterkt de behoefte om gegevens betreffende de biologische afstamming op te slaan zodat deze op termijn voor het betrokken kind te achterhalen is, zo stelt de toelichting.¹¹⁰ Daarom wordt een grondslag voor de registratie van afstammingsgegevens bij draagmoederschap voorgesteld.

¹⁰⁴ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 151ca, eerste lid, Sr.

¹⁰⁵ Bij algemene maatregel van bestuur zullen de kostenposten worden aangewezen die bij draagmoederschap voor vergoeding in aanmerking komen en de wijze waarop de hoogte van de maximale vergoeding per kostenpost kan worden vastgesteld. Naast vergoeding van daadwerkelijk gemaakte kosten zal in de AMvB ruimte bestaan voor een beperkte tegemoetkoming als compensatie voor het ongemak, de pijn en de inspanningen tijdens en na de zwangerschap. Zie Memorie van toelichting, paragraaf 5.4.

¹⁰⁶ Voorgesteld artikel 442b Sr.

¹⁰⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 5.4.

¹⁰⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 5.1 en 5.4.

¹⁰⁹ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 4.3.2.

¹¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 6.1.



Uit de toelichting blijkt dat daarnaast beoogd wordt om aan kinderen met vragen omtrent afstammingsinformatie in bredere zin centrale toegang tot deze gegevens te bieden, ongeacht de wijze waarop afstammingsrelaties tot stand zijn gekomen.¹¹¹ Het voorstel bevat dan ook een algemenere regeling omtrent de instelling van een register met afstammingsinformatie. Er zou één centraal punt moeten komen waar kinderen en andere betrokkenen terecht moeten kunnen. In dat verband zouden zowel donorgegevens, gegevens over de draagmoeder of de anonieme geboortemoeder, binnenlandse en buitenlandse adoptiegegevens als eventueel andere beschikbare gegevens over afstamming moeten worden opgeslagen.

De voorgestelde wettelijke regeling is op dit punt zeer summier. Het regelt niet welke informatie in dit algemenere afstammingsregister wordt opgenomen en wie informatie daarin kan laten opnemen. Ook regelt het niet wie en onder welke voorwaarden toegang hebben tot de gegevens, zoals de gegevens die over genetische broers en zussen worden opgenomen. Hoe de bewaring, verstrekking en verwijdering van de gegevens plaatsvindt, wordt evenmin geregeld. Al hetgeen het register of de registers betreft, wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaald.¹¹²

Omdat dergelijke wezenlijke onderwerpen niet in het wetsvoorstel zijn geregeld, ontstaat spanning met de vereisten van artikel 10 van de Grondwet en het primaat van de wetgever. Het voorstel voorziet in een (mogelijk ingrijpende) inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Gegevens over iemands afstamming kunnen gevoelige gegevens vormen en een belangrijk aspect van iemands privéleven prijsgeven. Met dergelijke gegevens dient zeer zorgvuldig te worden omgegaan. Een duidelijke afweging omtrent de instelling van het voorgestelde ruime register ontbreekt echter in de toelichting. Tevens is nog onvoldoende duidelijk welke begrenzingen zullen gelden en welke waarborgen zullen worden geboden voor de bescherming van het grondrecht.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, volgt uit artikel 10, eerste lid, van de Grondwet weliswaar dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer bij of krachtens wet in formele zin mag worden beperkt, maar de grondwetgever geeft in die bepaling de wetgever geen carte blanche bij het delegeren van die bevoegdheid aan lagere regelgevers. De beperkingen op het grondrecht moeten worden gespecificeerd en er dient, in elk geval op hoofdlijnen, een belangenafweging plaats te vinden in het licht van artikel 10 van de Grondwet op het niveau van de formele wet.¹¹³

Het voorliggende voorstel bevat in het geheel geen toelichting op de reden dat de genoemde onderwerpen volledig bij algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling zouden moeten en kunnen worden geregeld. Voor de regelingen aangaande de registratie van donorgegevens bij kunstmatige bevruchting en met betrekking tot adoptie zijn bij formele wet echter wel de wezenlijke onderdelen bepaald, zoals welke gegevens in het betreffende register worden opgenomen en van wie, wie het register beheert, onder welke voorwaarden verstrekking mogelijk is, en de termijn voor bewaring van deze gegevens.

Omdat het voorstel de wezenlijke onderdelen van een regeling voor een afstammingsregister niet bevat en een nadere toelichting op de inhoud van de te treffen regeling ook ontbreekt, is volgens de Afdeling niet voldaan aan de vereisten van artikel 10 van de Grondwet. Zij adviseert de voorgestelde regeling aan te passen en in de toelichting een nadere afweging op te nemen, mede in het licht van artikel 10 van de Grondwet.

7. Versterking recht op afstammingsinformatie

De Afdeling wijst op de vereisten van artikel 10 van de Grondwet inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het primaat van de wetgever bij een regeling die inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer, zoals voorzien in het wetsvoorstel zoals voorgelegd aan de Afdeling. De Afdeling adviseert in dat licht de wezenlijke onderdelen van een regeling voor een afstammingsregister in de wet op te nemen of een nadere afweging in de toelichting op te nemen waarom dit niet mogelijk is.

De opmerking van de Afdeling heeft aanleiding gevormd voor het alsnog opnemen van de hoofdlijnen van het register in de wet. Daarbij is tevens gekozen voor een beperktere opzet van het register, enkel gericht op afstammingsgegevens in geval van draagmoederschap. Dit heeft geleid tot een nieuwe paragraaf 4 van Afdeling 7 'Register ontstaansgeschiedenis en afstamming na draagmoederschap', bestaande uit een drietal artikelen. De regeling biedt een algemene grondslag voor het register dat zal

¹¹¹Zie voorgesteld artikel 1:199a, eerste lid, BW; Artikelsgewijze toelichting op voorgesteld artikel 1:199a BW; en Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45.

¹¹²Voorgesteld artikel 1:199a, tweede lid, BW.

¹¹³Advies van 21 november 2019 over het wetsvoorstel gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, Kamerstukken II 2019/20, 35 447, nr. 4.



worden gehouden door de Minister voor Rechtsbescherming of een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen rechtspersoon. Het doel van het register is het mogelijk maken dat het kind toegang verkrijgt tot informatie over diens biologische of genetische afstamming en ontstaansgeschiedenis. Daarnaast is ook het verzamelen van statistische gegevens een doel van het register. In de wet is een grondslag opgenomen voor, en in sommige gevallen een verplichting tot, het opnemen van bepaalde gegevens in het register en is bepaald dat de gegevens gedurende honderd jaar worden bewaard vanaf de dag waarop het kind wordt geboren. Daarbij is tevens bepaald wie toegang hebben tot de in het register opgenomen gegevens. Daarnaast is een grondslag opgenomen voor een nadere regeling van het register.

Nu deze nieuwe regeling een substantiële uitbreiding vormt van de wettelijke regeling zoals eerder voorgelegd aan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), is deze in overeenstemming met artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming, samen met een Privacy Impact Assessment, opnieuw voorgelegd aan de AP. De AP heeft op 12 juli 2022 haar advies uitgebracht. De AP stelt vast dat de aanvulling van de wet de hoofdlijnen van het register bevat. Aan de opmerkingen van de AP over de regeling is gevolg gegeven.

8. Verruiming mogelijkheden beëindiging ouderschap

In de brief van 12 juli 2019 kondigde het kabinet aan de mogelijkheden om de ouderschapsband te verbreken te zullen verruimen.¹¹⁴ Dit voornemen heeft vorm gekregen in voorgesteld artikel 1:222 BW, dat bepaalt dat een verzoek van een meerderjarig kind tot beëindiging van het ouderschap alleen kan worden toegewezen 'indien de beëindiging in het kennelijk belang van het kind is en de rechtbank van de redelijkheid van de beëindiging in gemoede overtuigd is'.

Met de voorgestelde verruiming geeft het kabinet vorm aan een aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap, die daarbij zeer uitzonderlijke gevallen op het oog had, zoals een situatie waarin uithuisplaatsing na mishandeling of verwaarlozing heeft plaatsgevonden, of waarin de ene ouder de andere ouder om het leven heeft gebracht en het kind geen enkele band meer voelt met de overlevende ouder. Tegen die achtergrond adviseert de Staatscommissie mogelijk te maken dat volwassen geworden kinderen het ouderschap van hun juridische ouders door de rechter ongedaan kunnen laten maken, ook als het een genetische ouder of geboortemoeder betreft.¹¹⁵

De toelichting gaat evenwel niet in op deze context. Evenmin wordt duidelijk voor welk probleem de voorgestelde verruiming een oplossing beoogt te bieden.¹¹⁶ Daarmee rijst de vraag naar het nut en de noodzaak van de voorgestelde ruime regeling. Daarnaast merkt de Afdeling op dat de toelichting nadere regels stelt, nu daarin wordt opgemerkt dat een verzoek van een meerderjarig kind tot beëindiging van het ouderschap slechts kan worden ingewilligd wanneer sprake is van
(i) *een ernstig verstoorde relatie tussen het kind en diens ouders, waarbij*
(ii) *het voortbestaan van die relatie evident in strijd komt met het belang van het kind.¹¹⁷*
Als zodanig bevat de toelichting aanvullende normen, die in de wettelijke regeling zelf dienen te worden vastgelegd.¹¹⁸

Mede gelet op het ingrijpende karakter van de regeling evenals de onomkeerbaarheid van de regeling en de gevolgen die zij meebrengt, adviseert de Afdeling in de toelichting een dragende motivering te bieden voor de voorgestelde verruiming en, indien deze regeling wordt gehandhaafd, strenge voorwaarden voor inwilliging van het verzoek tot beëindiging van het ouderschap op te nemen in de wettelijke regeling zelf.

8. Verruiming mogelijkheden beëindiging ouderschap

Zoals eerder gesteld onder 3, zijn in navolging van het advies van de Afdeling die onderdelen die strekken tot het verruimen van de mogelijkheden tot beëindiging van het ouderschap, geschrappt uit dit wetsvoorstel.

9. Afschaffing termijnen

Uit het oogpunt van rechtszekerheid zijn er termijnen gesteld waarbinnen het niet-biologische ouderschap kan worden ontkend of een erkenning kan worden vernietigd.¹¹⁹ Deze termijnen zijn

¹¹⁴ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, paragraaf 7.

¹¹⁵ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 11.2.4.

¹¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Zie aanwijzing 4.47 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹¹⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 1:200, vijfde en zesde lid, BW; artikel 1:202a, derde lid, BW; artikel 1:205, derde en vierde lid, BW.



relatief kort. Zo kan een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap worden ingediend tot drie jaar nadat een kind bekend is geworden met het feit dat zijn vader vermoedelijk niet zijn biologische vader is.

De toelichting suggereert dat de termijnen in strijd zijn met artikel 8 EVRM en daarom dienen te worden afgeschaft.¹²⁰ De Afdeling merkt in dit verband op dat lagere rechtspraak de termijnen weliswaar soms in strijd met artikel 8 EVRM heeft geoordeeld, maar dat de Hoge Raad tot een andere conclusie komt. Volgens de Hoge Raad zijn de termijnen noodzakelijk in een democratische samenleving met het oog op de rechtszekerheid en de bescherming van de belangen van het kind. Daarmee is volgens de Hoge Raad geen sprake van een ongerechtvaardigde inmenging in het familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM.¹²¹ Deze rechtspraak sluit aan bij die van het EHRM, dat oordeelde dat het verbinden van termijnen aan de ontkenning van het vaderschap binnen de beleidsvrijheid van verdragsstaten valt en derhalve geen strijd oplevert met artikel 8 EVRM.¹²²

Daarnaast verdient opmerking dat in de praktijk zo nu en dan al aan de genoemde termijnen voorbij wordt gegaan, bijvoorbeeld als alle belanghebbenden het erover eens zijn dat er een ontkenning of vernietiging van de erkenning kan plaatsvinden en er vervolgens een nieuwe juridische ouder is die het ouderschap op zich neemt.¹²³ Een kale schrapping van de termijnen voor het kind om het ouderschap te ontkennen of een erkenning te vernietigen, komt neer op een nieuwe mogelijkheid tot beëindiging van het ouderschap.

De vraag rijst dan ook hoe deze voorstellen zich verhouden tot het voorgestelde artikel 1:222 BW. Daarnaast laat de rechtspraak zien dat een ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning die gesteund wordt door de andere ouder, vaak gepaard gaat met een erkenning door de biologische ouder. Het juridische ouderschap van de niet-biologische ouder wordt dan als het ware ingewisseld voor het juridische ouderschap van de biologische ouder.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om bij schrapping van de termijnen de afbakening met de voorgestelde regeling voor beëindiging van het ouderschap te verduidelijken. Zij adviseert om aan de ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning zo nodig nadere voorwaarden te stellen, zoals die in de rechtspraak ook aan de orde zijn.

9. Afschaffing termijnen

Zoals tevens gesteld onder 3, zijn in navolging van het advies van de Afdeling die onderdelen die zien op het afschaffen van termijnen voor de ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning, geschrapt uit dit wetsvoorstel.

10. Versterking bescherming minderjarige ouders

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. Het wetsvoorstel past de huidige regeling aan overeenkomstig het uitgangspunt van de Staatscommissie dat ouderschap een volwassen aangelegenheid is.¹²⁴ Voor erkenning of toestemming voor erkenning van een kind tijdens de minderjarigheid van de ouder wordt geregeld 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.¹²⁵ Naar het oordeel van het kabinet versterkt dit voorstel de positie van de jonge ouder en past dit in de trend van een betere bescherming van minderjarigen.¹²⁶

De vraag rijst of deze verhoogde drempel voor minderjarige ouders voor de hand ligt, gelet op andere bevoegdheden die een 16-jarige wel zelfstandig heeft of krijgt en die evenzeer ingrijpend zijn, zoals het recht te beslissen over medische behandelingen die hem aangaan (bijvoorbeeld abortus) en een recht op toegang tot afstammingsinformatie.

De Afdeling adviseert in de toelichting een nadere motivering te bieden voor de verhoogde drempel voor erkenning van een kind door minderjarige ouders.

¹²⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.

¹²¹ Zie HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1064; HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8473.

¹²² Zie bijvoorbeeld EHRM 29 november 1984, ECLI:NL:XX:1984:AC8625, NJ 1986/4, m.nt. E.A. Alkema (Rasmussen/Denemarken).

¹²³ Zie in deze zin ook de Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, p. 202.

¹²⁴ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 11.2.3.4.

¹²⁵ Gewijzigd artikel 1:204 BW; memorie van toelichting, paragraaf 6.3.

¹²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, paragraaf 7.



10. Versterking bescherming minderjarige ouders

Zoals gesteld onder 3, zijn in navolging van het advies van de Afdeling ook die onderdelen die zien op de versterking van de bescherming van minderjarige ouders, geschrapt uit dit wetsvoorstel.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,

Tot slot wordt opgemerkt dat van de gelegenheid gebruik is gemaakt om nog een aantal aanvullende wijzigingen door te voeren. Zo is in de memorie van toelichting een inhoudsopgave opgenomen en is de indeling van de toelichting gewijzigd. Tevens zijn bij gelegenheid en naar aanleiding van de herijking van de uitvoeringstoets een aantal technische aanpassingen gedaan in de artikelen met betrekking tot het wensouderverlof. Verder zijn in het wetsvoorstel (aanvullende) technische aanpassingen opgenomen met betrekking tot de Participatiewet. Deze wijzigingen strekken ertoe dat de door de wensouders en de draagmoeder overeengekomen tegemoetkoming voor draagmoederschap niet wordt gerekend tot de middelen waarover de alleenstaande of het gezin beschikt of redelijkerwijs kan beschikken. Ook is voorzien in een wijziging van de Wet BRP, zodat een kind dat is geboren nadat de rechter een verzoek tot toekenning van ouderschap na draagmoederschap heeft toegewezen, vanaf de geboorte kan worden ingeschreven op het adres van de wensouder(s). Verder is een zuiver technische wijziging van de Wet lidmaatschap koninklijk huis opgenomen die bewerkstelligt dat de vernummering van de leden van artikel 5 van Boek 1 BW ook doorwerkt in de verwijzing naar die leden in artikel 9 van de Wet lidmaatschap koninklijk huis. Tevens is een wijziging van de Wet IB opgenomen, zodat de tegemoetkoming draagmoederschap niet in de heffing van inkomstenbelasting wordt betrokken. Ten slotte zijn enkele samenloopbepalingen toegevoegd.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

*De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind.*



Advies Raad van State

No. W16.20.0469/II
's-Gravenhage, 2 juni 2021

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 15 december 2020, no. 2020002588, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet 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), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel introduceert eerst en vooral een regeling voor toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland en een regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland. Blijkens de toelichting is het doel van deze regelingen het bieden van een betere bescherming van het kind, de draagmoeder en de wensouders. In samenhang hiermee worden ook het wensouderschapsverlof en enige strafbaarstellingen voorgesteld. Daarnaast beoogt het wetsvoorstel het recht op afstammingsinformatie te versterken, de mogelijkheden tot beëindiging van het ouderschap te verruimen, de termijnen voor de ontkenning van het ouderschap of de vernietiging van de erkenning te schrappen, en de bescherming van minderjarige ouders te versterken.

De Afdeling is van oordeel dat het wetsvoorstel nader dient te worden overwogen. In de eerste plaats adviseert de Afdeling daartoe om de onderdelen die niet het draagmoederschap betreffen maar gaan over afstammingsinformatie en ouderschap in meer algemene zin, in het belang van wetgevingskwaliteit af te splitsen van het voorstel. Over het voorstel tot regulering van draagmoederschap adviseert de Afdeling in de toelichting een duidelijk en volledig beeld te schetsen van de aard en omvang van de juridische en maatschappelijke problematiek, evenals van de mogelijke (voortdurende) risico's en (neven)effecten van de voorgestelde regelingen voor draagmoederschap. Dat is nodig om de vele afwegingen die met deze regeling gepaard gaan goed te kunnen maken. In dat verband verdient de verhouding van dit voorstel tot het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie bijzondere aandacht.

Verder dient de wetgever, mede in het licht van de toepasselijke grondrechten, te voorzien in toereikende waarborgen voor de direct betrokkenen bij draagmoederschap. Dat betreft in elk geval waarborgen om te verzekeren dat

- (i) het belang van het kind een eerste overweging vormt en mede met het oog daarop voorkomen wordt dat het kind 'tussen wal en schip terechtkomt' en
- (ii) de (potentiële) draagmoeder wordt beschermd tegen ongeoorloofde druk voorafgaand aan en tijdens een zwangerschap, evenals bij de afstand van het kind.

Tegen die achtergrond plaatst de Afdeling diverse kanttekeningen bij de voorgestelde regelingen ten aanzien van binnenlands en buitenlands draagmoederschap. Ook maakt de Afdeling opmerkingen over de draagmoederschapsovereenkomst en de voorgestelde strafbaarstellingen.

Daarnaast is met de voorgestelde regeling voor een afstammingsregister niet voldaan aan de vereisten van artikel 10 van de Grondwet. Het wetsvoorstel werkt de wezenlijke onderdelen van deze regeling niet uit en een nadere toelichting daarop ontbreekt. Ook de andere voorgestelde regelingen die niet zien op draagmoederschap en het wensouderschapsverlof zijn onvoldoende uitgewerkt en roepen verschillende vragen op.

Leeswijzer

Dit advies bestaat uit twee delen. In deel I gaat de Afdeling kort in op de inhoud van het wetsvoorstel (punt 1). Vervolgens schetst de Afdeling de context waarin de regeling met betrekking tot draagmoederschap – het centrale onderdeel van het voorstel – moet worden geplaatst (punt 2). In dat verband wordt ingegaan op de gebruikte terminologie (onderdeel a), het (wetgevings)beleid van de afgelopen 30 jaar (onderdeel b), het huidige juridisch kader ten aanzien van draagmoederschap (onderdeel c), de praktijk omtrent binnenlands- en buitenlands draagmoederschap (onderdeel d), regulering in andere landen (onderdeel e), en vervolgens de directe aanleiding voor de voorgestelde regeling (onderdeel f).

In deel II gaat de Afdeling over tot een beoordeling van het wetsvoorstel. In dat verband maakt zij eerst opmerkingen over de reikwijdte (punt 3) en de probleemanalyse van het wetsvoorstel (punt 4). Voorts beschouwt de Afdeling het wetsvoorstel tegen de achtergrond van de kaders die het Europese



recht (EVRM en Unierecht) biedt voor de regulering van draagmoederschap (punt 5). Vervolgens richt zij zich op enkele afzonderlijke aspecten van de regelingen ten aanzien van draagmoederschap (punt 6). In het licht van de grondrechten die moeten worden geëerbiedigd, formuleert de Afdeling waarborgen waarin een wettelijke regeling voor draagmoederschap zou moeten voorzien. Tegen die achtergrond maakt de Afdeling enkele opmerkingen over de voorgestelde regelingen voor binnenlands en buitenlands draagmoederschap (onderdeel a). Daarna gaat zij in op de draagmoederschaps-overeenkomst (onderdeel b) en de voorgestelde strafbaarstellingen (onderdeel c).

De Afdeling maakt verder enkele opmerkingen over de regeling omtrent het recht op afstammingsinformatie (punt 7). Tot slot komen de regelingen ten aanzien van de beëindiging van het ouderschap (punt 8), de afschaffing van de bestaande termijnen voor de ontkenning van het ouderschap en vernietiging van de erkenning (punt 9) en de bescherming van minderjarige ouders (punt 10) aan bod.

DEEL I – INHOUD EN CONTEXT VAN HET WETSVORSTEL

1. Inhoud van het wetsvoorstel

Het voorstel bestaat enerzijds uit regelingen die specifiek betrekking hebben op draagmoederschap (onderdeel a) en anderzijds uit enkele regelingen die zien op afstammingsinformatie en ouderschap in meer algemene zin (onderdelen b-e).

a. Voorgestelde regelingen m.b.t. draagmoederschap

Het wetsvoorstel biedt zowel een regeling voor toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland als een separate regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland. Volgens de toelichting moeten de regelingen ten aanzien van draagmoederschap zoveel mogelijk al vóór de conceptie waarborgen dat het traject van draagmoederschap zorgvuldig en transparant verloopt en dat rechtszekerheid wordt geboden aan alle betrokkenen.¹

De kern van de regeling voor draagmoederschap binnen Nederland is dat het draagmoederschapstraject al vóór de conceptie wordt getoetst door de rechter.² Deze toetst aan voorwaarden die enerzijds zien op de belangen van het kind en anderzijds op de belangen van de draagmoeder en de wensouders. In dat verband wordt onder meer bezien of de draagmoederschaps-overeenkomst enkele verplichte aspecten regelt.³ Indien de rechter besluit het ouderschap na draagmoederschap toe te kennen aan de wensouders, oefenen zij vanaf de geboorte het (gezamenlijk) gezag uit over het kind. Zij komen na de geboorteaangifte op de geboorteakte te staan als de ouders van het kind,⁴ terwijl de draagmoeder wordt vermeld als vrouw uit wie het kind is geboren.⁵ Onder bepaalde omstandigheden hebben zowel de draagmoeder als de wensouders de mogelijkheid om de rechter te verzoeken de gerechtelijke toekenning van het ouderschap te herroepen. Daarvoor is uiterlijk zes weken na de geboorte een gang naar de rechter nodig.⁶

De voorgestelde regeling voor eenvoudige erkenning van buitenlandse beslissingen na draagmoederschap beoogt wensouders te stimuleren gebruik te maken van draagmoeders in landen die voldoen aan bepaalde basisvoorwaarden.⁷ Voorwaarden voor deze erkenning zijn, onder meer, dat gegevens over de afstamming van het kind beschikbaar zijn voor opname in een register en een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de buitenlandse geboorteakte van een kind dat geboren is uit draagmoederschap.

Het wetsvoorstel bevat tevens enkele strafbaarstellingen om binnenlands en buitenlands draagmoederschap te reguleren. Zowel betalingen voor de overdracht van ouderschap als onkostenvergoedingen voor het draagmoederschap die bij algemene maatregel van bestuur bepaalde maxima te boven gaan, worden strafbaar gesteld.⁸ Daarnaast wordt het bemiddelingsverbod dat nu bestaat, versoepeld.⁹

Ook regelt het wetsvoorstel dat de wensouders die werknemer of gelijkgestelde zijn, recht hebben op

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

² Voorgesteld artikel 1:214–1:215 BW; Memorie van toelichting, paragraaf 4.5, en artikelsgewijze toelichting op voorgesteld artikel 1:214–1:215 BW.

³ Voorgesteld artikel 1:216 BW en de artikelsgewijze toelichting op die bepaling.

⁴ Voorgestelde wijziging van artikel 1:20 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 4.6.

⁵ Voorgestelde wijziging van artikel 1:22 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 4.6.

⁶ Voorgestelde wijziging van artikel 1:219 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 4.7.

⁷ Voorgesteld artikel 10:101a BW en Memorie van toelichting, paragraaf 4.8.

⁸ Respectievelijk voorgesteld artikel 151d Sr voorgesteld artikel 442b Sr; Memorie van toelichting, paragraaf 5.1, 5.3 en 5.4.

⁹ Voorgesteld artikel 151b, vierde lid, Sr en Memorie van toelichting, paragraaf 5.5.



verlof dat zesmaal de wekelijkse arbeidsduur bedraagt.¹⁰ Wensouders die werknemer zijn, zullen daarnaast expliciet worden vermeld als rechthebbenden op calamiteiten- en ander kort verzuimverlof wegens zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden, zoals de bevalling van de draagmoeder.¹¹

b. Versterking van het recht op afstammingsinformatie

Het wetsvoorstel bevat een verplichting voor ouders en andere personen met gezag om kinderen afstammingsvoorlichting te geven.¹² Volgens de toelichting ziet dergelijke voorlichting in ieder geval op gegevens over de genetische ouders van het kind en de eventueel niet-genetisch verwante geboortemoeder, waaronder persoonsidentificerende gegevens, medische gegevens en gegevens die een beeld geven van de persoon van de betrokkene. Wanneer van een donor gebruik is gemaakt, betreft het ook informatie over eventuele genetische broers en zussen. Verder betreft het informatie over instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend.¹³

Daarnaast bevat het wetsvoorstel een algemene grondslag voor een register waarin in ieder geval gegevens met betrekking tot draagmoederschap worden opgeslagen.¹⁴ Naast gegevens over de biologische afstamming, worden bijvoorbeeld ook de beschikking van de rechter en de draagmoederschapsovereenkomst opgenomen. Uit de toelichting blijkt verder dat uiteindelijk wordt beoogd om aan (alle) kinderen met vragen over hun afstamming een centrale toegang te geven tot biologische en genetische gegevens, ongeacht de wijze waarop de afstammingsrelatie tot stand is gekomen.

c. Verruiming mogelijkheden beëindiging ouderschap

Het wetsvoorstel creëert een algemene grondslag voor de beëindiging van ouderschap op verzoek van een meerderjarig kind.¹⁵ Volgens het voorstel kan een verzoek slechts worden ingewilligd, indien de beëindiging in het kennelijk belang van het kind is en de rechtbank van de redelijkheid van de beëindiging in gemoede overtuigd is.

d. Vervallen van termijnen voor ontkenning of vernietiging erkenning ouderschap

Voorgesteld wordt om de bestaande termijnen voor de ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning te laten vervallen. De toelichting vermeldt dat de huidige regelingen voor het tenietgaan van ouderschap knellen en dat de thans gehanteerde termijnen niet in lijn zijn met de vereisten van artikel 8 EVRM.¹⁶

e. Versterking bescherming minderjarige ouders

Tot slot wordt geregeld dat voor erkenning of toestemming voor erkenning van een kind tijdens de minderjarigheid van de ouder of aspirant-erkenner eerst om toestemming van de rechter moet worden verzocht. Een verzoek hiertoe is mogelijk vanaf het bereiken van de leeftijd van 16 jaar.¹⁷ 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.¹⁸

2. Context van de regeling met betrekking tot draagmoederschap

a. Terminologie

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*. Als zodanig is het vóór de conceptie de bedoeling te bewerkstelligen dat familierechtelijke betrekkingen worden gevestigd tussen het kind en de wensouders. Van draagmoederschap is derhalve geen sprake als een vrouw zwanger wordt en tijdens de zwangerschap of na de geboorte besluit tot afstand van het kind.¹⁹

¹⁰ Zie met name voorgesteld artikel 3:2a Wet arbeid en zorg; en Memorie van toelichting, paragraaf 6.2.

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 6.2.

¹² Voorgesteld artikel 1:247 en artikel 1:248 BW. Nu is voor erkenning en toestemming tot erkenning door 16- en 17-jarigen geen toestemming van de rechter nodig.

¹³ Memorie van toelichting, paragraaf 6.1.

¹⁴ Voorgesteld artikel 1:199a BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.1.

¹⁵ Voorgesteld artikel 1:222 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.

¹⁶ Voorgestelde wijzigingen van artikel 1:200, 201, 202a, 205 en 231 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.

¹⁷ Voorgestelde wijziging van artikel 1:204 BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.3.

¹⁸ Voorgesteld artikel 1:253ha BW en Memorie van toelichting, paragraaf 6.3.

¹⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.



Er zijn verschillende vormen van draagmoederschap. Bij *traditioneel of laagtechnologisch draagmoederschap* wordt de draagmoeder geïnsemineerd met het semen van de wensvader of een donor. Ook kan de zwangerschap langs natuurlijke weg worden bewerkstelligd. De draagmoeder is dan zwanger van een genetisch eigen kind, waarvan zij na de geboorte afstand doet ten faveure van de wensouders. Bij *IVF- of hoogtechnologisch draagmoederschap* wordt een embryo dat ontstaan is door IVF, bij de draagmoeder ingebracht. Dat embryo kan genetisch geheel, ten dele of niet verwant zijn aan de wensouders. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland geldt het vereiste dat het genetisch materiaal afkomstig is van beide wensouders. Dat is door de medische beroepsgroep zo bepaald. Het VUmc is het enige ziekenhuis waar IVF-draagmoederschap plaatsvindt.²⁰ Het betreft voor alle betrokkenen een complexe en ingrijpende behandeling.

*b. (Wetgevings)beleid t.a.v. draagmoederschap door de jaren heen*²¹

De afgelopen 30 jaar hebben opeenvolgende kabinetten ten aanzien van draagmoederschap een consistent (ontmoedigings)beleid gevoerd.

i. Eerste kabinetsstandpunt

In 1988 werd voor het eerst een kabinetsstandpunt ingenomen over draagmoederschap en IVF.²² Hoewel er op dat moment nog geen onderzoeksgegevens bestonden over de psychosociale en lange termijn gevolgen van draagmoederschap, werden onder meer als mogelijke risico's genoemd: emotionele problemen voor de draagmoeder, identiteitsproblemen voor het kind en het risico dat het kind tussen wal en schip valt indien wensouders vóór de geboorte terugkomen op hun intentie. Deze risico's leidden het kabinet destijds tot het standpunt dat draagmoederschap een ongewenst verschijnsel was. Het kabinet kondigde tevens aan bemiddeling omtrent draagmoederschap strafbaar te zullen stellen.²³

ii. Strafbaarstelling en ideëel IVF-draagmoederschap

Die strafbaarstelling kwam begin jaren '90 tot stand.²⁴ Bij de totstandkoming daarvan werd ingegaan op de vraag of de mogelijkheden voor adoptie door wensouders zouden moeten worden verruimd. Volgens het kabinet paste dit echter niet bij het streven om draagmoederschap te ontmoedigen.²⁵ Ook toen kinderrechtshouders bij de Tweede Kamer aandacht vroegen voor de wijze waarop gezag werd overgedragen bij draagmoederschap, werd hierop terughoudend gereageerd. Een wettelijke regeling zou draagmoederschap kunnen bevorderen, hetgeen onwenselijk werd geacht.²⁶ In 1997 gaf de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) wel toestemming voor ideëel IVF-draagmoederschap in het kader van onderzoek.

iii. Berichten over misstanden

In 2008 verscheen in de Nederlandse pers een reeks verontrustende berichten over illegale praktijken rondom draagmoederschap. Zo werd bericht over Nederlandse draagmoeders die grof geld verdienen met het illegaal afstaan van kinderen en een Nederlands echtpaar dat een Belgische baby kocht. Ook verschenen berichten over Nederlanders die met gebruikmaking van een Amerikaans bemiddelingsbureau à raison de \$ 150.000,- via een draagmoeder naar Amerikaans recht ouder werden van een kind, terwijl onbekend was wie de genetische moeder is.²⁷

iv. WODC-onderzoek

In reactie op de hiervoor genoemde berichten herhaalde de Minister van Justitie dat het Nederlandse beleid gericht is op het voorkomen van commercieel draagmoederschap. Tevens kondigde hij een onderzoek aan naar de aard en omvang van commercieel draagmoederschap en illegale opnemingen van kinderen, zodat inzichtelijk wordt wat zich afspeelt op dit terrein in landen waar meer mogelijk is dan in Nederland en wat de gevolgen hiervan zijn bij terugkeer van de wensouders in Nederland.²⁸

²⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 2.

²¹ Voor een uitgebreidere beschouwing, zie Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17, 33 836, nr. 18, paragraaf 8.6.

²² Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2, p. 30 e.v.

²³ Idem.

²⁴ Artikelen 151b en 151c Sr.

²⁵ Kamerstukken II 1990/91, 21 968, nr. 5, p. 8.

²⁶ Aanhangsel Handelingen II 1994/95, nr. 622.

²⁷ Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30, p. 1.

²⁸ Idem, p. 2.



Het resultaat van dat onderzoek, dat in opdracht van het WODC werd uitgevoerd door onderzoekers van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, verscheen in 2011.²⁹ Het bleek voor de onderzoekers moeilijk vast te stellen op welke schaal draagmoederschap in Nederland plaatsvindt.³⁰ Wel werd onder andere geconcludeerd dat het Nederlandse recht ten aanzien van draagmoederschap wordt gekenmerkt door rechtsonzekerheid. Die wordt enerzijds veroorzaakt door een consistent ontmoedigingsbeleid dat ook in het strafrecht vorm heeft gekregen, terwijl er anderzijds voor een beperkte groep wel mogelijkheden bestaan om via draagmoederschap een gezin te stichten, zonder dat daar rekening mee is gehouden in het afstammings- of adoptierecht. De onderzoekers brachten vervolgens enkele (juridische) onduidelijkheden in kaart.

In december 2011 presenteerde de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een voorstel voor nieuw beleid ten aanzien van buitenlands draagmoederschap. Ook werd betere voorlichting over de bestaande regels voor draagmoederschap aangekondigd.³¹ Pas in februari 2015 werd dit beleid besproken met de Tweede Kamer.³² Tot een aangepaste wettelijke regeling kwam het op dat moment evenwel niet, aangezien men in afwachting was van de bevindingen van de in 2014 ingestelde Staatscommissie Herijking ouderschap.³³

v. Staatscommissie Herijking ouderschap

Tegen de achtergrond van maatschappelijke en medisch-technologische ontwikkelingen, kreeg de Staatscommissie Herijking ouderschap als opdracht de regering te adviseren over de wenselijkheid van een wijziging van de bestaande regelingen over het ontstaan van juridisch ouderschap en de invoering van een wettelijke regeling voor meerouderschap en meeroudergezag. Ook werd de Staatscommissie gevraagd te adviseren over de wenselijkheid van een specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap.³⁴

In december 2016 bracht zij onder voorzitterschap van de heer A. Wolfsen haar rapport 'Kind en ouders in de 21^e eeuw' uit. Daarin ging de Staatscommissie onder meer in op maatschappelijke ontwikkelingen omtrent nieuwe gezinsvormen. De geschetste ontwikkelingen betroffen evenwel niet het draagmoederschap.³⁵ Tegen de achtergrond van maatschappelijke en medische ontwikkelingen, ethische vragen en pedagogische gezichtspunten daaromtrent,³⁶ analyseerde de Staatscommissie vervolgens de juridische aspecten van ouderschap, gezag en draagmoederschap.³⁷ Deze analyse leidde tot 68 aanbevelingen.³⁸ De belangrijkste van deze aanbevelingen zien op meerouderschap en meeroudergezag (van maximaal 4 personen). Daarnaast zijn aanbevelingen gedaan over het draagmoederschap. Deze vormen de aanleiding voor het voorliggende wetsvoorstel (zie punt 2f hierna).

vi. Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie

Tot slot kan worden gewezen op het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, dat onder voorzitterschap van de heer T. Joustra in februari 2021 werd uitgebracht. De Commissie wees daarin op de transformatie van het adoptiesysteem in de richting van commercieel draagmoederschap.³⁹ Hoewel draagmoederschap strikt genomen buiten de taakomschrijving van de Commissie viel, vond zij het vanwege de parallellen met interlandelijke adoptie toch geëigend om hier kort op in te gaan.

Volgens de Commissie zijn wetgeving en toezicht bij commercieel draagmoederschap – evenals bij interlandelijke adoptie – onvoldoende geregeld. Mede daardoor wees de Commissie op financiële uitwassen en maatschappelijke en politieke druk die een systeem creëren waarin het belang van het kind ondergeschikt is.⁴⁰ De Commissie pleitte ervoor om de lessen uit het onderzoek naar de adoptie-misstanden ook in deze context ter harte te nemen.⁴¹

²⁹ K. Boele-Woelki e.a., Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen, WODC 2011.

³⁰ Idem, p. 88.

³¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 4.

³² Kamerstukken II 2014/15, 28 638, nr. 131.

³³ De Staatscommissie werd ingesteld naar aanleiding van de Motie Quick-Schuijt c.s., die tijdens de behandeling van een wetsvoorstel over lesbisch ouderschap in de Eerste Kamer werd ingediend en verzocht om het instellen van een brede, multidisciplinaire staatscommissie 'familierecht'. Zie Kamerstukken I 2013/14, 33 032/33 514 (R1998), G.

³⁴ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17, 33 836, nr. 18, bijlage VI (instellingsbesluit, artikel 2).

³⁵ Idem, hoofdstuk 3.

³⁶ Idem, hoofdstuk 3–5.

³⁷ Idem, hoofdstuk 6–10.

³⁸ Idem, hoofdstuk 11.

³⁹ Rapport Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, februari 2021, p. 21.

⁴⁰ Idem, p. 22.

⁴¹ Idem, p. 5.



In de beleidsreactie op het rapport van de Commissie, liet de Minister voor Rechtsbescherming weten de aanbeveling van de Commissie om een onafhankelijk landelijk expertisecentrum in te stellen over te nemen.⁴² Tevens werd toegezegd bij de uitwerking van de dienstverlening van dit expertisecentrum vragen rondom afstamming en identiteit van kinderen uit nieuwe gezinsvormen, zoals ten gevolge van draagmoederschap, te betrekken.⁴³

c. Huidig wettelijk kader draagmoederschap

i. Nationaal kader

Het hiervoor geschetste beleid van opeenvolgende kabinetten heeft onder meer geleid tot de afwezigheid van een specifieke regeling voor ouderschap na draagmoederschap. Daarom wordt thans gebruik gemaakt van enkele meer algemene leerstukken uit het familierecht. Naar huidig recht is de vrouw die het kind baart juridisch gezien altijd de moeder van het kind (*mater semper certa est*).⁴⁴ Dat uitgangspunt geldt ongeacht de genetische verwantschap tussen moeder en kind, of de intentie om het kind na de geboorte af te staan aan wensouders. Daarmee wordt de draagmoeder juridisch altijd aangemerkt als de moeder van het kind, zowel bij traditioneel als IVF-draagmoederschap. Als de draagmoeder getrouwd is of een geregistreerd partnerschap heeft, wordt haar partner tevens de juridische ouder van het kind. De juridische overdracht van het gezag kan onder andere plaatsvinden via beëindiging van het gezag van deze ouders (een kindbeschermingsmaatregel) met voogdij door de wensouders. De Raad voor de Kinderbescherming doet dan het verzoek. Na de overgang van het gezag vindt adoptie van het kind door de wensouder(s) plaats.⁴⁵

Ook het Nederlandse internationaal privaatrecht kent 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.⁴⁶

Met het oog op het tegengaan van commercieel draagmoederschap, kent de Nederlandse strafwetgeving wel enkele bepalingen die zijn toegesneden op draagmoederschap. Het betreft de artikelen 151b en 151c van het Wetboek van Strafrecht. Gedragingen die vraag en aanbod van (commercieel) draagmoederschap bevorderen, zoals het bemiddelen en adverteren daarvoor, zijn daarin strafbaar gesteld. Het zijn van draagmoeder is niet strafbaar.

Daarnaast kent het strafrecht een aantal algemene strafbaarstellingen die het mogelijk maken om illegale praktijken rond draagmoederschap aan te pakken. Onder meer artikel 225 (valsheid in geschrifte), artikel 236 (statusverduistering), en artikel 442a van het Wetboek van Strafrecht (opname kind jonger dan zes maanden in gezin zonder toestemming Raad voor de Kinderbescherming). Ook artikel 28 van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie kan in dit verband worden genoemd (opneming buitenlands kind ter adoptie zonder beginseltoestemming van de Nederlandse Centrale autoriteit). Opmerking verdient dat er op alle bovenstaande punten geen handhavingsprioriteit bestaat.

ii. Internationaal- en Europeesrechtelijk kader

Op het internationale niveau bestaat geen kader voor de regulering van draagmoederschap, hoewel de mogelijkheden daartoe wel worden verkend binnen de context van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. De totstandkoming van een mondiaal verdrag in dit verband is echter niet op korte termijn te verwachten.⁴⁷

Bij de (nationale) regulering van draagmoederschap moet wel met verschillende rechten en belangen uit het internationale en Europese recht rekening worden gehouden. Vanuit grondrechtelijk perspectief gaat het ten eerste om de rechten en de belangen van het kind, die onder meer in het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) zijn opgenomen. Bij alle maatregelen betreffende kinderen dienen de belangen van het kind een eerste overweging te vormen (artikel 3 IVRK). Een kind dient onmiddellijk na de geboorte te worden ingeschreven en heeft vanaf de geboorte het recht op een naam, het recht

⁴² Kamerstukken II 2021/21, 31 265, nr. 79, p. 2.

⁴³ Idem, p. 3.

⁴⁴ Artikel 1:198 BW.

⁴⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 2.

⁴⁶ Zie artikel 10:100 BW en artikel 10:101 BW.

⁴⁷ Zie S. Rutten, 'Het Haagse project over afstamming en internationaal draagmoederschap; the Parentage/Surrogacy Project', FJR 2019/54. Voor de laatste stand van zaken, zie Hague Conference on Private International Law, The Parentage/Surrogacy Project, dreigt.<<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>>.



een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (artikel 7 IVRK).

Staten zijn daarnaast verplicht om passende maatregelen te nemen ter voorkoming van de verkoop van of van de handel in kinderen (artikel 35 IVRK).⁴⁸ Verder speelt het recht op respect voor het privéleven en familie- en gezinsleven (artikel 16 IVRK en artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) een belangrijke rol bij draagmoederschap. Het recht op het privéleven en familie- en gezinsleven kan niet alleen toekomen aan het kind en de (al dan niet genetische) wensouders, maar ook aan de (al dan niet genetische) draagmoeder. Daarnaast moet met het recht op zelfbeschikking van de draagmoeder rekening worden gehouden (artikel 8 EVRM en artikel 16 VN-Vrouwenverdrag) en kunnen in extreme gevallen verplichtingen omtrent de bestrijding van mensenhandel aan de orde komen (artikel 5 Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel).⁴⁹

Tot dusver heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) slechts enkele zaken behandeld aangaande de erkenning van ouderschap na internationaal draagmoederschap.⁵⁰ Uit deze jurisprudentie is af te leiden dat wanneer buitenlands draagmoederschap volgens de aldaar geldende regels tot stand is gekomen en de wensouders in het buitenland worden beschouwd als de juridische ouders van het kind, de weigering een ouder-kindrelatie bij draagmoederschap juridisch te erkennen, een inmenging is in het recht op respect voor het privéleven van het kind. De weigering het ouderschap te erkennen is in een dergelijke situatie ook een inmenging in het familie- en gezinsleven van de wensouders en het kind. Enige vorm van juridische erkenning van de ouder-kindrelatie is volgens het EHRM nodig om in deze situatie in overeenstemming te kunnen handelen met het recht op respect voor het privéleven van het kind.

Bij het bepalen van de vorm van juridische erkenning (erkenning van het ouderschap, adoptie) hebben verdragsstaten echter een ruime *margin of appreciation*. Staten hebben in beginsel ook een ruime *margin of appreciation* bij de keuze voor het al dan niet toestaan van draagmoederschap. De juridische erkenning van een ouder-kindrelatie vormt daarbij wel een wezenlijk onderdeel van de identiteit van het kind, zodat de *margin of appreciation* van staten op dit punt beperkt is, aldus het EHRM. Het recht op respect voor het familie- en gezinsleven van de wensouders en het kind verplicht volgens het EHRM niet tot enige vorm van erkenning van het ouderschap, als aan het gezinsleven ook zonder die erkenning feitelijk invulling kan worden gegeven. Waar het in de kern om gaat, is dat de belangen van het kind met betrekking tot onder meer nationaliteit, erfrecht en naam gewaarborgd zijn.

Naast het internationaal en Europees grondrechtelijk kader, vormt ook het Unierechtelijke vrij verkeer van diensten een relevant toetsingskader voor de wettelijke regulering van draagmoederschap.⁵¹ Het moreel gevoelige karakter van draagmoederschap leidt er niet toe dat toepassing van de bepalingen van het vrij verkeer van diensten is uitgesloten.⁵² Draagmoederschap zou als een dienst in de zin van artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) kunnen worden aangemerkt als daar een vergoeding tegenover wordt gesteld. Indien afspraken worden gemaakt over bijvoorbeeld de vergoeding van gedeelde inkomsten, kan het substantiële bedragen betreffen. De te ontvangen vergoedingen zouden zo een economische tegenprestatie kunnen vormen, zodat gesproken kan worden van dienstverlening. Beperkingen van het vrij verkeer van diensten dienen te worden gerechtvaardigd conform de voorwaarden die daaraan worden gesteld in het Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ).

d. Draagmoederschap in de praktijk

i. Draagmoederschap in Nederland

Mede als gevolg van het hiervoor genoemde (ontmoedigings)beleid is draagmoederschap binnen

⁴⁸ Zie ook het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK, *Trb.* 2001, 36.

⁴⁹ Zie ook de grondrechtelijke analyse van de Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 1.1-1.3 en 8.2.

⁵⁰ EHRM 26 juni 2014, *Mennesson t. Frankrijk*, appl. no. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211; EHRM 26 juni 2014, *Labassee t. Frankrijk*, appl. no. 65192/11, EHRM 24 januari 2017, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, appl. no. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812; *Labassee t. Frankrijk*, 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*, request no. P16-2018-001; en EHRM 16 juli 2020, *D. t. Frankrijk*, appl. no. 11288/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818.

⁵¹ N. Koffeman, *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan het Europees recht*, Universiteit Leiden 2016.

⁵² Vgl. HvJ 4 oktober 1991, *Grogan*, C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378 (over abortus) en HvJ 20 november 2001, *Jany*, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (over prostitutie). De verkoop van softdrugs, daarentegen, valt niet onder de toepassing van de vrijeverkeersbepalingen, omdat het vanuit het Unierecht gezien gaat om illegale goederen. Zie HvJ 16 december 2010, *Josemans*, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774.

Nederland een vrij beperkt verschijnsel. Er zijn echter geen betrouwbare gegevens over het exacte aantal keren dat draagmoederschap jaarlijks voorkomt. Het centrum voor IVF-draagmoederschap aan het VUmc – het enige instituut in Nederland dat dergelijke trajecten uitvoert – neemt jaarlijks tien paren in behandeling. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat dergelijke behandeltrajecten langdurig zijn en niet in alle gevallen tot de geboorte van een kind leiden. Op het aantal keren dat traditioneel draagmoederschap voorkomt, is minder zicht. Het vermoeden bestaat dat een deel van de draagmoederschapsconstructies buiten het zicht van (overheids)instanties zoals de Raad voor de Kinderbescherming om plaatsvindt.⁵³ Naar schatting gaat het in Nederland om enkele tientallen gevallen op jaarbasis.⁵⁴

Door het ontbreken van een specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap, bestaat momenteel rechtsonzekerheid na de geboorte van het kind. Weliswaar staat bij de geboorte vast wie de juridische ouder(s) van het kind is of zijn, maar dat is niet de door de wensouders beoogde situatie. Datzelfde geldt voor de geslachtsnaam van het kind en in sommige gevallen ook voor de nationaliteit van het kind. Die onzekerheid maakt ook dat degenen die het kind zullen verzorgen en opvoeden, in de meeste gevallen (nog) niet degenen zijn die de belangrijke beslissingen over het kind mogen nemen.⁵⁵

Daarnaast zijn de draagmoeder en de wensouders gedurende het proces sterk afhankelijk van elkaar en van een oordeel van de Raad voor de Kinderbescherming en de rechter. 'Als één van de betrokkenen zich terugtrekt of van oordeel is dat het traject niet in het belang van het kind is, zijn de uitkomsten van het traject ongewis'.⁵⁶ Ook het ontbreken van een duidelijke regeling ten aanzien van de aard en hoogte van toegestane vergoedingen aan de draagmoeder, vergroot de kans op oneigenlijke druk of zelfs uitbuiting van de draagmoeder.⁵⁷

ii. Draagmoederschap in het buitenland

Er zijn aanwijzingen dat het gebruik van draagmoederschap wereldwijd toeneemt.⁵⁸ Ook wensouders uit Nederland maken in sommige gevallen gebruik van een draagmoeder in het buitenland, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten (Californië) of Oekraïne. Wanneer zij met het kind in Nederland willen wonen, rijst de vraag of het ouderschap dat is ontstaan in het buitenland ook in Nederland wordt erkend. Doordat in sommige landen standaard gebruik wordt gemaakt van anonieme zaadcel- of eiceldonoren, bestaat de kans dat het kind nooit kan achterhalen wie zijn biologische ouders zijn. Minimale waarborgen voor de positie van draagmoeder en kind zijn door de Nederlandse rechter niet te controleren. Het komt dan ook voor dat wensouders zich bij de Nederlandse autoriteiten melden met een kind dat volgens het recht van het land van geboorte inmiddels het kind van de wensouders is, zonder dat Nederland bereid is om dit buitenlands juridisch ouderschap te erkennen. Dat kan tot onwenselijke situaties leiden, waarbij in het meest ongunstige geval zelfs staatloosheid voor het kind dreigt.⁵⁹

e. Regulering van draagmoederschap in andere landen

In andere landen wordt zeer verschillend omgegaan met draagmoederschap. Uit een rechtsvergelijkend onderzoek van de Staatscommissie Herijking ouderschap blijkt dat er grofweg drie mogelijkheden zijn: draagmoederschap wordt gereguleerd (zoals in het Verenigd Koninkrijk), het wordt verboden (zoals praktisch gezien in Frankrijk het geval is, waar draagmoederschapsvereenkomsten zijn verboden) of regulering ontbreekt (zoals in België).⁶⁰ In de meeste staten die partij zijn bij de Raad van Europa zijn draagmoederschapsconstructies impliciet dan wel expliciet verboden. Negen staten staan draagmoederschapsconstructies toe en tien andere staten gedogen deze constructies.⁶¹ In landen (wereldwijd) waar draagmoederschap wel is toegestaan, gaat het in de meeste gevallen enkel om

⁵³ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 4.3.1. Zie ook K. Boele-Woelki e.a., Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen, WODC 2011, p. 88.

⁵⁴ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 4.3.1. Zie ook Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

⁵⁵ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, p. 457.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem, p. 458.

⁵⁸ HCCH, 'A study of legal parentage and the issues from international surrogacy arrangements', Den Haag: 2014, prel. doc. no. 3C, p. 56 e.v.

⁵⁹ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, p. 458. Zie ook Memorie van toelichting, paragraaf 2.5. Voor een schets van rechterlijke uitspraken op het gebied van internationaal draagmoederschap, zie I.J. Pieters, 'Kroniek draagmoederschap', *FJR* 2019/56.

⁶⁰ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 8.7 (Draagmoederschap in andere landen, een blik over de grens). Een (mogelijk verouderd) rechtsvergelijkend onderzoek is ook te vinden in K. Boele-Woelki e.a., Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen, WODC 2011, deel V.

⁶¹ In een advies van het EHRM onder Protocol nr. 16 is een rechtsvergelijking uitgevoerd ten aanzien van 43 staten, zie 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, request no. P16-2018-001, punten 22–24.



altruïstisch draagmoederschap. Een onkostenvergoeding is daarbij mogelijk, maar betaald draagmoederschap *an sich* is dan verboden. In Oekraïne en in de Verenigde Staten (Californië) is commercieel draagmoederschap (inclusief bemiddeling) echter wel toegestaan.

In enkele landen (Griekenland, de Verenigde Staten (Californië) en het Verenigd Koninkrijk) bestaan ook regelingen waarbij voorafgaand, gedurende, ofwel na het draagmoederschapstraject toestemming kan worden verkregen van de rechter om het ouderschap van de wensouders na de geboorte te laten ontstaan. Rechters in die landen toetsen aan voorwaarden die vergelijkbaar zijn met de voorwaarden die in het voorstel zijn opgenomen, maar er bestaan ook verschillen. In Californië, bijvoorbeeld, is een genetische band tussen de wensouder(s) en het kind niet vereist en ook hoeven de wensouders hun gewone verblijfplaats niet in Californië te hebben. In het Verenigd Koninkrijk kan via een *parental order* het ouderschap overgaan op de wensouders. De rechter beoordeelt dan onder meer of toewijzing in het belang van het kind is. Vereist is dat de draagmoeder instemming verleent, maar dat kan zij pas doen zes weken na de geboorte. Er wordt in dat geval een nieuwe geboorteakte opgemaakt. Voor het specifieke geval dat de eicellen van de draagmoeder zijn gebruikt voor de conceptie van het kind, bestaat in Griekenland de mogelijkheid voor de wensmoeder en de draagmoeder om zes maanden na de geboorte van het kind het juridisch ouderschap te laten aanpassen.

f. Aanleiding wetsvoorstel

Uit de toelichting blijkt dat het wetsvoorstel beoogt invulling te geven aan enkele aanbevelingen uit het rapport 'Kind en ouders in de 21^e eeuw' van de Staatscommissie Herijking ouderschap.

Hoewel draagmoederschap in Nederland voorsnog een vrij beperkt verschijnsel lijkt te zijn, acht de Staatscommissie het wenselijk om hiervoor onder strikte voorwaarden een wettelijke regeling in te richten. Door het ontbreken van een wettelijke regeling is er momenteel nauwelijks toezicht op de uitvoering van draagmoederschappen, zo stelt de Staatscommissie. Alleen bij IVF-draagmoederschap wordt het proces binnen Nederland op dit moment gegarandeerd zorgvuldig begeleid. Het gebrek aan toezicht acht de Staatscommissie problematisch gelet op de kwetsbare positie waarin de direct betrokkenen – het kind, de draagmoeder en de wensouders – zich bevinden. Een duidelijke wettelijke regeling zou volgens de Staatscommissie waarborgen en houvast bieden. Met het inrichten van een zorgvuldige binnenlandse regeling zou bovendien een alternatief kunnen worden geboden voor buitenlands draagmoederschap. Dat zijn voor de Staatscommissie de voornaamste redenen om te adviseren om te komen tot een wettelijke regeling voor zowel nationaal als internationaal draagmoederschap.⁶²

Het kabinet heeft de Tweede Kamer bij brief van 12 juli 2019 geïnformeerd over de wens om te komen tot een regeling die onder meer ziet op draagmoederschap en de registratie van gegevens over de ontstaansgeschiedenis.⁶³ Dit wetsvoorstel vormt de uitwerking van die voornemens. Ook de andere regelingen die in dit voorstel zijn opgenomen en betrekking hebben op afstammingsinformatie en ouderschap in meer algemene zin, vloeien voort uit de aanbevelingen van de Staatscommissie.

DEEL II – BEOORDELING VAN HET WETSVOORSTEL

De Afdeling gaat nu over tot een beoordeling van het wetsvoorstel. Tegen de achtergrond van het voorgaande maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

3. Reikwijdte van het voorstel

Het voorstel beoogt primair een regeling te treffen voor draagmoederschap maar omvat ook enkele andere onderwerpen. Het regelt naast draagmoederschap een versterking van het recht op afstammingsinformatie, een verruiming van de mogelijkheden tot beëindiging van het ouderschap, het vervallen van de termijnen voor de ontkenning van het ouderschap en de vernietiging van de erkenning, en een versterking van de bescherming van minderjarige ouders.

Vanwege de omvang evenals de aard en complexiteit van de materie, rechtvaardigt de regulering van draagmoederschap een afzonderlijk wetsvoorstel.⁶⁴ Dat klemmt te meer nu de samenhang tussen deze regeling en de andere onderdelen van het voorstel onduidelijk blijft.⁶⁵ Bovendien zijn de genoemde regelingen op belangrijke onderdelen onvoldoende uitgewerkt, zoals de Afdeling hierna zal uiteenzet-

⁶² Idem, paragraaf 11.4.1. Overigens ziet de Staatscommissie in dat verband geen rol weggelegd voor de Nederlandse overheid om te bevorderen dat meer vrouwen in Nederland bereid zijn om als draagmoeder op te treden.

⁶³ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45.

⁶⁴ Zie ook Aanwijzing 6.4, onderdeel b, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁶⁵ Zie ook Aanwijzing 6.4, onderdeel a, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.



ten (zie punten 7 t/m 10). Deze dienen daarom in een afzonderlijk wetsvoorstel te worden uitgewerkt. Zo kan een goede parlementaire behandeling van de verschillende onderdelen beter worden gewaarborgd en belasten de andere regelingen het voorstel tot regulering van draagmoederschap niet.

De Afdeling adviseert om, in het belang van wetgevingskwaliteit, de andere regelingen af te splitsen van het voorstel tot regulering van draagmoederschap.⁶⁶ Evenwel wijdt de Afdeling in dit advies diverse inhoudelijke adviesopmerkingen aan de genoemde andere regelingen die van belang zijn bij de nadere uitwerking van en toelichting op die regelingen. Ook wanneer deze regelingen worden afgesplitst en in afzonderlijke wetsvoorstellen nader worden uitgewerkt, ziet de Afdeling een reactie op die punten graag tegemoet.⁶⁷

4. Probleemanalyse

Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in punt 2b is uiteengezet, vormt de voorgestelde regeling ten aanzien van draagmoederschap een belangrijke omslag in het Nederlandse (wetgevings)beleid. Waar opeenvolgende kabinetten er de afgelopen 30 jaar bewust voor kozen geen specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap te creëren en deze keuze gesteund werd door het parlement, beoogt het voorliggende wetsvoorstel een dergelijke regeling nu wel in te richten. Het kabinet volgt daarmee de aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap op.⁶⁸

Het kabinet acht het voor de bescherming van de betrokken kinderen en in het belang van de andere betrokkenen noodzakelijk om het (familie)recht zo goed mogelijk te laten aansluiten op de maatschappelijke werkelijkheid.⁶⁹ Blijkens de toelichting is het doel van de voorgestelde regelingen dan ook het bieden van een betere bescherming van het kind, de draagmoeder en de wensouders. Hoewel niet wordt beoogd om draagmoederschap *an sich* te bevorderen of te ontmoedigen, beoogt de regeling wel om wensouders te stimuleren gebruik te maken van het met waarborgen omkleed draagmoederschap in Nederland. Erkend wordt evenwel dat de vraag naar buitenlands draagmoederschap waarschijnlijk zal blijven.⁷⁰

Volgens de toelichting is de inschatting op basis van signalen uit de praktijk dat in Nederland slechts enkele tientallen keren per jaar gebruik wordt gemaakt van (binnenlandse en buitenlandse) draagmoederschapsconstructies. Betrouwbare gegevens in dit verband ontbreken echter, zo stelt de toelichting, omdat er op dit moment voor wensouders niet één standaardroute naar ouderschap bestaat.⁷¹ De toelichting wijst vervolgens terecht op de (mogelijke) rechtsonzekerheid en risico's die de huidige praktijk van draagmoederschap met zich brengt.⁷² Mede door het gebrek aan inzicht in bovengenoemde gegevens, blijft echter onduidelijk in hoeverre en daarnaast welke juridische en maatschappelijke problemen zich precies in de praktijk manifesteren.

Evenals het kabinet acht de Afdeling het van belang dat de voorgestelde regeling op zorgvuldige wijze aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid. De toelichting dient om die reden wel beter inzicht te bieden in die werkelijkheid, met inbegrip van de risico's die zich met een wettelijke regeling als voorgesteld kunnen blijven voordoen en de mogelijke (neven)effecten van deze regeling. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de aanzuigende werking die het voorstel in zijn huidige vorm zou kunnen veroorzaken. De toelichting gaat op de mogelijke gevolgen en risico's echter niet in. De Staatscommissie herijking ouderschap is hierop evenmin ingegaan. Voor de te maken afwegingen in dit verband is een compleet beeld van de maatschappelijke werkelijkheid in dit opzicht van groot belang.

In dit verband merkt de Afdeling ook op dat de toelichting tevens aandacht dient te besteden aan het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie. Daarin wordt er onder meer voor gepleit de lessen uit het onderzoek naar de adoptiemisstanden ook in de context van draagmoederschap ter harte te nemen.⁷³ De bevindingen en aanbevelingen van de Commissie plaatsen de voorgestelde regeling voor draagmoederschap in een ander perspectief.⁷⁴ Dat is in het bijzonder relevant nu het kabinet naar aanleiding van het rapport heeft besloten interlandelijke adopties op te schorten. Een dragende motivering voor een complexe en ingrijpende regeling als deze, waarin aandacht uitgaat naar de risico's op mogelijke misstanden, klemmt in dat verband temeer.

⁶⁶ Zie in dit verband ook eerdere adviezen van de Afdeling, bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, 35 572, nr. 16 (punt 5).

⁶⁷ Zie nr. 41 van het Draaiboek voor de regelgeving.

⁶⁸ Zie ook Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

⁶⁹ Idem, paragraaf 2.3.

⁷⁰ Idem, paragraaf 4.1.

⁷¹ Idem, paragraaf 2.3.

⁷² Idem, paragraaf 2.5.

⁷³ Rapport Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, februari 2021, p. 5.

⁷⁴ Zie idem, p. 22.



Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting een duidelijk en volledig beeld te schetsen van de aard en omvang van de juridische en maatschappelijke problematiek ten aanzien van draagmoederschap, evenals de mogelijke (voortdurende) risico's en (neven)effecten van de voorgestelde regeling.⁷⁵ In dat verband verdient de verhouding van dit voorstel tot het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie bijzondere aandacht.

5. Internationaal- en Europeesrechtelijke aspecten

a. Grondrechtelijke aspecten

In de context van draagmoederschap spelen diverse rechten en belangen van het kind, de draagmoeder en de wensouders. Deze zijn ten dele in de rechtspraak van het EHRM naar voren gebracht (zie hierover punt 2c, onder ii). In de toelichting zouden met het oog op de te verrichten afwegingen de grondrechtelijke posities van de verschillende actoren zorgvuldig in kaart moeten worden gebracht. Onder meer moet duidelijk worden in welke situaties nu precies sprake is van een beschermwaardig privéleven of familie- en gezinsleven van de draagmoeder of wensouder(s), die genetisch verwant kunnen zijn aan het kind. Een voldoende diepgaande grondrechtelijke analyse ontbreekt echter. De toelichting gaat alleen op hoofdlijnen in op de grondrechtelijke aspecten die in het algemeen zijn verbonden aan draagmoederschap.⁷⁶

De rechten en belangen van het kind, de draagmoeder en de wensouders kunnen met elkaar conflicteren. In een wettelijke regeling moeten deze daarom met elkaar in evenwicht worden gebracht. Dit wordt weliswaar onderkend door de toelichting, maar niet wordt inzichtelijk gemaakt welke conflicten zich precies kunnen voordoen bij de voorgestelde regelingen, welke concrete afwegingen daarbij zijn gemaakt, en welke algemene belangen daarbij zijn meegewogen. Deze analyse zou echter wel voor elk van de afzonderlijke regelingen van het voorstel moeten worden gemaakt. Het gaat achtereenvolgens om de regelingen aangaande de gerechtelijke procedure voor de toekenning van ouderschap na draagmoederschap in het binnenland, de vereenvoudigde erkenning van buitenlandse beslissingen na draagmoederschap in het buitenland, de eisen aan draagmoederschapsovereenkomsten, en de mogelijkheden voor herroeping van de gerechtelijke toekenning van ouderschap.

Ten gevolge van het ontbreken van de hiervoor genoemde analyse doet zich vervolgens de vraag voor of de verschillende regelingen mede in het licht van de rechtspraak van het EHRM wel voldoende rekening houden met de rechten en belangen van respectievelijk het kind, de draagmoeder en de wensouders. De Afdeling gaat hier in de context van enkele specifieke regelingen nader op in (zie punt 6a).

De Afdeling adviseert, gelet op het voorgaande, om in de toelichting bij de afzonderlijke regelingen aangaande draagmoederschap de grondrechtelijke posities van de betrokken actoren bij draagmoederschap meer systematisch in kaart te brengen, aandacht te besteden aan de conflicten die zich tussen de verschillende rechten en belangen kunnen voordoen, en gelet daarop in te gaan op de afwegingen die bij de wettelijke vormgeving van deze regelingen zijn gemaakt.

b. Verhouding tot het Unierecht

In opdracht van de Staatscommissie Herijking ouderschap is onderzoek gedaan naar de vraag of de kring van personen die gebruik kan maken van een draagmoederschapregeling wettelijk beperkt kan worden om draagmoederschapstoerisme te voorkomen, gelet onder meer op het vrij verkeer van diensten. Ook de Adviescommissie Vreemdelingenzaken (ACVZ) heeft onderzocht op welke wijze het vreemdelingenrecht eraan kan bijdragen dat Nederland geen 'bestemmingsland' wordt voor internationaal draagmoederschap.⁷⁷

In die onderzoeken is geconcludeerd dat het vrij verkeer van diensten van toepassing kan zijn op draagmoederschap, tenzij strenge regelgeving wordt aangenomen over de toegestane vergoeding aan de draagmoeder en daarmee geen sprake meer kan zijn van een economische activiteit in de zin van artikel 57 VWEU. Indien eisen aan de nationaliteit en de verblijfplaats van de draagmoeder of de wensouder(s) worden gesteld, is sprake van een beperking van het vrij verkeer van diensten en is een rechtvaardiging geboden.

⁷⁵ Zie in dit verband Aanwijzing 2.2, 2.3 en 2.9 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁷⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.

⁷⁷ N. Koffeman, *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan het Europees recht*, Universiteit Leiden 2016; ACVZ, *Veranderd ouderschap en migratie: vreemdelingenrechtelijke aspecten van meerouderschap, meerpersoonsgezag en draagmoederschap*, 2019.



In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de verhouding van het wetsvoorstel tot het vrij verkeer van diensten. Daardoor blijft onduidelijk of, naar het oordeel van de regering, bij draagmoederschap sprake is van een vorm van dienstverrichting en, zo ja, of mogelijke beperkingen daarvan kunnen worden gerechtvaardigd.

Indien het standpunt wordt ingenomen dat geen sprake is van dienstverrichting, dient in het bijzonder te worden uitgelegd hoe het voorstel beoogt te voorkomen dat mogelijke onkostenvergoedingen aan de draagmoeder alsnog een economisch karakter aan het draagmoederschap verlenen (zie ook hierna punt 6c).⁷⁸

Indien wordt aangenomen dat sprake is van dienstverrichting, dient nader te worden toegelicht in hoeverre beperkingen daarvan kunnen worden gerechtvaardigd in het licht van de eisen die de Dienstenrichtlijn daaraan stelt.⁷⁹

Het voorstel bepaalt dat de draagmoeder en ten minste één van de wensouders de gewone verblijfplaats in Nederland dienen te hebben en deze naar verwachting gedurende de zwangerschap zullen houden. Ook dient ten minste één van de wensouders de Nederlandse nationaliteit dan wel rechtmatig verblijf in Nederland te hebben op grond van artikel 8, onder b, d of e van de Vreemdelingenwet 2000.⁸⁰ De toelichting stelt daarover enkel dat deze eisen beogen te voorkomen dat de regeling de deuren opent voor vormen van draagmoederschapstoerisme in Nederland.

De Afdeling adviseert, gelet op het voorgaande, in de toelichting aandacht te besteden aan de toepassing van het vrij verkeer van diensten en mogelijke beperkingen daarvan te voorzien van een rechtvaardiging.

6. Regelingen voor binnenlands en buitenlands draagmoederschap

a. Waarborgen voor kind en draagmoeder

Over de wenselijkheid van een fenomeen als draagmoederschap en de rol van de wetgever in dat verband kan verschillend worden gedacht.⁸¹ Indien de wetgever kiest voor regeling van het draagmoederschap dient deze, mede in het licht van de toepasselijke grondrechten, hoe dan ook in toereikende waarborgen voor de direct betrokkenen te voorzien. Naar het oordeel van de Afdeling betreft dat in elk geval waarborgen om te verzekeren dat:

- het belang van het kind een eerste overweging vormt en mede met het oog daarop voorkomen wordt dat het kind tussen wal en schip terechtkomt;
- de (potentiële) draagmoeder wordt beschermd tegen ongeoorloofde druk voorafgaand aan en tijdens een zwangerschap, evenals bij de afstand van het kind.

Tegen die achtergrond plaatst de Afdeling diverse kanttekeningen bij de voorgestelde regelingen ten aanzien van binnenlands en buitenlands draagmoederschap.

i. Regeling voor binnenlands draagmoederschap

De regeling die ziet op binnenlands draagmoederschap beoogt zoveel mogelijk vooraf te waarborgen dat het draagmoederschapstraject zorgvuldig en transparant verloopt en heeft tot doel rechtszekerheid te bieden aan de betrokkenen.⁸² De kern van deze regeling is dat het draagmoederschapstraject vóór de conceptie wordt getoetst door de rechter. Over deze *ex ante* toetsing merkt de Afdeling het volgende op.

Het voorgestelde artikel 1:214, derde lid, BW bepaalt dat de rechtbank het verzoek tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap afwijst indien zij dit niet in het belang van het kind acht. Het verzoek wordt bovendien slechts toegewezen indien de vrije instemming van alle betrokkenen blijkt. Tevens moet aan de reeks met voorwaarden uit het voorgestelde artikel 1:215, eerste lid, BW worden voldaan.⁸³ Het betreft voorwaarden ten aanzien van de wensouders, draagmoeder en hun onderlinge verhouding.

⁷⁸ Een niet-economisch karakter van het draagmoederschap zelf laat overigens onverlet dat draagmoederschapsconstructies gepaard kunnen gaan met andere, bijkomende (medische of juridische) vormen van dienstverrichting als bedoeld in artikel 57 VWEU. Beperkingen van dergelijke diensten behoeven dan mogelijk wel een rechtvaardiging.

⁷⁹ Het relevante toetsingskader betreft hier de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, PbEU 2006, L 376.

⁸⁰ Voorgesteld artikel 1:215, eerste lid, onder j en k, BW.

⁸¹ Dit erkent ook de regering. Zie Memorie van toelichting, paragraaf 7.1, onderdeel a.

⁸² Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

⁸³ Memorie van toelichting, paragraaf 4.5.



De toelichting vermeldt verder dat artikel 1:214, derde lid, BW de ‘centrale toetsingscriteria’ bevat (belang van het kind en instemming van partijen). Deze criteria worden nader ingevuld door de overige onderdelen van Afdeling 7, waaronder artikel 1:215 BW.⁸⁴ Ook stelt de toelichting dat artikel 1:214, derde lid, BW een ‘vangnetnorm’ bevat, die de rechter de ruimte biedt om te komen tot een eigen beoordeling.⁸⁵ Over artikel 1:215, eerste lid, BW vermeldt de toelichting evenwel dat de rechter bij de toepassing daarvan geen beoordelingsruimte toekomt.⁸⁶

Gelet op het voorgaande acht de Afdeling de verhouding tussen deze bepalingen en tussen de daarin geregelde voorwaarden onduidelijk. De vraag rijst in het licht van de hiervoor genoemde vereiste waarborgen of, als aan de voorwaarden van artikel 1:215 is voldaan, er wel ruimte is voor de rechter om in het belang van het kind de toekenning van ouderschap na draagmoederschap af te wijzen. Verheldering op dit punt is essentieel, omdat de door de rechter te hanteren toetsingscriteria een kernpunt vormt van de voorgestelde regeling.

ii. Herroeping

Daarnaast merkt de Afdeling op dat de rechter de beschikking tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap in de in artikel 1:219 BW omschreven gevallen op verzoek van de draagmoeder of de wensouder(s) kan herroepen. Een dergelijk verzoek dient te worden ingediend voor de geboorte van het kind of binnen zes weken daarna.⁸⁷ Bovendien dient er sprake te zijn van bedreiging, dwaling of bedrog, of het overlijden van de (wens)ouder.⁸⁸ Herroeping door de draagmoeder kan tevens plaatsvinden wanneer na de toekenning van het ouderschap de omstandigheden zijn gewijzigd en de rechter herroeping het meest in het belang van het kind oordeelt.⁸⁹

Artikel 1:219 BW lijkt evenwel geen ruimte te bieden voor gewijzigde omstandigheden rondom de wensouders die in het belang van het kind nopen tot herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap. De toelichting biedt hier geen verklaring voor, terwijl de vraag rijst of in uitzonderlijke omstandigheden een dergelijke herroeping wenselijk kan zijn. Ook op dit belangrijke onderdeel van het voorstel acht de Afdeling verheldering essentieel.

De Afdeling adviseert, mede in het licht van de eerder genoemde waarborgen ter bescherming van het kind en de draagmoeder, in de toelichting nader in te gaan op voornoemde punten en het voorstel aan te passen.

iii. Regeling voor ‘eenvoudige erkenning’ na buitenlands draagmoederschap

De voorgestelde regeling maakt duidelijk onder welke voorwaarden buitenlandse familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap in aanmerking komen voor erkenning in Nederland. Daarmee geeft het kabinet gevolg aan de aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap hieromtrent.⁹⁰

Op grond van voorgesteld artikel 10:101a, derde lid, onderdeel a, BW is dergelijke ‘eenvoudige erkenning’ aan de orde als:

- de gegevens over de afstamming voor het kind beschikbaar zijn voor opname in het register;
- vaststaat dat het kind genetisch verwant is aan ten minste één van de wensouders;
- er een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de afstamming; en
- indien de wensouders vanaf de geboorte ouders zijn geweest van het kind, er een mogelijkheid heeft bestaan voor de draagmoeder om dit ouderschap te betwisten.

Daarmee wordt volgens de toelichting voor wensouders een prikkel geboden ‘om gebruik te maken voor een buitenlandse procedure die voldoet aan de basisvoorwaarden voor zorgvuldig draagmoederschap zoals die in Nederland worden gesteld’.⁹¹

⁸⁴ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:214 BW.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:215 BW.

⁸⁷ Voorgesteld artikel 1:219, vierde lid, BW.

⁸⁸ Voorgesteld artikel 1:219, tweede, derde en vijfde lid, BW.

⁸⁹ Voorgesteld artikel 1:219, tweede lid, BW.

⁹⁰ Zie Staatscommissie Herijking ouderschap, ‘Kind en ouders in de 21^e eeuw’, bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 11.4.4. Overigens leek de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, die zich op verzoek van de Minister voor Rechtsbescherming boog over de internationaal-privaatrechtelijke aspecten van de aanbevelingen die de Staatscommissie Herijking ouderschap heeft gedaan in haar rapport, een andere opvatting toegedaan. Zie Staatscommissie IPR, Advies over de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de aanbevelingen en voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap in haar Rapport «Kind en ouders in de 21ste eeuw», Den Haag: 2019, Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 42, bijlage, paragraaf 2.5. Zie ook Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 10:101a, BW.

⁹¹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 10:101a, leden 1 en 2, BW.



De vraag rijst evenwel wat er gebeurt als niet aan de voorwaarden zoals hierboven gesteld wordt voldaan. Wanneer in dat geval buitenlands draagmoederschap volgens de geldende regels tot stand is gekomen en de wensouders in het buitenland worden beschouwd als de juridische ouders van het kind, is op grond van de jurisprudentie van het EHRM enige vorm van juridische erkenning van de ouder-kindrelatie nodig om in overeenstemming te handelen met het recht op respect voor het privéleven van het kind (zie punt 2c onder ii). Dat betekent dat er alsnog juridische betrekkingen met de wensouders tot stand moeten worden gebracht. Dat zou in dergelijke gevallen bijvoorbeeld via adoptie bewerkstelligd kunnen worden.

Gelet op het voorgaande voorkomt de voorgestelde derhalve niet de regeling van verkrijging van kinderen uit het buitenland op een naar Nederlandse maatstaven niet geoorloofde wijze. De Afdeling acht een dergelijke gang van zaken kwetsbaar in het licht van de uitkomsten en aanbevelingen van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie en gelet op de eerder genoemde waarborgen voor het kind en de draagmoeder, die even zo goed in internationale situaties opgeld doen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en de voorgestelde regeling ten aanzien van buitenlands draagmoederschap aan te passen.

b. Draagmoederschapsovereenkomst

Voor de toekenning van ouderschap na binnenlands draagmoederschap dient de rechter te toetsen of de draagmoederschapsovereenkomst enkele verplichte aspecten regelt. Zo moeten onder meer afspraken worden opgenomen over de vergoeding van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap, het contact tussen de draagmoeder en het kind na de geboorte en de afdekking van de risico's die zijn verbonden aan draagmoederschap.⁹² Daarnaast kunnen de draagmoeder en de wensouders andere afspraken over het draagmoederschapstraject opnemen in de draagmoederschapsovereenkomst.

De toelichting biedt veel onduidelijkheid over de wijze waarop de draagmoederschapsovereenkomst past binnen de systematiek van het verbintenissenrecht.⁹³ Zo rijst de vraag naar de gevolgen die mogen worden verbonden aan niet-naleving van de afspraken uit een draagmoederschapsovereenkomst. De toelichting stelt slechts dat afspraken over dergelijke gevolgen niet van dien aard mogen zijn dat hiermee *de facto* het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder in de kern wordt beperkt. In dat verband noemt de toelichting alleen een boetebeding als sanctie op niet-naleving.⁹⁴

Het wettelijk arsenaal aan remedies bij niet-nakoming is evenwel breder (nakoming, schadevergoeding, ontbinding⁹⁵). Dit doet vragen rijzen over de mogelijke toepassing daarvan, juist in relatie tot het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder. Daarnaast rijzen vragen met betrekking tot de gevolgen van niet-naleving door de wensouders en opzegging van de overeenkomst. Wat is de betekenis van een opzegging van de overeenkomst door de wensouders wegens bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer een alleenstaande wensouder ernstig ziek is geworden?

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen en te voorzien in nadere regels omtrent de draagmoederschapsovereenkomst.

c. Strafbaarstellingen

Het voorstel regelt dat betalingen voor de overdracht van ouderschap een misdrijf zullen vormen.⁹⁶ Met de wettelijke strafbedreiging van ten hoogste vier jaren gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie, wordt de ernst van dit feit tot uitdrukking gebracht en een passende bestraffing mogelijk gemaakt.⁹⁷ Het voorstel stelt tevens onkostenvergoedingen voor het draagmoederschap (in Nederland) die de bij algemene maatregel van bestuur bepaalde maxima te boven gaan strafbaar.⁹⁸ Dit zal kwalificeren als een overtreding waarvoor een geldboete van de derde categorie kan worden opgelegd.⁹⁹

⁹² Voorgesteld artikel 1:216 BW.

⁹³ Memorie van toelichting, paragraaf 4.5 en artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:216 BW.

⁹⁴ Idem. Zie ook paragraaf 7.1, onderdeel c.

⁹⁵ Zie respectievelijk artikel 3:296 BW, artikel 6:74 BW en artikel 6:265 BW.

⁹⁶ Voorgesteld artikel 151d Sr.

⁹⁷ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 151d, eerste lid, Sr.

⁹⁸ Bij algemene maatregel van bestuur zullen de kostenposten worden aangewezen die bij draagmoederschap voor vergoeding in aanmerking komen en de wijze waarop de hoogte van de maximale vergoeding per kostenpost kan worden vastgesteld. Naast vergoeding van daadwerkelijk gemaakte kosten zal in de AMvB ruimte bestaan voor een beperkte tegemoetkoming als compensatie voor het ongemak, de pijn en de inspanningen tijdens en na de zwangerschap. Zie Memorie van toelichting, paragraaf 5.4.

⁹⁹ Voorgesteld artikel 442b Sr.



Volgens de toelichting moeten onkostenvergoedingen worden onderscheiden van betalingen voor de overdracht van ouderschap van een kind.¹⁰⁰ De Afdeling betwijfelt echter of dit onderscheid in de praktijk zo duidelijk kan worden gemaakt. Vergoedingen aan de draagmoeder die uitgaan boven daadwerkelijk gemaakte kosten die gepaard gaan met de zwangerschap en bevalling zijn immers vatbaar voor het argument dat sprake is van kinderkoop, zo stelt ook de toelichting.¹⁰¹ De Staatscommissie Herijking ouderschap merkt hierover eveneens op dat deze grens ethisch en juridisch onduidelijk is.¹⁰²

In dat licht roept de verhouding tussen beide strafbaarstellingen vragen op. Onduidelijk is of er een zekere overlap bestaat en of in dat geval dan sprake is van samenloop of van een lex generalis-specialisverhouding. Mede in dat verband valt op dat betalingen voor de overdracht van ouderschap een misdrijf vormen waarvoor een strafmaximum van vier jaar gevangenisstraf is gesteld, terwijl het geven en ontvangen van te hoge onkostenvergoedingen slechts een overtreding oplevert waarop een geldboete staat. Gelet op de onscherpe grens tussen beide bepalingen rijst de vraag of dit verschil gerechtvaardigd is.

De Afdeling adviseert de verhouding tussen beide strafbaarstellingen en in het bijzonder de daarbij gekozen strafmaxima in het licht van het voorgaande nader te motiveren en het voorstel zo nodig aan te passen.

7. Versterking recht op afstammingsinformatie

Een regeling voor draagmoederschap versterkt de behoefte om gegevens betreffende de biologische afstamming op te slaan zodat deze op termijn voor het betrokken kind te achterhalen is, zo stelt de toelichting.¹⁰³ Daarom wordt een grondslag voor de registratie van afstammingsgegevens bij draagmoederschap voorgesteld.

Uit de toelichting blijkt dat daarnaast beoogd wordt om aan kinderen met vragen omtrent afstammingsinformatie in bredere zin centrale toegang tot deze gegevens te bieden, ongeacht de wijze waarop afstammingsrelaties tot stand zijn gekomen.¹⁰⁴ Het voorstel bevat dan ook een algemenere regeling omtrent de instelling van een register met afstammingsinformatie. Er zou één centraal punt moeten komen waar kinderen en andere betrokkenen terecht moeten kunnen. In dat verband zouden zowel donorgegevens, gegevens over de draagmoeder of de anonieme geboortemoeder, binnenlandse en buitenlandse adoptiegegevens als eventueel andere beschikbare gegevens over afstamming moeten worden opgeslagen.

De voorgestelde wettelijke regeling is op dit punt zeer summier. Het regelt niet welke informatie in dit algemenere afstammingsregister wordt opgenomen en wie informatie daarin kan laten opnemen. Ook regelt het niet wie en onder welke voorwaarden toegang hebben tot de gegevens, zoals de gegevens die over genetische broers en zussen worden opgenomen. Hoe de bewaring, verstrekking en verwijdering van de gegevens plaatsvindt, wordt evenmin geregeld. Al hetgeen het register of de registers betreft, wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaald.¹⁰⁵

Omdat dergelijke wezenlijke onderwerpen niet in het wetsvoorstel zijn geregeld, ontstaat spanning met de vereisten van artikel 10 van de Grondwet en het primaat van de wetgever. Het voorstel voorziet in een (mogelijk ingrijpende) inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Gegevens over iemands afstamming kunnen gevoelige gegevens vormen en een belangrijk aspect van iemands privéleven prijsgeven. Met dergelijke gegevens dient zeer zorgvuldig te worden omgegaan. Een duidelijke afweging omtrent de instelling van het voorgestelde ruime register ontbreekt echter in de toelichting. Tevens is nog onvoldoende duidelijk welke begrenzingsen zullen gelden en welke waarborgen zullen worden geboden voor de bescherming van het grondrecht.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, volgt uit artikel 10, eerste lid, van de Grondwet weliswaar dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer bij of krachtens wet in formele zin mag worden beperkt, maar de grondwetgever geeft in die bepaling de wetgever geen *carte blanche* bij het delegeren van die bevoegdheid aan lagere regelgevers. De beperkingen op het grondrecht moeten worden gespecificeerd en er dient, in elk geval op hoofdlijnen, een belangenafweging plaats te vinden

¹⁰⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 5.4.

¹⁰¹ Memorie van toelichting, paragraaf 5.1 en 5.4.

¹⁰² Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 4.3.2.

¹⁰³ Memorie van toelichting, paragraaf 6.1.

¹⁰⁴ Zie voorgesteld artikel 1:199a, eerste lid, BW; Artikelsgewijze toelichting op voorgesteld artikel 1:199a BW; en Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45.

¹⁰⁵ Voorgesteld artikel 1:199a, tweede lid, BW.



in het licht van artikel 10 van de Grondwet op het niveau van de formele wet.¹⁰⁶

Het voorliggende voorstel bevat in het geheel geen toelichting op de reden dat de genoemde onderwerpen volledig bij algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling zouden moeten en *kunnen* worden geregeld. Voor de regelingen aangaande de registratie van donorgegevens bij kunstmatige bevruchting en met betrekking tot adoptie zijn bij formele wet echter wel de wezenlijke onderdelen bepaald, zoals welke gegevens in het betreffende register worden opgenomen en van wie, wie het register beheert, onder welke voorwaarden verstrekking mogelijk is, en de termijn voor bewaring van deze gegevens.

Omdat het voorstel de wezenlijke onderdelen van een regeling voor een afstammingsregister niet bevat en een nadere toelichting op de inhoud van de te treffen regeling ook ontbreekt, is volgens de Afdeling niet voldaan aan de vereisten van artikel 10 van de Grondwet. Zij adviseert de voorgestelde regeling aan te passen en in de toelichting een nadere afweging op te nemen, mede in het licht van artikel 10 van de Grondwet.

8. Verruiming mogelijkheden beëindiging ouderschap

In de brief van 12 juli 2019 kondigde het kabinet aan de mogelijkheden om de ouderschapsband te verbreken te zullen verruimen.¹⁰⁷ Dit voornemen heeft vorm gekregen in voorgesteld artikel 1:222 BW, dat bepaalt dat een verzoek van een meerderjarig kind tot beëindiging van het ouderschap alleen kan worden toegewezen 'indien de beëindiging in het kennelijk belang van het kind is en de rechtbank van de redelijkheid van de beëindiging in gemoede overtuigd is'.

Met de voorgestelde verruiming geeft het kabinet vorm aan een aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap, die daarbij zeer uitzonderlijke gevallen op het oog had, zoals een situatie waarin uithuisplaatsing na mishandeling of verwaarlozing heeft plaatsgevonden, of waarin de ene ouder de andere ouder om het leven heeft gebracht en het kind geen enkele band meer voelt met de overlevende ouder. Tegen die achtergrond adviseert de Staatscommissie mogelijk te maken dat volwassen geworden kinderen het ouderschap van hun juridische ouders door de rechter ongedaan kunnen laten maken, ook als het een genetische ouder of geboortemoeder betreft.¹⁰⁸

De toelichting gaat evenwel niet in op deze context. Evenmin wordt duidelijk voor welk probleem de voorgestelde verruiming een oplossing beoogt te bieden.¹⁰⁹ Daarmee rijst de vraag naar het nut en de noodzaak van de voorgestelde ruime regeling. Daarnaast merkt de Afdeling op dat de toelichting nadere regels stelt, nu daarin wordt opgemerkt dat een verzoek van een meerderjarig kind tot beëindiging van het ouderschap slechts kan worden ingewilligd wanneer sprake is van (i) een ernstig verstoorde relatie tussen het kind en diens ouders, waarbij (ii) het voortbestaan van die relatie evident in strijd komt met het belang van het kind.¹¹⁰ Als zodanig bevat de toelichting aanvullende normen, die in de wettelijke regeling zelf dienen te worden vastgelegd.¹¹¹

Mede gelet op het ingrijpende karakter van de regeling evenals de onomkeerbaarheid van de regeling en de gevolgen die zij meebrengt, adviseert de Afdeling in de toelichting een dragende motivering te bieden voor de voorgestelde verruiming en, indien deze regeling wordt gehandhaafd, strenge voorwaarden voor inwilliging van het verzoek tot beëindiging van het ouderschap op te nemen in de wettelijke regeling zelf.

9. Afschaffing termijnen

Uit het oogpunt van rechtszekerheid zijn er termijnen gesteld waarbinnen het niet-biologische ouderschap kan worden ontkend of een erkenning kan worden vernietigd.¹¹² Deze termijnen zijn relatief kort. Zo kan een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap worden ingediend tot drie jaar nadat een kind bekend is geworden met het feit dat zijn vader vermoedelijk niet zijn biologische vader is.

¹⁰⁶ Advies van 21 november 2019 over het wetsvoorstel gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, Kamerstukken II 2019/20, 35 447, nr. 4.

¹⁰⁷ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, paragraaf 7.

¹⁰⁸ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 11.2.4.

¹⁰⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Zie aanwijzing 4.47 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹¹² Zie bijvoorbeeld artikel 1:200, vijfde en zesde lid, BW; artikel 1:202a, derde lid, BW; artikel 1:205, derde en vierde lid, BW.



De toelichting suggereert dat de termijnen in strijd zijn met artikel 8 EVRM en daarom dienen te worden afgeschaft.¹¹³ De Afdeling merkt in dit verband op dat lagere rechtspraak de termijnen weliswaar soms in strijd met artikel 8 EVRM heeft geoordeeld, maar dat de Hoge Raad tot een andere conclusie komt. Volgens de Hoge Raad zijn de termijnen noodzakelijk in een democratische samenleving met het oog op de rechtszekerheid en de bescherming van de belangen van het kind. Daarmee is volgens de Hoge Raad geen sprake van een ongerechtvaardigde inmenging in het familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM.¹¹⁴ Deze rechtspraak sluit aan bij die van het EHRM, dat oordeelde dat het verbinden van termijnen aan de ontkenning van het vaderschap binnen de beleidsvrijheid van verdragstaten valt en derhalve geen strijd oplevert met artikel 8 EVRM.¹¹⁵

Daarnaast verdient opmerking dat in de praktijk zo nu en dan al aan de genoemde termijnen voorbij wordt gegaan, bijvoorbeeld als alle belanghebbenden het erover eens zijn dat er een ontkenning of vernietiging van de erkenning kan plaatsvinden en er vervolgens een nieuwe juridische ouder is die het ouderschap op zich neemt.¹¹⁶ Een kale schrapping van de termijnen voor het kind om het ouderschap te ontkennen of een erkenning te vernietigen, komt neer op een nieuwe mogelijkheid tot beëindiging van het ouderschap.

De vraag rijst dan ook hoe deze voorstellen zich verhouden tot het voorgestelde artikel 1:222 BW. Daarnaast laat de rechtspraak zien dat een ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning die gesteund wordt door de andere ouder, vaak gepaard gaat met een erkenning door de biologische ouder. Het juridische ouderschap van de niet-biologische ouder wordt dan als het ware ingewisseld voor het juridische ouderschap van de biologische ouder.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om bij schrapping van de termijnen de afbakening met de voorgestelde regeling voor beëindiging van het ouderschap te verduidelijken. Zij adviseert om aan de ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning zo nodig nadere voorwaarden te stellen, zoals die in de rechtspraak ook aan de orde zijn.

10. Versterking bescherming minderjarige ouders

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. Het wetsvoorstel past de huidige regeling aan overeenkomstig het uitgangspunt van de Staatscommissie dat ouderschap een volwassen aangelegenheid is.¹¹⁷ Voor erkenning of toestemming voor erkenning van een kind tijdens de minderjarigheid van de ouder wordt geregeld 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.¹¹⁸ Naar het oordeel van het kabinet versterkt dit voorstel de positie van de jonge ouder en past dit in de trend van een betere bescherming van minderjarigen.¹¹⁹

De vraag rijst of deze verhoogde drempel voor minderjarige ouders voor de hand ligt, gelet op andere bevoegdheden die een 16-jarige wel zelfstandig heeft of krijgt en die evenzeer ingrijpend zijn, zoals het recht te beslissen over medische behandelingen die hem aangaan (bijvoorbeeld abortus) en een recht op toegang tot afstammingsinformatie.

De Afdeling adviseert in de toelichting een nadere motivering te bieden voor de verhoogde drempel voor erkenning van een kind door minderjarige ouders.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf.*

¹¹³ Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.

¹¹⁴ Zie HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1064; HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8473.

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 29 november 1984, ECLI:NL:XX:1984:AC8625, NJ 1986/4, m.nt. E.A. Alkema (Rasmussen/Denemarken).

¹¹⁶ Zie in deze zin ook de Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, p. 202.

¹¹⁷ Staatscommissie Herijking ouderschap, 'Kind en ouders in de 21^e eeuw', bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 11.2.3.4.

¹¹⁸ Gewijzigd artikel 1:204 BW; memorie van toelichting, paragraaf 6.3.

¹¹⁹ Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, paragraaf 7.



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: 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)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is een regeling te treffen voor draagmoederschap waarmee de positie van het kind, de draagmoeder en de wensouders wordt versterkt, en daarnaast dat het wenselijk is het recht van het kind op afstammingsinformatie te verankeren en dat daartoe Boek 1 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede het Wetboek van Strafrecht dienen te worden gewijzigd;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 3, eerste lid, wordt na 'een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap' ingevoegd ', een gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap'.

B

Artikel 5 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het eerste lid komt te luiden:

1. Indien een kind in familierechtelijke betrekking staat tot één ouder, heeft het de geslachtsnaam van die ouder.

2. Onder vernummering van de leden 6 tot en met 13 tot 7 tot en met 14 wordt een lid ingevoegd, luidende:

6. Indien een kind door gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap in familierechtelijke betrekking tot twee ouders komt te staan, krijgt het de geslachtsnaam van een van hen, waarvan de ouders ter gelegenheid van de toekenning gezamenlijk hebben verklaard dat het kind deze zal hebben. De rechterlijke uitspraak inzake de toekenning van het ouderschap vermeldt de verklaring van de ouders hieromtrent.

3. In het negende lid (nieuw) wordt in de eerste zin 'of zesde lid' vervangen door ', zesde of zevende lid' en wordt in de derde zin 'zevende lid' vervangen door 'achtste lid'.

4. In het twaalfde lid (nieuw) wordt 'negende lid' vervangen door 'tiende lid'.

5. In het veertiende lid (nieuw) wordt 'zesde lid' vervangen door 'zevende lid'.

C

In artikel 20, eerste lid, onder a, wordt 'een gegrondverklaring van een ontkenning van het vaderschap of moederschap of' vervangen door 'een gegrondverklaring van een ontkenning van het vaderschap of moederschap, een beëindiging van het ouderschap, een gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap, een herroeping van een gerechtelijke toekenning van het ouderschap'.

D

In artikel 22, eerste lid, wordt 'moeder' vervangen door 'vrouw'.



E

Artikel 198 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onder a, wordt na 'uit wie het kind is geboren' ingevoegd ', tenzij vóór de geboorte het ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in artikel 214 is toegekend'.
2. In het eerste lid, onder b, wordt na 'of de eerste zin van artikel 199, onder b, geldt' ingevoegd ', of vóór de geboorte het ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in artikel 214 is toegekend'.
3. Onder vervanging van '; of' aan het slot van onderdeel d door een puntkomma en onder verlettering van onderdeel e tot onderdeel f wordt een onderdeel ingevoegd, luidende:
 - e. van wie het ouderschap na draagmoederschap gerechtelijk is toegekend; of

F

Artikel 199 wordt als volgt gewijzigd:

1. In onderdeel a wordt na 'tenzij onderdeel b of de slotzin van artikel 198, eerste lid, onder b, geldt' ingevoegd 'of vóór de geboorte het ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in artikel 214 is toegekend'.
2. Onder vervanging van '; of' aan het slot van onderdeel d door een puntkomma en onder verlettering van onderdeel e tot onderdeel f wordt een onderdeel ingevoegd, luidende:
 - e. van wie het ouderschap na draagmoederschap gerechtelijk is toegekend; of

G

In Titel 11, Afdeling 1, wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 199a

1. Een kind heeft toegang tot informatie over diens biologische of genetische afstamming die is opgenomen in een daartoe gehouden register.
2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt al hetgeen bepaald dat het register of de registers betreft, in het bijzonder wordt bepaald welke informatie aangetekend kan worden, wie om aantekening kan verzoeken, op welke wijze deze aantekening geschiedt, wie onder welke voorwaarden toegang hebben tot welke gegevens en op welke wijze bewaring, verstrekking en verwijdering van aangetekende gegevens plaatsvindt.
3. De voordracht voor een krachtens het tweede lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

H

Artikel 200, zesde lid, vervalt.

I

Artikel 201, tweede lid, komt te luiden:

2. Overlijdt het kind dan kan een afstammeling in de eerste graad van het kind de rechtbank verzoeken de ontkenning van het vaderschap gegrond te verklaren. Indien het kind meerderjarig was ten tijde van het overlijden, wordt het verzoek gedaan binnen een jaar na de dag van overlijden of binnen een jaar nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen. Overleed het kind gedurende de minderjarigheid, dan dient het verzoek te worden gedaan binnen een jaar nadat het kind, in leven zijnde, meerderjarig was geworden, dan wel, indien het overlijden op een later tijdstip ter kennis is gekomen van de verzoeker binnen een jaar na die kennisneming.



J

Artikel 202a, vierde lid, vervalt.

K

Artikel 204 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onder a wordt 'de moeder' telkens vervangen door 'de ouder'.
2. Onderdeel b vervalt onder vernummering van onderdelen c tot en met e tot b tot en met d.
3. In het tweede lid wordt 'vorige lid onder c en d' vervangen door 'vorige lid onder b en c'.
4. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
 6. Een minderjarige mag slechts erkennen, of als moeder toestemming geven voor de erkenning, nadat daartoe toestemming is verkregen van de rechtbank. De minderjarige is bekwaam in rechte op te treden en tegen een uitspraak beroep in te stellen. Een verzoek tot toestemming kan niet worden gedaan voordat de in de vorige zinnen bedoelde minderjarige de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt.

L

Artikel 205 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onder b en c, wordt telkens ' , bedrog of, tijdens zijn minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden' vervangen door 'of bedrog'.
2. Het vierde lid vervalt.
3. Onder vernummering van het vijfde lid tot het vierde lid vervalt in de tweede zin 'voor de afloop van de in het vierde lid gestelde termijn'.

M

Artikel 205a wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onder b en c, wordt telkens ' , bedrog of, tijdens zijn minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden' vervangen door 'of bedrog'.
2. In het tweede lid wordt 'vijfde lid' vervangen door 'vierde lid'.

N

Artikel 207 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het tweede lid, onder c, wordt 'die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, tenzij hij voordat hij deze leeftijd heeft bereikt is overleden' vervangen door ' , tenzij hij is overleden voor het bereiken van de meerderjarigheid'.
2. Het derde lid komt te luiden:
 3. Het verzoek wordt door de moeder ingediend binnen vijf jaren na de geboorte van het kind of, in geval de in de aanhef van het eerste lid bedoelde persoon ten tijde van de geboorte minderjarig is, binnen vijf jaren na het bereiken van diens meerderjarigheid. In geval van onbekendheid met de identiteit van de vermoedelijke verwekker dan wel van onbekendheid met zijn verblijfplaats, wordt het verzoek van de moeder ingediend binnen vijf jaren na de dag waarop de identiteit en de verblijfplaats aan de moeder bekend zijn geworden.

O

Aan Titel 11 worden twee afdelingen toegevoegd, luidende:



AFDELING 7. OUDERSCHAP NA DRAAGMOEDERSCHAP

Artikel 213

In deze afdeling wordt verstaan onder:

- a. *kind*: het kind dat uit draagmoederschap zal worden geboren;
- b. *draagmoeder*: de vrouw die zwanger wenst te worden of is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die de ouder van het kind wenst te worden;
- c. *wensouder*: de persoon die ouder wenst te worden van een kind geboren uit een draagmoeder.

Artikel 214

1. Gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap geschiedt door een uitspraak van de rechtbank op gezamenlijk verzoek van de draagmoeder en de wensouder of de twee wensouders.
2. Twee wensouders kunnen geen verzoek tot toekenning van ouderschap doen, indien zij krachtens artikel 41 geen huwelijk mogen sluiten.
3. De rechtbank wijst het verzoek tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in het eerste lid af, als zij dit niet in het belang van het kind acht. Zij kent het ouderschap na draagmoederschap slechts toe indien de vrije instemming van alle betrokkenen blijkt.
4. Het verzoek als bedoeld in het eerste lid bevat een door alle betrokkenen ondertekende draagmoederschapsovereenkomst die ten minste de onderdelen, genoemd in artikel 216, bevat. Indien deze overeenkomst ontbreekt, dan biedt de rechter de verzoekers de gelegenheid binnen een door hem te bepalen termijn dit verzuim te herstellen. Maken de verzoekers van deze gelegenheid geen gebruik, dan worden zij in het verzoek niet ontvankelijk verklaard.
5. Indien bij het verzoek een recente verklaring omtrent het gedrag van de wensouders of, indien van toepassing, de levensgezel van de wensouder ontbreekt of indien een wensouder zijn gewone verblijfplaats buiten Nederland heeft, beslist de rechter niet dan nadat hij advies over de geschiktheid van de wensouders en de levensgezel van de wensouder heeft ingewonnen van de raad voor de kindbescherming.

Artikel 215

1. De rechtbank kent het ouderschap na draagmoederschap slechts toe indien:
 - a. de draagmoeder en de wensouders een verslag overleggen van de afgeronde voorlichting en counseling over zowel de juridische als de psychologische aspecten van draagmoederschap van een door Onze Minister voor Rechtsbescherming aangewezen rechtspersoon;
 - b. de draagmoeder ter zitting verklaart dat zij nog niet zwanger is;
 - c. alle betrokkenen meerderjarig zijn ten tijde van het verzoek;
 - d. ten minste één van de wensouders de genetische ouder van het kind zal zijn, of de onmogelijkheid hiervan aannemelijk is gemaakt;
 - e. de identiteit van degene die zaadcellen of eicellen heeft afgestaan of zal afstaan voor de bevruchting op termijn te achterhalen is voor het kind;
 - f. niet uit de draagmoederschapsovereenkomst of anderszins blijkt dat aan de draagmoeder meer dan de bij de in het derde lid bedoelde algemene maatregel van bestuur vastgestelde maximaal toegestane vergoeding is of zal worden uitgekeerd of anderszins blijkt van een afhankelijkheidsrelatie die de vrije instemming van de draagmoeder negatief kan beïnvloeden;
 - g. de draagmoeder en de wensouders zich bij de totstandkoming van de draagmoederschapsovereenkomst onafhankelijk van elkaar hebben doen bijstaan door een onafhankelijke juridisch deskundige;
 - h. vaststaat dat de familierechtelijke betrekking tussen het kind en ten minste één wensouder vanaf de geboorte van het kind zal worden erkend in het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats zal hebben;
 - i. vaststaat dat het kind vanaf de geboorte de nationaliteit van ten minste één van de wensouders zal bezitten;
 - j. de draagmoeder en ten minste één van de wensouders de gewone verblijfplaats hebben in Nederland en deze naar verwachting gedurende de zwangerschap zullen houden;
 - k. de draagmoeder en ten minste één van de wensouders de Nederlandse nationaliteit hebben dan wel rechtmatig verblijf in Nederland hebben op grond van artikel 8 onder b, d of e van de Vreemdelingenwet 2000; en
 - l. vaststaat dat de echtgenoot, echtgenote of geregistreerd partner van de draagmoeder



instemt met het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het ouderschap na draagmoederschap.

2. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld ten aanzien van de eisen aan de voorlichting en counseling en van het verslag genoemd in het eerste lid onder a en aan het toezicht op de in hetzelfde onderdeel genoemde rechtspersoon.
3. Bij algemene maatregel van bestuur worden de aard en maximale hoogte vastgesteld van de betalingen van de wensouders aan de draagmoeder in verband met het draagmoederschap. De voordracht voor deze algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd.
4. Wordt het verzoek gedaan door één wensouder, dan kent de rechter het ouderschap na draagmoederschap enkel toe indien deze tevens een verklaring van instemming overlegt van diens levensgezel alsmede een verslag van de door deze levensgezel afgeronde voorlichting en counseling als bedoeld in het eerste lid onderdeel a.

Artikel 216

In de draagmoederschapsovereenkomst, bedoeld in artikel 214, vierde lid, worden in ieder geval afspraken opgenomen over:

- a. de vergoeding van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap;
- b. de beschikbaarheid van juridisch advies en de wijze waarop de draagmoeder voorafgaand aan, gedurende en tot zes weken na afloop van de zwangerschap dit advies kan verkrijgen, waarbij de kosten hiervan worden gedragen door de wensouder of wensouders;
- c. het contact tussen de draagmoeder en het kind na de geboorte; en
- d. de wijze waarop de risico's die zijn verbonden aan de zwangerschap en de bevalling voor de draagmoeder voldoende zijn afgedekt.

Artikel 217

1. De ambtenaar van de burgerlijke stand waarnaar de griffier op grond van artikel 20e, eerste lid, de beschikking houdende de toekenning van het ouderschap zendt, is die van de woonplaats van de draagmoeder.
2. De griffier zendt de beschikking alsmede de draagmoederschapsovereenkomst, bedoeld in artikel 214, vierde lid, tevens aan het register, bedoeld in artikel 199a.

Artikel 218

1. De gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap heeft betrekking op het eerste kind of, indien de zwangerschap een meerling betreft, de eerste kinderen, geboren uit de draagmoeder binnen drie jaar nadat de beschikking waarin deze is opgenomen in kracht van gewijsde is gegaan. Wordt binnen deze periode uit de draagmoeder een kind levenloos geboren, dan geldt de toekenning van het ouderschap tevens voor diens registratie. Is binnen deze periode geen kind geboren uit de draagmoeder, dan wordt de toekenning geacht nooit te hebben bestaan.
2. Onverminderd artikel 2, werkt de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap vanaf de geboorte van het kind.

Artikel 219

1. Op verzoek van een van de personen op wiens verzoek de beschikking houdende de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap is uitgesproken, herroept de rechtbank de toekenning indien de draagmoeder niet zwanger is op het tijdstip van dit verzoek en er evenmin sinds de toekenning een kind uit haar is geboren.
2. Op verzoek van de draagmoeder herroept de rechtbank de beschikking houdende de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap indien de draagmoeder door bedreiging, dwaling of bedrog tot draagmoederschap is bewogen of indien na de toekenning de omstandigheden zijn gewijzigd en de rechtbank herroeping het meest in het belang van het kind oordeelt.
3. Op verzoek van de wensouder of ouder, herroept de rechtbank de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap op de grond dat de wensouder niet de biologische



ouder van het kind is indien het verzoek tot gerechtelijke toekenning van deze persoon door bedreiging, dwaling of bedrog tot stand is gekomen of de draagmoeder hem heeft bedrogen omtrent de wijze waarop de zwangerschap tot stand is gekomen.

4. Het verzoek, bedoeld in het tweede of derde lid, wordt ingediend vóór de geboorte van het kind of binnen zes weken daarna.
5. Overlijdt de wensouder of ouder vóór de afloop van de in het vorige lid gestelde termijn, dan kan een kind van deze persoon of, bij gebreke van een kind, een ouder van deze persoon de rechtbank verzoeken de toekenning te herroepen als bedoeld in het derde lid. Het verzoek wordt gedaan vóór de geboorte van het kind of binnen zes weken daarna.
6. De rechtbank behandelt het verzoek binnen zes weken.

Artikel 220

1. Zodra de beschikking houdende herroeping van de toekenning in kracht van gewijsde is gegaan, wordt de toekenning geacht nimmer gevolg te hebben gehad.
2. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor niet geschaad.
3. Door de herroeping ontstaat geen vordering tot teruggave van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap, noch van de kosten van verzorging en opvoeding of van levensonderhoud van het kind noch tot teruggave van het krachtens vruchtgenot genotene. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van genoten vermogensrechtelijke voordelen die uit de toekenning zijn voortgevloeid, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het instellen van het verzoek daardoor niet was gebaat.
4. Artikel 217, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 221

De wensouders die niet met elkaar zijn gehuwd of door een geregistreerd partnerschap zijn verbonden, oefenen door toekenning van het ouderschap na draagmoederschap vanaf de geboorte het gezag over het kind gezamenlijk uit.

AFDELING 8 BEËINDIGING OUDERSCHAP

Artikel 222

1. Op verzoek van een meerderjarig kind kan de rechtbank het ouderschap beëindigen.
2. Het verzoek kan alleen worden toegewezen indien de beëindiging in het kennelijk belang van het kind is en de rechtbank van de redelijkheid van de beëindiging in gemoede overtuigd is.
3. Indien het kind verwanten in de neerdalende lijn heeft, beëindigt de rechtbank het ouderschap slechts indien het belang van deze verwanten zich hiertegen niet verzet.
4. De beëindiging heeft haar gevolgen vanaf de dag waarop de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

P

Aan artikel 228 wordt een lid toegevoegd, luidende:

4. In geval van een verzoek tot adoptie na draagmoederschap zijn artikel 214, lid 4, artikel 215, lid 1, onder a, en onder d tot en met g en artikel 217, tweede lid, van overeenkomstige toepassing op het adoptieverzoek.

Q

In artikel 231, tweede lid, wordt 'niet eerder dan twee jaren en niet later dan vijf jaren na de dag, waarop de geadopteerde meerderjarig is geworden' vervangen door 'niet eerder dan de dag, waarop de geadopteerde meerderjarig is geworden'.



R

In artikel 247, derde lid, wordt na 'de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen' toegevoegd: en het kind voor te lichten over diens afstamming.

S

Aan artikel 248 wordt toegevoegd 'De voogd ziet toe op de voorlichting van het kind over diens afstamming.'

T

Aan artikel 253ha wordt een lid toegevoegd, luidende:

6. Het eerste, derde, vierde en vijfde lid zijn van overeenkomstige toepassing op de minderjarige die op de voet van artikel 204, zesde lid, toestemming van de rechtbank heeft gekregen het kind te erkennen, met dien verstande dat de kinderrechter bij de meerderjarigverklaring naast het belang van vader en kind tevens het belang van moeder meeweegt en dat indien moeder reeds met het gezag is belast, de kinderrechter de ouders met het gezamenlijk gezag over het kind belast.
7. Meerderjarigverklaring op grond van het zesde lid wordt in ieder geval afgewezen indien:
 - a. er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of
 - b. afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

ARTIKEL II

Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 635, derde lid, wordt 'adoptieverlof of verlof voor het opnemen van een pleegkind' vervangen door 'adoptieverlof, verlof voor het opnemen van een pleegkind of wensouderverlof'.

B

In artikel 670, zevende lid, wordt na 'als bedoeld in artikel 3:2 van de Wet arbeid en zorg' ingevoegd ', zijn recht op wensouderverlof als bedoeld in artikel 3:2a van de Wet arbeid en zorg'.

ARTIKEL III

Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

In titel 5 wordt na Afdeling 3 een nieuwe afdeling ingevoegd, luidende:

AFDELING 3a FAMILIERECHTELIJKE BETREKKINGEN DOOR DRAAGMOEDERSCHAP

Artikel 98a

1. Of een kind in familierechtelijke betrekkingen komt te staan tot een persoon die een draagmoederschapsovereenkomst als bedoeld in artikel 214 van Boek 1 BW heeft gesloten met de vrouw uit wie het kind is geboren, wordt bepaald door het Nederlandse recht.
2. Het Nederlandse recht is eveneens van toepassing op alle vragen voortvloeiend uit Afdeling 7 van titel 11 van Boek 1, waaronder vragen betreffende de draagmoederschapsovereenkomst bedoeld in artikel 214 van Boek 1 BW.

B

Aan Afdeling 5 van Titel 5 wordt een artikel toegevoegd, luidende:



Artikel 101a

1. In afwijking van artikel 100 lid 1 van dit Boek wordt een in het buitenland tot stand gekomen beslissing waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming na draagmoederschap zijn vastgesteld of gewijzigd, in Nederland uitsluitend erkend als de rechter dit verklaart op grond van artikel 100 van dit Boek.
2. In afwijking van artikel 101 lid 1 van dit Boek worden in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap zijn vastgesteld of gewijzigd en die zijn neergelegd in een door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte, in Nederland uitsluitend erkend als de rechter dit verklaart op grond van artikel 101 van dit Boek.
3. Lid 1 en lid 2 blijven buiten toepassing indien:
 - a. i de gegevens over de afstamming voor het kind beschikbaar zijn voor opname in het register, bedoeld in artikel 199a van Boek 1 BW;
 - ii aangetoond wordt dat het kind genetisch verwant is aan ten minste een van de wensouders. De nadere regels op grond van artikel 4, zesde lid, van de Rijkswet op het Nederlandschap zijn van overeenkomstige toepassing op het bewijs van genetische verwantschap;
 - iii. er een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de afstamming; en
 - iv. indien de wensouders vanaf de geboorte de ouders zijn geweest van het kind, er een mogelijkheid heeft bestaan voor de draagmoeder om dit ouderschap te betwisten; of
 - b. de wensouders en de draagmoeder zowel ten tijde van de aanvang van het draagmoederschap, de geboorte en de beslissing, het rechtsfeit of de rechtshandeling hun gewone verblijfplaats buiten Nederland hadden en de beslissing, het rechtsfeit of de rechtshandeling tot stand is gekomen of is erkend in die staat of staten.
4. Indien de rechter op basis van lid 1 of 2 van dit artikel verklaart dat een buitenlandse akte voor erkenning in aanmerking komt of indien de erkenning met toepassing van lid 3 van dit artikel positief is beoordeeld, zendt de griffier of betrokken instantie een afschrift van de gegevens op basis waarvan deze tot zijn oordeel is gekomen aan het register, bedoeld in artikel 199a van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. De griffier zendt daarbij tevens een afschrift van de beschikking houdende de verklaring dat de beslissing voor erkenning in aanmerking komt. Artikel 25f van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing.

ARTIKEL IV

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 3 wordt in de aanhef 'de artikelen 4 en 5' vervangen door 'de artikelen 3a, 4 en 5'.

B

Na artikel 3 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 3a

1. In zaken betreffende de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht indien de draagmoeder en ten minste één wensouder in Nederland de gewone verblijfplaats hebben ten tijde van het verzoek op grond van artikel 214 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.
2. Heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht aangenomen op grond van het eerste lid, dan heeft de Nederlandse rechter tevens rechtsmacht ter zake van daarmee verband houdende opvolgende zaken, waaronder verzoeken op grond van artikel 219 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

C

Artikel 9 wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding '1.' geplaatst.



2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Rechtsmacht kan niet op grond van het eerste lid worden aangenomen in zaken betreffende de toekenning van ouderschap na draagmoederschap.

D

Aan artikel 800 wordt een lid toegevoegd, luidende:

4. In afwijking van het eerste lid wordt een verzoek als bedoeld in artikel 214 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek telkens op een zitting behandeld, tenzij de rechter aanstonds een beschikking geeft waarbij hij zich onbevoegd verklaart.

E

Aan artikel 810 wordt een lid toegevoegd, luidende:

5. Het eerste tot en met het derde lid zijn van overeenkomstige toepassing op zaken die verband houden met de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap, bedoeld in artikel 214 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

ARTIKEL V

Het Wetboek van Strafrecht wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 7, tweede lid, onderdeel a, wordt na 'artikelen' ingevoegd '151d,'.

B

Artikel 151b wordt als volgt gewijzigd:

1. In het tweede lid, onderdeel b, wordt 'een vrouw draagmoeder wenst te worden' vervangen door 'een ander draagmoeder wenst te worden' en wordt 'wordt gezocht' vervangen door 'door een ander wordt gezocht'.

2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

4. De in het eerste en tweede lid bedoelde feiten zijn niet strafbaar indien het teweegbrengen of bevorderen, bedoeld in het eerste lid, of het openbaar maken, bedoeld in het tweede lid, geschiedt door een op grond van artikel 215, eerste lid, onder a, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek door de Minister voor Rechtsbescherming daartoe aangewezen rechtspersoon.

C

Na artikel 151c wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 151d

1. Degene die, om het ouderlijk gezag over een kind te verwerven dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van een kind op zich te nemen, betalingen of voordelen geeft of beloften van betalingen of voordelen doet aan degene van wie of door tussenkomst van wie hij het ouderlijk gezag of de verzorging en opvoeding wil overnemen of heeft overgenomen, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft degene die opzettelijk de dader als medeplichtige ter zijde staat.

D

Na artikel 442a wordt een artikel ingevoegd, luidende:



Artikel 442b

Degene die een vergoeding geeft of ontvangt voor het zijn van draagmoeder als bedoeld in artikel 151b, derde lid, die meer bedraagt dan de op grond van artikel 215, eerste lid, onder f, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde vergoeding, wordt gestraft met een geldboete van de derde categorie.

ARTIKEL VI

De Wet arbeid en zorg wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 1:1 wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding '1.' geplaatst.
2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
 2. Voor de toepassing van deze wet wordt onder 'draagmoeder' en 'wensouder' verstaan hetgeen daaronder wordt verstaan in artikel 213 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

B

Het opschrift van hoofdstuk 3 komt te luiden: **Hoofdstuk 3. Zwangerschap, bevalling, adoptie, pleegzorg en wensouderschap**

C

Het opschrift van Afdeling 1 van Hoofdstuk 3 komt te luiden: **Afdeling 1. Het recht op verlof in verband met zwangerschap, bevalling, adoptie, pleegzorg en wensouderschap**

D

Na artikel 3:2 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 3:2a Verlof in verband met wensouderschap

1. De werknemer die door een uitspraak van de rechtbank beschikt over een gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in artikel 214 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek heeft recht op wensoudersschapsverlof zonder behoud van loon, tenzij de beschikking houdende de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap door de rechtbank is herroepen.
2. Het recht op wensoudersschapsverlof bestaat gedurende een tijdvak van zesentwintig weken en bedraagt ten hoogste zes aaneengesloten weken. Het recht bestaat vanaf vier weken voor de vermoedelijke datum van de bevalling van de draagmoeder.
3. Indien als gevolg van het draagmoederschap tegelijkertijd twee of meer kinderen worden geboren, bestaat het recht op wensoudersschapsverlof slechts ten aanzien van één van die kinderen.
4. In afwijking van het tweede lid kan de werknemer de werkgever verzoeken om het verlof te spreiden gedurende een tijdvak van zesentwintig weken. De werkgever kan dit verzoek afwijzen, indien zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich hiertegen verzetten.

E

Aan artikel 3:3 wordt een lid toegevoegd, luidende:

4. De werknemer meldt aan de werkgever het opnemen van het wensoudersschapsverlof uiterlijk drie weken voor de dag van ingang van het verlof onder opgave van de omvang van het verlof. Indien dit niet mogelijk is, meldt de werknemer het opnemen van verlof zo spoedig mogelijk aan de werkgever.
Bij de melding wordt de gerechtelijke toekenning, bedoeld in artikel 3:2a, eerste lid, gevoegd. Tevens wordt overgelegd een schriftelijke verklaring van een arts of verloskundige waaruit de



vermoedelijke datum van de bevalling van de draagmoeder blijkt. Indien de gerechtelijke toekenning door de rechtbank wordt herroepen meldt de werknemer dit onverwijld aan de werkgever.

F

In de artikelen 3:4 en 3:5, tweede lid, wordt 'en 3:2' vervangen door ', 3.2 en 3.2a'.

G

Het opschrift van Afdeling 2 van Hoofdstuk 3 komt te luiden: **Afdeling 2. Uitkering in verband met zwangerschap, bevalling, adoptie, pleegzorg en wensouderschap**

H

Aan artikel 3:7 wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. De werknemer heeft gedurende de periode dat het wensouderschapsverlof wordt genoten overeenkomstig artikel 3:2a, tweede lid, recht op uitkering.

I

Na artikel 3:9 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 3:9a Recht op uitkering in verband met wensouderschap voor gelijkgestelde

1. De gelijkgestelde heeft in verband wensouderschap recht op uitkering.
2. Het recht op uitkering in verband met wensouderschap bedraagt ten hoogste zes aaneengesloten weken gedurende een tijdvak van zesentwintig weken. Het recht bestaat vanaf vier weken voor de vermoedelijke datum van de bevalling van de draagmoeder.
3. Indien als gevolg van draagmoederschap tegelijkertijd twee of meer kinderen door de wensouder worden opgenomen, bestaat het recht op uitkering slechts ten aanzien van één van die kinderen.

J

Onder vernummering van het derde en vierde lid van artikel 3:10 tot vierde en vijfde lid wordt een lid ingevoegd, luidende:

3. Een recht op uitkering als bedoeld in de artikelen 3:7, derde lid, en 3:9a, eerste lid, komt mede toe aan de wensouder die, op de dag van de geboorte van een kind uit een draagmoeder, korter dan tien weken geen werknemer of gelijkgestelde meer is als bedoeld in artikel 3:6, eerste lid.

K

Artikel 3:11 wordt als volgt gewijzigd:

1. Onder vernummering van het vierde lid tot vijfde lid, wordt een lid ingevoegd, luidende:

4. De werknemer of gelijkgestelde die in aanmerking wenst te komen voor toekenning van een uitkering in verband met wensouderschap doet de aanvraag daartoe, door tussenkomst van de werkgever, bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen uiterlijk twee weken voor de datum van ingang van het wensouderschapsverlof onderscheidenlijk de datum waarop de werknemer of gelijkgestelde het recht op uitkering wil laten ingaan. Bij die aanvraag wordt de datum waarop het wensouderverlof ingaat gemeld dan wel de datum waarop de werknemer of gelijkgestelde het recht op uitkering wil laten ingaan. Indien de aanvraag wordt gedaan voordat het kind is geboren wordt bij de aanvraag de vermoedelijke datum van de bevalling van de draagmoeder aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen meegedeeld. Bij de aanvraag worden bewijstukken van de gerechtelijke toekenning of erkenning, bedoeld in artikel 3:2a, eerste lid, gevoegd. Indien de gerechtelijke toekenning door de rechtbank wordt herroepen meldt de werknemer dit onverwijld aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.



2. In het vijfde lid (nieuw) wordt 'adoptie of pleegverlof' vervangen door 'adoptie of pleegzorg, dan wel wensouderschap'.

L

Artikel 3:12 wordt als volgt gewijzigd:

Onder vernummering van het vierde en vijfde lid tot vijfde en zesde lid wordt een lid ingevoegd, luidende:

4. Indien de gelijkgestelde, die in aanmerking wenst te komen voor toekenning van uitkering in verband met wensouderschap, geen werkgever heeft, doet hij de aanvraag daartoe bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen uiterlijk twee weken voor ingang van de datum waarop hij het recht op uitkering wil laten ingaan. Artikel 3:11, vierde lid, tweede, derde en vierde volzin, is van toepassing.

M

De tweede zin van het eerste lid van artikel 3:29 komt te luiden:

Indien een persoon over dezelfde periode op grond van dezelfde paragraaf of artikel 4:2b zowel recht heeft op een uitkering in verband met adoptie, pleegzorg, wensouderschap of aanvullend geboorteverlof wordt slechts een van die uitkeringen uitbetaald.

N

In artikel 4:1, tweede lid, onder a, wordt 'of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont' vervangen door ', de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont of de draagmoeder'.

O

Aan artikel 4:2, eerste lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Geen recht op geboorteverlof heeft de echtgenoot van de draagmoeder, geregistreerde partner van de draagmoeder of de persoon met wie de draagmoeder ongehuwd samenwoont.

P

Na artikel 6:11 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 6:12 Overgangsrecht uitkering wensouderverlof in verband met de Wet kind, draagmoederschap en afstamming

Het recht op uitkering als bedoeld in de artikelen 3:7, derde lid, en 3:9a, eerste lid, wordt toegekend voor zover het wensouderverlof is opgenomen na de datum van inwerkingtreding van artikel V, onderdelen G en H, van de Wet kind, draagmoederschap en afstemming.

ARTIKEL VII

In artikel 29, vierde lid, van de Ziektewet wordt 'artikel 3:7, tweede lid of derde lid, 3:9 of 3:10, tweede en derde lid van de Wet arbeid en zorg' vervangen door 'artikel 3:7, tweede lid of derde lid, 3:9, 3:9a of 3:10, tweede en derde lid, van de Wet arbeid en zorg'.

ARTIKEL VIII

Onze Minister voor Rechtsbescherming zendt binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk.

ARTIKEL IX

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL X

Deze wet wordt aangehaald als: Wet kind, draagmoederschap en afstamming.



Lasten en bevelen, dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst, en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren, die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Minister voor Rechtsbescherming,

De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,



MEMORIE VAN TOELICHTING

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 geboorteakte 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.¹ 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 biologisch 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 het 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. 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.² Ook medisch gezien 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. Uit zowel (inter)nationale berichtgeving als signalen vanuit de burgerlijke stand bestaat de indruk 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^e eeuw' uit. De opdracht aan de Staatscommissie was een reactie op de maatschappelijke en medisch-technologische veranderingen.³ De Staatscommissie gaat in haar rapport onder andere in op de vraag naar de wenselijkheid van een specifieke regeling voor draagmoederschap.⁴ De Staatscommissie beveelt aan om een dergelijke regeling te treffen. De Staatscommissie heeft daarbij de aanbeveling gedaan om de

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

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

³ Kamerstukken II 2016/17, 33 836, nr. 18, bijlage.

⁴ Kamerstukken II, 2013/14, 33 836, nr. 2.



door haar geformuleerde zeven kernen van goed ouderschap centraal te stellen in het afstammings- en gezagsrecht.⁵

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.⁶ 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 genetisch 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 zaadcellen van de wensvader of een zaadcel donor 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,⁷ bijvoorbeeld door via een website een platform te bieden voor draagmoeders en 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.⁸ 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.⁹ 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*).¹⁰ Daarmee wordt de draagmoeder altijd

⁵ 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 opvoedings situatie voor het kind aan toegevoegd.

⁶ *Kamerstukken II*, 2018/19, 33 836, nr. 45.

⁷ Zie artikel 151b en artikel 151c Wetboek van Strafrecht.

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

⁹ Artikel 1:198 BW.

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

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.¹¹ Voor het overgaan van het ouderschap van draagmoeder naar wensouders wordt daarom gebruik gemaakt van verschillende algemene leerstukken.¹² Afhankelijk van de situatie worden deze leerstukken toegepast om de wensouders ook de juridische ouders te laten worden.¹³

Hoogtechnologisch draagmoederschap is sinds 1997 onder strikte voorwaarden toegestaan.¹⁴ In 1998 werd gestart met ivf-draagmoederschap.¹⁵ Het Amsterdam UMC, locatie VU medisch centrum, biedt sinds 2006 hoogtechnologisch draagmoederschap aan. Hierbij worden de geldende regelgeving en standpunten en richtlijnen van de beroepsgroep gehanteerd.¹⁶ Voorwaarden zijn onder andere dat er een medische indicatie moet zijn en dat er medische, psychologische en juridische voorlichting en counseling¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹

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 op basis van signalen uit de praktijk is dat het nog steeds gaat om een relatief beperkt aantal gevallen op jaarbasis (enkele tientallen).²⁰

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.²¹ 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,²² 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. 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.²³ 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.²⁴ Uit de Nederlandse rechtspraak volgt dat dit uitgangspunt als een fundamentele regel van familierecht wordt beschouwd.²⁵ 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.²⁶ Als gevolg hiervan wordt

¹¹ Artikel 1:199 BW.

¹² 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.).

¹³ 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.

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

¹⁵ In onderzoeksverband in het Zaans Medisch Centrum De Heel, gestopt in 2004.

¹⁶ 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'.

¹⁷ Pedagogische, psychologische en sociale hulpverlening en advisering.

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

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

²⁰ Zie op dit punt tevens het rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap, p. 119. Wel is de indruk dat de aandacht voor draagmoederschap in de media toeneemt.

²¹ Zoals de Verenigde Staten, Canada, Oekraïne, Georgië, Mexico.

²² In gevolge artikel 1:25 BW.

²³ Artikel 10:100 BW en artikel 10:101 BW.

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

²⁵ Bijvoorbeeld rechtbank Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7708.

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



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.²⁷ 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 kinderswangerschap de mogelijkheid om ouders van een kind te worden. Het krijgen van een kind is op zich een mooi en positief gegeven.

Draagmoederschap – zeker laagtechnologisch²⁸ – 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 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 zaadcel- 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 is het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind nu niet strafbaar. 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 voor afronding van het juridische traject, 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.²⁹

Al met al heeft draagmoederschap grote gevolgen voor alle betrokkenen. Een keuze voor draagmoederschap moet daarom niet lichtvaardig worden genomen.³⁰ De risico's zijn nog groter indien de wensouders kiezen voor een buitenlandse route. Doordat in sommige landen standaard gebruik wordt gemaakt van anonieme zaadcel- 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, 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 kinderhandel. Dit alles is uiteraard niet in het belang van het kind.

²⁷ Artikel 1:25c BW.

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

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

³⁰ 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.



3. Mensenrechtelijke aspecten draagmoederschap³¹

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 zaadcel- 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.³² 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.

Het recht van het gewenste kind vormt het primaire uitgangspunt in de afwegingen met betrekking tot deze regeling van draagmoederschap. Het Europees Hof voor de rechten van de mens (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.³³ Het kind heeft daarbij recht op een snelle en effectieve procedure voor de erkenning van de band met de wensouders.³⁴

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 Internationaal Verdrag inzake de rechten van het Kind (Kinderrechtenverdrag of IVRK). De eenvoudigere totstandkoming en erkenning van de juridische band tussen kind en ouders wordt daarbij gecombineerd met extra waarborgen voor het achterhalen van afstammingsinformatie (artikel 8 IVRK) en tegen kinderkoop (artikel 35 IVRK en Tweede aanvullend protocol)³⁵.

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.³⁶ 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 het voldragen dan wel beëindiging van de zwangerschap.

Voor de wensouders geldt dat er geen absolute mensenrechtelijke aanspraak kan worden aangenomen op het krijgen van een kind, genetisch eigen noch via adoptie.³⁷ 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 EHRM 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.³⁸

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 de toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland;

³¹ Constitutionele paragraaf.

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

³³ 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.

³⁴ *Ibidem*, par. 55.

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

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

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

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



- een regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland;
- de strafbaarstelling van het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind en van het geven en ontvangen van betalingen voor draagmoederschap die de bij algemene maatregel van bestuur bepaalde maxima te boven gaan (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 (ver)koop. 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. In dat geval zal de rechter moeten beoordelen of de in het buitenland ontstane juridische afstammingsrelatie tussen wensouders en kind voor erkenning binnen Nederland in aanmerking komt. Daarbij zal het belang van het kind steeds een eerste overweging zijn.

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.³⁹ Het tegengaan van het betalen voor de overdracht van het ouderschap vraagt primair om een strafrechtelijke en niet om een afstammingsrechtelijke reactie. Met het voorgestelde artikel 151d Sr. wordt duidelijk gemaakt wat in Nederland niet geaccepteerd wordt. Overigens heeft deze bepaling een breder bereik dan enkel draagmoederschap. Ook in andere situaties is het betalen voor de overdracht van het ouderschap 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

³⁹ 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.



rechter maakt, met name bij een verzoek tot herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap.

4.3. *Beoordeling vooraf, ouderschap vanaf de geboorte*

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 en als de juridische ouders opgenomen in de Basisregistratie Personen (BRP). 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,⁴⁰ zonder opgenomen te worden in de BRP. Hiermee wordt recht gedaan aan de rol die de draagmoeder heeft vervuld en het vormt een extra mogelijkheid voor het kind om deze informatie te achterhalen. Deze informatie wordt, overeenkomstig artikel 1:23b BW niet opgenomen in een uittreksel van een geboorteakte, maar wel in een afschrift van een dergelijke akte. Een afschrift wordt op basis van artikel 1:23b, tweede lid, BW slechts afgegeven indien de verzoeker aantoont dat hij bij de verkrijging een gerechtvaardigd belang heeft. Dit betreft een beperkte groep personen.⁴¹

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 geïnformeerd instemmen. 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 juridische voorwaarden en risico's die een rol spelen. Voor juridische voorlichting kan worden doorverwezen naar gespecialiseerde advocaten of notarissen.

Counseling ziet specifiek op medische en psychosociale aspecten van het traject. Medische en psychologische counseling dient plaats te vinden door, respectievelijk, artsen en 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. Alle 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 draagmoederschapsvereenkomst.

De inhoud van de voorlichting en counseling die 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 (vog) 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. De vog heeft een alles of niets karakter: bij eventuele eerdere veroordelingen wordt de verklaring niet afgegeven. Dat wil niet zeggen dat betrokkenen per definitie ongeschikt zijn om een draagmoederschapstraject aan te gaan. Ontbreekt de verklaring, dan zal door de Raad voor de Kinderbescherming daarom 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 wensouder(s) gezamenlijk met behulp van een advocaat een verzoekschrift indienen bij de rechtbank met het verzoek om

⁴⁰ Op het vervolgblad.

⁴¹ Tot de personen die een gerechtvaardigd belang hebben bij de verkrijging van een volledig afschrift dient in het bijzonder te worden gerekend degenen op wie de akte betrekking heeft (*Kamerstukken II 1985/86, 18 620, nr. 6, p. 5*). Blijkens de door Nederland mede ondertekende Aanbeveling van de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC)) met betrekking tot de openbaarheid van de registers van de burgerlijke stand worden tot die personen eveneens gerekend een gemachtigde van betrokkene, zijn bloedverwanten in de opgaande en nederdalende lijn, zijn erfgenamen, zijn echtgenoot en zijn wettelijk vertegenwoordiger.

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;
- bij het ontbreken van een verklaring omtrent het gedrag van de wensouders, of de levensgezel van de wensouder of indien een van de wensouders zijn gewone verblijfplaats in het buitenland heeft, het advies van de Raad voor de Kinderbescherming;
- de draagmoeder ter zitting verklaart nog niet zwanger te zijn;
- het draagmoederschap anderszins niet in het belang van het kind moet worden geacht;
- 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 meerderjarig zijn om het verzoek te kunnen doen aan 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.⁴² Voor geen enkele afstammingsregeling gelden wettelijke minimum of maximum-leeftijdsgrenzen 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 op (relatief) korte termijn opnieuw een verlieservaring te verwerken krijgen. Die overwegingen gelden 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 mede in verband met 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. Het is daarbij niet de hoge leeftijd op zichzelf die kan leiden tot de conclusie dat het belang van het kind zich tegen ouderschap verzet. Algemeen maatschappelijk geaccepteerd is immers ouderschap (doorgaans vaderschap) dat ontstaat op oudere leeftijd. Het betreft hierbij met name het wegen van het risico dat het kind vroegtijdig zonder ouder of ouders raakt. Daarbij is het uiteraard de rechter noch de wensouders gegeven vast te stellen op welk moment dit aan de orde is. Een leeftijd van 45 of 75 maakt hierbij evenwel evident verschil. Daarbij zal de rechter mee kunnen wegen welke informatie beschikbaar is over de gezondheid van betrokkenen, alsmede de sociale omgeving die wensouders zullen steunen bij de opvoeding van het kind.

Maar ook als de draagmoeder nog erg jong is kunnen het belang van het kind en haar eigen belang zich verzetten tegen draagmoederschap. Sowieso geldt dat als de draagmoeder nog geen eigen voltooid gezin heeft, dit een sterke aanwijzing is dat de keuze voor draagmoederschap niet in haar belang noch het belang van het toekomstige kind is.⁴³ Dit aspect zal tevens aan de orde komen bij de counseling van de draagmoeder.

De rechter kan tevens de Raad voor de Kinderbescherming vragen om nader onderzoek te verrichten, bijvoorbeeld als hij twijfelt aan de geschiktheid van de wensouders of draagmoeder. Dit kan bijvoor-

⁴² 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.

⁴³ Zie in dit verband tevens het NVOG-standpunt Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten en gedoneerde embryo's en draagmoederschap, juni 2016.



beeld 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 griffier de beschikking naar het register en naar de gemeente waar de draagmoeder woont. De beschikking werkt voor drie 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.⁴⁴ 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 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 geïnformeerd instemmen met 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 het draagmoederschap niet voort willen zetten. 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 kennelijk in het belang van het kind is, zal zij de herroeping kunnen uitspreken. Hierbij kan onder meer het al dan niet bestaan van een genetische band tussen kind en draagmoeder een rol spelen, net als het bestaan van een genetische band met de wensouders.

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.⁴⁵ Tegelijkertijd ontbreekt vooralsnog een internationaal kader voor de regulering van draagmoederschap.⁴⁶ Om desondanks het gebruik

⁴⁴ Na de geboorte ontstaat het ouderschap zonder tweede rechterlijke toets.

⁴⁵ 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

⁴⁶ 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 *hchc.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.



van onwenselijke praktijken in het buitenland door Nederlandse wensouders tegen te gaan, wordt gekozen voor een strafrechtelijk aanpak van het betalen voor de overdracht van het ouderschap én het stimuleren van wensouders richting staten die voldoen aan basisvoorwaarden via een vereenvoudigde erkenning. Het betalen voor de overdracht van het ouderschap 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 beschikbaar zijn voor opname in het register;
- 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 Strafbbaarstellingen betalingen bij overdracht ouderschap en draagmoederschap

Kinderen mogen niet tot handelswaar worden gereduceerd, dat is belangrijk voor de waardigheid van het kind.⁴⁷ Artikel 35 van het IVRK schrijft voor dat verdragslanden, waaronder Nederland, passende maatregelen nemen ter voorkoming van de verkoop van of de handel in kinderen in welke vorm dan ook. Onder de verkoop van kinderen wordt verstaan 'iedere handeling of transactie waarbij een kind wordt overgedragen door een persoon of groep personen aan een andere persoon of groep personen tegen betaling of een andere vorm van vergoeding'⁴⁸. Het (ver)kopen van kinderen is vanuit principieel oogpunt een verwerpelijk fenomeen, ook als een kind niet op de hoogte is van het feit dat het gekocht is en ongeacht de redenen hiervoor of de gevolgen ervan, benadrukt de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) in zijn consultatieadvies. Daarom omvat deze regeling voor draagmoederschap naast de mogelijkheid om draagmoederschap op een verantwoorde wijze uit te voeren ook een versterking van de mogelijkheden om excessen rond de verkrijging van kinderen aan te pakken.

Tegelijkertijd moet worden erkend dat niet altijd duidelijk zal zijn of een betaling voor een kind wordt gedaan of dat deze betaling een ander, gerechtvaardigd, doel dient. Dit geldt in het bijzonder in het geval van draagmoederschap waarbij betalingen ook een vergoeding voor de draagmoeder kunnen betreffen. In Nederland worden deze betalingen gereguleerd. Voor betalingen van Nederlandse ouders aan draagmoeders in het buitenland ligt dat ingewikkelder. Dat hangt niet alleen samen met het gegeven dat de kosten voor een draagmoederschapstraject sterk verschillen per land. Maar ook met het gegeven dat ieder land zelfstandig kan bepalen waar de balans ligt tussen de bescherming van het belang van het kind en het belang van goed zorgen voor de draagmoeder. Het is dan ook niet goed mogelijk om dezelfde eisen te stellen aan betalingen aan de draagmoeder gedaan binnen Nederland als aan betalingen aan de draagmoeder gedaan in het buitenland.

In het licht van het bovenstaande bestaat de strafbaarstelling van betalingen bij de overdracht van ouderschap en draagmoederschap uit twee onderdelen. De eerste strafbepaling ziet op betalingen voor de overdracht van ouderschap. Deze betalingen zijn in geen geval toegestaan, zie par 5.1.3. Dit gaat niet alleen om Nederland, maar ook om gevallen waarin Nederlanders in het buitenland betalen voor het verwerven van het ouderlijk gezag of anderszins het duurzaam op zich nemen van de verzorging en opvoeding van het kind, verder in deze toelichting algemeen aangemerkt als 'de overdracht van het ouderschap over een kind'. Het biedt wensouders die naar het buitenland gaan voor een draagmoederschapstraject of adoptie duidelijkheid: betalingen voor de overdracht van ouderschap over een kind zijn in geen geval toelaatbaar. Een tweede norm die met deze wet wordt gesteld betreft welke vergoedingen aan de draagmoeder in Nederland niet toelaatbaar zijn, zie par 5.1.4. Op grond van artikel 1:215, eerste lid, onder f, BW van dit wetsvoorstel wordt bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld welke vergoedingen dit zijn. Dit is een harde grens. Hogere of andere vergoedingen zijn in Nederland niet toelaatbaar.

⁴⁷ Zie onder meer het Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap, p. 464 in Kamerstukken II, 2016/17, 33 836, nr. 18, bijlage.

⁴⁸ Artikel 2, onder a, Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK



5.2 Verhouding strafbaarstelling betalingen tot bestaande strafbaarstellingen

Sommige laakbare en schadelijke handelingen rondom de overdracht van het ouderschap van een kind en draagmoederschap zijn op dit moment al strafbaar.⁴⁹ Zo is het onzeker maken van de afstamming van een kind op grond van artikel 236 Sr strafbaar als verduistering van staat. Hoewel kinderkoop hieraan voorafgegaan kan zijn, betreft dit een andersoortige gedraging omdat betalingen hierbij geen rol spelen. In zeer uitzonderlijke omstandigheden, als het oogmerk is het kind uit te buiten, zou sprake kunnen zijn van kinderhandel, als vorm van mensenhandel (artikel 273f, eerste lid, onderdeel 2°, Sr). Van uitbuiting van het kind is bij de overname van de zorg voor een kind voor gezinsvorming doorgaans echter juist geen sprake. De wensouders hebben in vrijwel alle gevallen de intentie om goed voor het kind te zorgen. Maar ook dan kan de menselijke waardigheid van het kind in het gedrang komen.

Ook bij draagmoederschap kan onder bijzondere omstandigheden sprake zijn van mensenhandel. De Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen (NRM) heeft opgemerkt dat er zich gevallen kunnen voordoen dat een draagmoeder onder druk is gezet of, verkerend in armoede, een groot geldbedrag wordt geboden om draagmoeder te zijn. Dan kan sprake zijn van gedwongen dienstverlening waarmee de draagmoeder wordt uitgebuit. Een dergelijke situatie kan vallen onder het bereik van mensenhandel in de zin van artikel 273f Sr. In voorkomende gevallen zullen de wensouders doorgaans niet rechtstreeks betrokken zijn de uitbuiting van een draagmoeder. In de regel zal bij hen evenmin het oogmerk van uitbuiting aanwezig zijn. Strafrechtelijk optreden tegen wensouders vanwege mensenhandel is over het algemeen dus niet mogelijk, zelfs niet in het geval er sprake is van gedwongen draagmoederschap.

Het Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van interlandelijke adoptie (Haags Adoptieverdrag) schrijft voor dat niemand ongerechtvaardigd financieel of ander voordeel mag trekken uit interlandelijke adoptie.⁵⁰ In de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (WOBKA) is bepaald dat de vergunninghouder geen onevenredige hoge vergoedingen voor in verband met zijn bemiddeling verrichte diensten mag betalen.⁵¹ Handelen in strijd met deze bepaling betreft een overtreding die op grond van artikel 27 WOBKA kan worden gesanctioneerd met een geldboete. Deze strafbepaling ziet echter niet op de wensouders zelf. Hoewel wensouders worden geacht de adoptiefouders of verantwoordelijke voor het kind niet te betalen en het tegengaan van geldelijk gewin in de adoptieprocedure in Nederland wordt gecontroleerd door de vergunninghouders conform het kwaliteitskader vergunninghouders interlandelijke adoptie⁵², kunnen wensouders die toch een betaling geven niet worden bestraft.

Het beroeps- of bedrijfsmatig optreden als tussenpersoon bij draagmoederschap of de overdracht van het ouderschap over een kind is niet toegestaan (artikel 151b en 151c Sr). Deze bepalingen betreffen het handelen van tussenpersonen in Nederland. Als niet kan worden bewezen dat een tussenpersoon beroeps- of bedrijfsmatig optreedt betekent dit in de huidige praktijk echter dat deze tussenpersoon niet kan worden vervolgd.

Voor de situaties waar het in dit wetsvoorstel om gaat, volstaan deze strafbepalingen niet omdat het geven van betalingen voor de overdracht van het ouderschap over een kind of de fysieke overdracht van een kind op dit moment niet als zodanig strafbaar is gesteld.

5.3 Strafbearstelling betalen overdracht ouderschap

Tegen de achtergrond van het voorgaande is het kabinet van mening dat de belangen van kinderen op meer afdoende wijze door de wet moeten worden beschermd. Reden waarom in artikel 151d van het Wetboek van Strafrecht een afzonderlijke strafbaarstelling wordt voorgesteld voor het betalen voor de overdracht van het ouderschap van een kind. Het doel van deze strafbaarstelling is de bescherming van de waardigheid van het kind door te voorkomen dat een kind tot handelswaar wordt gereduceerd. Deze strafbepaling betreft zowel het betalen voor de fysieke overdracht van een reeds geboren kind als betalingen aan draagmoeders die enkel zien op de overdracht van het ouderschap van een kind. Vergoedingen die bijvoorbeeld worden uitgekeerd als een kind gezond ter wereld is gebracht en daadwerkelijk wordt overgedragen aan wensouders of betalingen die onder die voorwaarde zijn verricht, moeten worden gezien als een vergoeding voor de overdracht van het ouderschap over een kind en zijn dan ook niet toegestaan.

Wensouders en tussenpersonen kunnen zich aan de strafbaar gestelde gedraging schuldig maken.

⁴⁹ Zie naast de in deze passage genoemde artikelen: het uit winstbejag opzettelijk bevorderen van een ongeoorloofd opnemen van een pleegkind (artikel 151a Sr), het opzettelijk onttrekken van een kind aan het over hem gesteld gezag (artikel 279 Sr) of het zonder voorafgaande toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming opnemen van een pleegkind (artikel 442a Sr). Indien bij interlandelijke adoptie niet de juiste procedure wordt gevolgd kan dit op grond van de artikelen 27 en 28 van de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka) strafbaar zijn.

⁵⁰ Artikel 32 Haags Adoptieverdrag.

⁵¹ Artikel 20, derde lid, WOBKA.

⁵² Kwaliteitskader Vergunninghouders Interlandelijke Adoptie, mei 2013, http://www.nederlandseadoptiestichting.nl/files/5615/5360/6865/kwaliteitskader_VHs_2e_herziene_versie_27_mei_2013.pdf



Artikel 151d van het Wetboek van Strafrecht betreft een misdrijf, strijdig met de fundamentele rechten van het kind. Een strafmaximum van vier jaren gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie acht het kabinet hiervoor passend.

Het komt regelmatig voor dat wensouders bij het realiseren van een kinderwens uitwijken naar andere landen. De Staatscommissie heeft zorgen geuit over sommige praktijken rond draagmoederschap, niet alleen binnen Nederland, maar ook in het buitenland. In verschillende landen is de positie van de draagmoeder onvoldoende beschermd, is het onderscheid tussen draagmoederschap en kinderkoop niet scherp te maken en ligt zelfs kinderhandel op de loer.⁵³

Indien wensouders kiezen voor een traject in het buitenland om het ouderschap over een kind te verkrijgen, zijn zij dikwijls afhankelijk van een tussenpersoon of een organisatie die voor hen bemiddelt met de ouders of verzorgers van een kind of met een draagmoeder. Deze bemiddeling kan bijdragen aan een zorgvuldig verloop van de procedure en de tussenpersoon kan de betrokkenen goede voorlichting en begeleiding bieden. Wensouders betalen de tussenpersoon of organisatie in sommige gevallen voor deze dienstverlening en de kosten die zij maken, dat blijft ook met dit wetsvoorstel toegestaan. De genoemde afhankelijkheid kan echter ook misbruik van de kwetsbare positie van ouders of draagmoeders en wensouders in de hand werken. Bovendien kan de marktwerking er bij bemiddeling voor zorgen dat commerciële belangen voorop worden gesteld in plaats van het belang van het kind. Voor tussenpersonen gelden daarom dezelfde grenzen als voor wensouders: zij mogen voor de wensouders geen betalingen doen aan de ouders of verzorgers van een kind of aan de draagmoeder voor de overdracht van het ouderschap van een kind.

Nederlandse wensouders dienen ook in het buitenland de fundamentele rechten van het kind te respecteren. Bij draagmoederschapstrajecten is het toegestaan, als dit op grond van de nationale wet- en regelgeving mag, een vergoeding aan de draagmoeder te geven voor onkosten. De hoogte van deze vergoeding kan per land verschillen, dit is onder meer afhankelijk van de hoogte van medische of juridische kosten in het desbetreffende land. Betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind of de fysieke overdracht van een kind aan degene van wie het ouderschap of de verzorging en opvoeding van het kind wordt overgenomen, is echter in geen enkele situatie acceptabel. Indien Nederlandse wensouders dit doen voor een in het buitenland geboren kind is het wenselijk dat hier in Nederland strafrechtelijk tegen kan worden opgetreden. Daarom wordt het mogelijk om Nederlandse wensouders die in het buitenland de in artikel 151d van het Wetboek van Strafrecht strafbaar gestelde gedragingen begaan, in Nederland te vervolgen. Ook indien dit in het desbetreffende land niet strafbaar is gesteld. Dit geldt eveneens voor Nederlandse tussenpersonen die in het buitenland opereren.

Verschiedende organisaties, waaronder het Openbaar Ministerie en de Nationale Politie, hebben in de consultatieadviezen gewaarschuwd dat opsporing en vervolging van de strafbaar gestelde gedragingen in veel gevallen lastig zal zijn. Geen van de betrokken partijen heeft immers baat bij het melden of prijsgeven van informatie over gegeven of beloofde betalingen. Als voorwaarden die aan een betaling worden verbonden al in een overeenkomst worden opgenomen, worden de opsporingsorganisaties hier niet over gealtereerd. In buitenlandse trajecten zal deze complexiteit toenemen vanwege de afhankelijkheid van buitenlandse autoriteiten die doorgaans niet snel zullen meewerken aan rechts-hulpverzoeken als het land waar het om gaat geen vergelijkbare strafbaarstelling kent.

Het kabinet acht normstelling op dit gevoelige terrein echter van belang, ook waar opsporing en vervolging niet eenvoudig zal zijn. Daarbij is het belangrijk dat in de gevallen waarin wel signalen van misstanden bij politie of OM terechtkomen daar ook gevolg aan kan worden gegeven. In geval van verdenking van de in artikel 151d strafbaar gestelde gedragingen, waarvoor een strafmaximum geldt van ten hoogste vier jaren gevangenisstraf, kunnen in het belang van het onderzoek bijzondere opsporingsbevoegdheden worden toegepast.

Op de website van de Rijksoverheid worden wensouders bewust gemaakt van onwenselijke situaties die naar het buitenland uitwijken voor draagmoederschap kunnen opleveren.⁵⁴ De website zal worden aangevuld met informatie voor wensouders over deze strafbaarstelling, waarbij duidelijk zal worden gemaakt dat deze verder reikt dan uitsluitend draagmoederschap. Ook zal de strafbaarstelling aandacht krijgen in de (verplichte) voorlichting die wensouders in Nederland bij draagmoederschap zullen doorlopen.

5.4 Strafbarestelling hogere vergoeding aan draagmoeder

Bij draagmoederschap is in Nederland het vergoeden van de kosten die de draagmoeder ten behoeve van de zwangerschap en bevalling heeft gemaakt, toegestaan. Naast deze specifieke onkostenvergoeding bestaat ruimte voor een tegemoetkoming als compensatie voor het ongemak, de pijn en inspanningen tijdens en na de zwangerschap. Deze (on)kostenvergoedingen worden onder voor-

⁵³ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap, december 2016, p. 458.

⁵⁴ www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/draagmoeder/draagmoederschap-buitenland



waarden toelaatbaar geacht en moeten worden onderscheiden van vergoedingen voor de overdracht van het ouderschap van een kind. Het geven van laatstgenoemde betaling is strafbaar op grond van artikel 151d Sr (zie par 5.1.3). De onkosten zijn immers gelijk als het kind niet gezond is of komt te overlijden tijdens de geboorte. Ook vergoedingen aan de draagmoeder die uitgaan boven daadwerkelijk gemaakte kosten die gepaard gaan met de zwangerschap en bevalling zijn vatbaar voor het argument dat sprake is kinderkoop. De Staatscommissie merkt op dat de grenzen hierbij ethisch en juridisch onduidelijk zijn.⁵⁵ Voor de draagmoeder moet goed worden gezorgd, maar geldelijk gewin mag niet doorslaggevend zijn voor de draagmoeder. Om te voorkomen dat geldelijk gewin voor draagmoeders in Nederland een doorslaggevende rol speelt in de keuze voor het zijn van draagmoeder, worden bij algemene maatregel van bestuur de kostenposten aangewezen die bij draagmoederschap voor vergoeding in aanmerking komen en de wijze waarop de hoogte van de maximale vergoeding per kostenpost kan worden vastgesteld. Naast vergoeding van daadwerkelijk gemaakte kosten zal in de AMvB ruimte bestaan voor een beperkte tegemoetkoming als compensatie voor het ongemak, de pijn en de inspanningen tijdens en na de zwangerschap. Het betalen van hogere vergoedingen dan de bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde bedragen is in Nederland niet toegestaan.

Hoewel de rechter bij toekenning van het ouderschap na draagmoederschap toetst of niet uit de draagmoederschapsovereenkomst of anderszins blijkt dat de draagmoeder meer dan de bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde vergoeding is of zal worden uitgekeerd, zou het effect van deze regeling beperkt zijn als overtreding ervan niet kan worden gesanctioneerd. Met deze strafbaarstelling wordt dit daarom mogelijk gemaakt.

Het doen en ontvangen van betalingen voor draagmoederschap die de bij algemene maatregel van bestuur bepaalde maxima te boven gaan wordt strafbaar gesteld in het voorgestelde artikel 442b van het Wetboek van Strafrecht. De wensouders en de draagmoeder kunnen beiden worden aangesproken op grond van dit artikel. Het betreft een overtreding waarvoor een geldboete van de derde categorie kan worden opgelegd.

Zoals ook is aangegeven in voorgaande paragraaf zal opsporing en vervolging van de strafbaar gestelde gedragingen niet eenvoudig zijn. Aangezien dit artikel alleen betrekking heeft op Nederlandse draagmoederschapstrajecten kunnen er vaker situaties voordoen waarin signalen over hoge vergoedingen met opsporingsinstanties worden gedeeld, bijvoorbeeld omdat personen in de omgeving van de draagmoeder melden dat zij geld van de wensouders heeft gekregen. Als die situatie zich voordoet, is strafrechtelijk optreden mogelijk op grond van dit artikel.

5.5 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 draagmoederschapbank. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de in de praktijk bestaande behoefte hieraan.⁵⁶ Bovendien wordt hiermee beoogd dat wensouders en draagmoeder gebruik 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.⁵⁷ 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 draagmoederschapbank 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 draagmoederschapbank en minimumeisen aan de inhoud van bijvoorbeeld de voorlichting en counseling en van de wijze

⁵⁵ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap, december 2016, p. 123–124.

⁵⁶ 'Specialisten bepleiten draagmoederbank om wensouders te helpen', *de Volkskrant* 28 november 2017.

⁵⁷ 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.



waarop wensouders en draagmoeders aan elkaar kunnen worden gekoppeld.

6. Overige onderdelen

6.1 Versterking recht op afstammingsinformatie

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.⁵⁸ 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.⁵⁹ 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 elk 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 zaadcel- of eiceldonoren) en de eventuele niet-genetisch verwante geboortemoeder, waaronder persoonsidentificerende gegevens, 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 zaadcel- 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 donorzaadcellen of -eicellen.⁶⁰ Voor adoptie bestaat eveneens een regeling voor de opslag van informatie met betrekking tot de adoptie.⁶¹ 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, naast gegevens over de biologische afstamming, de buitenlandse geboorteakte en andere gegevens op basis waarvan de akte is beoordeeld, die door de ambtenaar van de burgerlijke stand zullen worden gezonden aan het register. Beoogd wordt om aan kinderen met vragen omtrent de afstamming uiteindelijk een centrale toegang tot al deze gegevens te bieden, ongeacht de wijze waarop afstammingsrelaties tot stand zijn gekomen. Voor het opzetten van een register met betrekking tot afstammingsgegevens bij draagmoederschap 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 Wensouderverlof

De wettelijke regeling voor draagmoederschap is aanleiding geweest om te bezien of de verlofregelingen uit de Wet arbeid en zorg (Wazo) rond de geboorte van kinderen toepasbaar zijn in het geval er sprake is van draagmoederschap. Dit heeft geleid tot enkele aanpassingen van de Wazo.

De wensouders die werknemer of gelijkgestelde zijn krijgen na inwerkingtreding van het wetsvoorstel recht op verlof vanaf vier weken voor de geboorte van het kind. Dit wensouderverlof is geënt op de regeling voor adoptieverlof en bedraagt 6 maal de wekelijkse arbeidsduur. Er bestaat geen recht op loondoorbetaling, maar men heeft wel recht op een uitkering van UWV ter hoogte van het (maximum)dagloon. Dat recht geldt voor werknemers en gelijkgestelden, zoals deze begrippen zijn gedefinieerd in artikel 3:6 van de Wet arbeid en zorg. In de huidige situatie heeft de wensvader recht op (aanvullend) geboorteverlof als hij het kind heeft erkend. De wensmoeder heeft later bij adoptie van het kind recht op adoptieverlof. Met de introductie van wensouderverlof wordt gewaarborgd dat beide wensouders in de periode rond de geboorte 6 weken betaald verlof kunnen genieten.

⁵⁸ 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).

⁵⁹ Zie ook HR 18 maart 2016, ECLI:HR:2016:452.

⁶⁰ Wet donorgegeven kunstmatige bevruchting, inwerkingtreding 1 januari 2004, Wet van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240.

⁶¹ Artikelen 17b t/m 17e Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie, inwerkingtreding 1 oktober 1998, Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 302.



Het geboorteverlof en aanvullend geboorteverlof hebben als doelstellingen het bevorderen van de band tussen de partner en het kind en het vergroten van de kansen van vrouwen op de arbeidsmarkt. Tevens draagt het (aanvullend) geboorteverlof bij aan een meer evenwichtige balans in de verdeling van arbeid en zorgtaken tussen de partners in het huishouden. Het is evident dat deze doelstellingen niet relevant zijn voor de partner van de draagmoeder, omdat het kind de wensouders als juridische ouders krijgt en door hen wordt opgevoed en verzorgd. Het bevorderen van de band tussen de partner van de draagmoeder en het kind is niet aan de orde en nu het kind niet in het gezin van de draagmoeder opgroeit is de geboorte geen aanleiding om in het huishouden te komen tot nieuwe verdeling van arbeid en zorgtaken. De partner van de draagmoeder zal daarom geen (aanvullend) geboorteverlof kunnen genieten. Deze lijn volgend vervalt het recht op couveuseverlof voor de draagmoeder als het kind langdurig in het ziekenhuis wordt opgenomen en gaat in het geval de draagmoeder tijdens het zwangerschaps- of bevallingsverlof overlijdt het resterende verlof niet over op haar partner ('kraambedsterfteregeling'). Beide regelingen zijn immers gericht op het versterken van de band met het kind respectievelijk de zekerstelling van de dagelijkse zorg voor het kind, hetgeen in het geval van draagmoederschap geen relevante doelstellingen zijn ten aanzien van de positie van de draagmoeder en haar partner.

Tenslotte zullen wensouders die werknemer zijn expliciet worden vermeld als rechthebbenden op calamiteiten- en ander kort verzuimverlof met loondoorbetaling wegens zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden i.c. de bevalling van de draagmoeder. Zij hebben dan net als nu de partner van de moeder het recht op verlof om bij de geboorte van hun kind aanwezig te zijn.

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.⁶² 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. Met de Staatscommissie Herijking ouderschap is de regering van oordeel dat erkenning een rechtshandeling is met verstreckende consequenties. Het is van belang voor zowel het kind als de minderjarige geboortemoeder en de aspirant ouder, dat beide ouders zich goed bewust zijn van de verantwoordelijkheid die het juridisch ouder zijn met zich brengt. De eis van meerderjarigheid beschermt de minderjarige ook tegen druk van de andere (aspirant) ouder of de nabije omgeving om het ouderschap op zich te nemen dan wel te delen. De wet wordt daarom 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 Beëindiging ouderschap

In de brief van 12 juli 2019 heeft het kabinet vastgesteld dat de huidige regelingen voor het teniet gaan van ouderschap knelt.⁶³ Aangekondigd is dat de thans gehanteerde termijnen voor het kind zullen worden geschrapt, in lijn met de eisen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM. De mogelijkheden om de ouderschapsband te verbreken zullen worden verruimd voor die gevallen waarin er een ernstig verstoorde relatie bestaat tussen het inmiddels meerderjarige kind en diens ouders en waarbij het voortbestaan van die relatie evident in strijd komt met het belang van dat kind, zo kondigde het kabinet aan. Dit betekent dat er, ongeacht het bestaan van een genetische band, een mogelijkheid wordt geopend tot het beëindigen van het ouderschap in uitzonderlijke gevallen. De wijze waarop de afstammingsrelatie tot stand is gekomen, is hierbij niet van belang.

6.5 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. Vanaf het moment van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel en de algemene maatregel van bestuur, zijn ook deze strafbepalingen van kracht. De regelingen zullen ruim voor inwerkingtreding worden gepubliceerd, opdat er in de praktijk anticiperend rekening mee kan worden gehouden. Gelet op de aard van

⁶² Kamerstukken II, 2018/19, 33 836, nr. 45.

⁶³ Zie vorige noot.



deze bepalingen ligt overgangsrecht op dit punt niet in de rede. Ook voor de toestemming voor erkenning door een minderjarige moeder is, gelet op het beschermende karakter van de wijziging, geen aanleiding voor specifiek overgangsrecht.

Indien voor inwerkingtreding van de strafbaarstelling afspraken zijn gemaakt tussen draagmoeders en wensouders, en is besloten dat de draagmoeder een kind zal dragen voor de wensouders en welke voorwaarden hieraan zijn verbonden, kan na inwerkingtreding van de strafbaarstelling geen vervolging worden ingesteld voor het uitvoeren van de gemaakte afspraken. Hetzelfde geldt voor afspraken tussen ouders van of verantwoordelijken voor een kind over het duurzaam overnemen van de verzorging en opvoeding van een kind.

Voor internationale gevallen geldt eveneens het uitgangspunt van onmiddellijke werking. De eenvoudige erkenning op grond van artikel 10:101a, derde lid onder a, is steeds mogelijk voor de bij wet bepaalde gevallen, ongeacht het moment van de totstandkoming van het ouderschap. De Staatscommissie Internationaal Privaatrecht (Staatscommissie IPR) heeft aanbevolen dit te expliciteren door opname van een bepaling van overgangsrecht op dit punt. Hiervan is afgezien, nu de onmiddellijke werking van de regeling aansluit bij het algemene uitgangspunt van regelgeving. Door de onmiddellijke werking enkel voor dit aspect expliciet te maken, zou twijfel kunnen ontstaan over de inwerkingtreding van andere bepalingen in de wet.

6.6 Evaluatie

Gelet op ervaringen uit het verleden, bijvoorbeeld op het terrein van adoptie en het gebruik van zaadcel- 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

Het wetsvoorstel is in twee tranches in internetconsultatie gegaan. Het grootste deel van de regeling is geconsulteerd van 24 april t/m 22 mei 2020 (4 weken). Het onderdeel over het verbod op kinderkoop en de verlofregeling zijn geconsulteerd van 19 juni t/m 19 juli 2020. De reacties worden hieronder ook in dezelfde volgorde behandeld.

7.1 Algemene consultatieronde

Op 24 april 2020 is het overgrote deel van het wetsvoorstel in internetconsultatie gegaan en tevens verzonden aan een aantal vaste consultatiepartners. De internetconsultatie heeft geleid tot 35 reacties, grotendeels van particulieren, maar tevens van het Adviescollege toetsing regeldruk, de Stichting Meer dan Gewenst, Defence for Children, Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann, FIOM, Stichting DuRF, the Regulatory Institute, de Vereniging Donorkinderen, Against Child Trafficking, Stichting Zwanger voor een Ander, Stichting Wensouders en Adoptie & Foster Coaching. Buiten de internetconsultatie zijn reacties ontvangen van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken (NVvB), de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), De Raad voor Rechtsbijstand, de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), de Staatscommissie Internationaal Privaatrecht en de Raad voor de rechtspraak (Rvdv). De Nederlandse Vereniging voor Familie- en erfrecht advocaten en scheidingsmediators (vFAS) heeft geen advies uitgebracht en laten weten dat zij zich in de redactie van het voorstel kunnen vinden. De Nederlandse Vereniging van Gemeenten heeft geen advies uitgebracht, maar op een later moment de wens geuit voor de financiële consequenties een impact-analyse uit te voeren. Het voorstel is daarnaast besproken in de Adviescommissie burgerlijk procesrecht. Hoewel dit niet heeft geleid tot een officieel advies, heeft de bespreking wel geleid tot enkele procesrechtelijke verduidelijkingen en aanvullingen. De reacties uit de consultatie zijn grotendeels positief maar deels ook bezorgd van toon. Over het algemeen wordt het belang van nieuwe wetgeving voor draagmoederschap onderschreven. In de reacties komen de volgende thema's aan de orde, waarop hierna zal worden ingegaan:

- a. De wenselijkheid van een draagmoederschapsregeling
- b. Versterking van het recht op afstammingsinformatie
- c. De procedure tot gerechtelijke vaststelling ouderschap na draagmoederschap
- d. Buitenlands draagmoederschap
- e. Bedenkingen
- f. Overige aspecten

Daarnaast is in verschillende reacties ingegaan op technische aspecten in de regeling. Deze hebben waar nodig geleid tot aanvulling of aanpassing van tekst en toelichting. Zo heeft het advies van de AP aanleiding gegeven tot aanpassing van paragraaf 10 Verwerken persoonsgegevens. Ook is door verschillende respondenten ingegaan op de vormgeving van het register afstammingsinformatie en de regeling voor toelaatbare vergoedingen bij draagmoederschap. Deze aspecten zullen worden geregeld in een algemene maatregel van bestuur, die volgens de reguliere procedure zullen worden



voorbereid. Deze besluiten zullen daarmee eveneens in internetconsultatie gaan, waarbij opnieuw ruimte bestaat voor reacties van betrokkenen. De totstandkoming van de beide regelingen, en daarmee onder meer het functioneren van het register, is een voorwaarde voor de inwerkingtreding van deze wet. Eenzelfde opmerking geldt de reacties over de mogelijkheid van een draagmoederbank en de mogelijkheden voor bemiddeling.

a. De wenselijkheid van een draagmoederschapsregeling

Het merendeel van de reacties in de consultatie onderschrijft de wenselijkheid van een draagmoederschapsregeling. Daarbij wordt gewezen op het feit dat draagmoederschap in de praktijk voor komt en dat het verstandig is om hiervoor een regeling met waarborgen te treffen. De RSJ benadrukt het feit dat een wettelijke regeling voor het kind direct duidelijk maakt wie de juridische ouders zijn en wie de verantwoordelijkheid dragen voor de verzorging en opvoeding op de lange termijn en dat de regeling een aantal essentiële rechten van het kind waarborgt. De NOV A noemt het wetsvoorstel een grote vooruitgang. De belangen van de uit de draagmoeders geboren kinderen worden naar haar oordeel met het wetsvoorstel beter gewaarborgd, terwijl ook de zorgen voor en de belangen van de draagmoeders beter gecontroleerd kunnen worden. De NVvB wijst erop dat het voorstel duidelijkheid geeft over de mogelijkheden, registratie en erkenning van draagmoederschap. De Rvdr onderschrijft het belang om te komen tot een wettelijke regeling voor draagmoederschap en onderstreept dat het recht van kinderen op informatie over hun afstamming met dit wetsvoorstel wordt versterkt, onder andere door de inrichting van een register.

Anderen benadrukken dat zij (bepaalde vormen van) draagmoederschap als zodanig onwenselijk en onethisch achten. Zij wijzen op de verschillende risico's die verbonden zijn aan draagmoederschap, zoals het niet kennen van de biologische afstamming en het verhandeld worden als kind op bestelling. Daarnaast wordt er door verschillende personen gewezen op het belang van de bescherming van de band tussen geboortemoeder en kind. Vanuit de ervaring van donorkinderen en adoptiekinderen wordt gewezen op het leed en gemis van tenminste een deel van de kinderen die opgroeien met deze ervaring. Door een deel van de respondenten wordt, ook los van de vraag of een regeling al dan niet wenselijk zou zijn, zwaar de nadruk gelegd op biologische afstamming of genetische verwantschap als basis voor ouderschap, waarmee het voorstel een breuk zou vormen.

De regering kan deze kritiek slechts ten dele volgen. Over de wenselijkheid van draagmoederschap kan verschillend gedacht worden. Hoewel de regering de stelling onderschrijft dat geen enkele regeling volledige bescherming kan bieden tegen onwenselijke praktijken, zijn het juist ook onder meer de genoemde risico's die leiden tot de conclusie dat het noodzakelijk is om te komen tot een regeling voor draagmoederschap. Voor een nadere toelichting hierop wordt verwezen naar par. 2.5 van de toelichting. Draagmoederschap mag niet leiden tot kinderkoop, en de achterhaalbaarheid van de ontstaansgeschiedenis van kinderen na draagmoederschap moet beter worden gewaarborgd dan thans het geval is. Het wetsvoorstel biedt hiervoor de kaders. Het treft daarbij een balans tussen de belangen van alle betrokkenen, waarbij het belang van het toekomstige kind voorop staat.

In dit verband hecht de regering grote waarde aan het feit dat de Staatscommissie heeft vastgesteld dat voldoende onderzoek laat zien dat voor goed opvoederschap geen biologische of genetische relatie nodig is tussen de volwassene(n) en het kind. Draagmoederschap en het opgroeien bij een ander dan de geboortemoeder leidt daarmee voor een kind niet per definitie tot ontwikkelingsproblemen. Onderzoek uit het Verenigd Koninkrijk laat zien dat hoe jonger kinderen worden geïnformeerd over hun biologische afkomst, hoe positiever de resultaten zijn in termen van kwaliteit van familierelaties en psychologisch welzijn tijdens de adolescentie.⁶⁴ Uit ander onderzoek uit het Verenigd Koninkrijk blijkt dat kinderen ontstaan uit draagmoederschap over het algemeen een goed psychosociaal aanpassingsvermogen ontwikkelen.⁶⁵ Benadrukt dient te worden dat draagmoederschap nu reeds voorkomt en dat het niet accepteren van de uitkomsten van draagmoederschap, ook blijkens de jurisprudentie van het EHRM in algemene zin niet in het belang is van de betrokken kinderen.⁶⁶

b. Versterking van het recht op afstammingsinformatie

Het merendeel van de respondenten, waaronder FIOM, onderschrijft het belang van de voorgestelde maatregelen ter versterking van het recht op afstammingsinformatie. Het is van belang dat een regeling op dit punt voldoende draagvlak heeft. Dit wordt onderstreept door de procedurele waarborg in het voorstel van een voorhangprocedure voor vaststelling van het besluit waarin het register wordt geregeld, zoals neergelegd in artikel 199, derde lid.

Door sommige respondenten is gevraagd naar de zelfstandige toegang van het kind tot afstammings-

⁶⁴ Ilioi, E. e.a., 'The role of age of disclosure of biological origins in the psychological wellbeing of adolescents conceived by reproductive donation: a longitudinal study from age 1 to age 14', *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2017, 58:3, pp 315-324.

⁶⁵ Golombok, S e.a., 'Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment', *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2013, 54, 653-60.

⁶⁶ 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



informatie die is opgeslagen in het register. Gevraagd is op welke wijze een kind op de hoogte kan zijn van het feit dat er informatie beschikbaar is. Tevens is gevraagd welke informatie allemaal in het register kan worden geregistreerd. De opzet van het register zal worden geregeld bij algemene maatregel van bestuur, waarbij ook deze aspecten aan de orde zullen komen. Wel verdient opmerking dat de vraag naar kennis van het bestaan van een registratie niet specifiek is voor de situatie van kinderen na draagmoederschap, maar ook geldt voor donorkinderen, adoptiekinderen en andere kinderen waarvan de genetische en juridische afstamming niet aan elkaar gelijk is. In de regeling voor draagmoederschap is gekozen voor registratie van informatie met betrekking tot het draagmoederschap in een register én vermelding van de draagmoeder op de geboorteakte. Daarmee zijn er na draagmoederschap in Nederland altijd twee plaatsen waar een kind informatie kan vinden over diens afstamming. Dit is tevens een reactie op de vraag van de Stichting DuRF hieromtrent. Voor donorkinderen is deze informatie op de geboorteakte niet beschikbaar. Dit verschil met donorkinderen is te rechtvaardigen vanuit zowel principiële als praktische overwegingen. Principieel geldt dat in de draagmoederschapsregeling voor het eerst wordt afgeweken van het zogenoemde 'mater semper certa est'-beginsel. Dit beginsel houdt in dat het (juridische) moederschap van de geboortemoeder altijd vaststaat. Dit is bij donorkinderen het geval. Bij gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap, komen de wensouders echter direct op de geboorteakte te staan als juridische ouders. Vanwege de afwijking van voormeld beginsel, is het principieel te rechtvaardigen dat de draagmoeder als geboortemoeder naast de juridische ouders op de geboorteakte wordt vermeld. Overigens leidt vermelding van de geboortemoeder op de geboorteakte niet tot juridisch ouderschap van de geboortemoeder. Een praktische overweging ter rechtvaardiging van het verschil met donorkinderen is dat het voor de ambtenaar van de burgerlijke stand steeds bekend zal zijn wie de geboortemoeder is, omdat er een beschikking van de rechter voorhanden is. De ambtenaar van de burgerlijke stand zal bij de aangifte van een kind niet bekend zijn of gebruik is gemaakt van een zaadcel- dan wel eiceldonor. Hierdoor is het vermelden van het feit dat er gebruik is gemaakt van een donor op de geboorteakte ook praktisch niet haalbaar. Opname van deze gegevens op de geboorteakte betekent niet dat deze gegevens ook voor iedereen openbaar zullen zijn. Overeenkomstig artikel 1:23b, lid 2, BW wordt een afschrift van de geboorteakte met daarop de afstammingsgegevens enkel afgegeven aan personen met een gerechtvaardigd belang. Deze situatie wijkt overigens niet af van andere mogelijk gevoelige gegevens die nu reeds worden opgenomen op de geboorteakte, zoals een adoptie of een ontkenning vaderschap en opvolgende erkenning. De RSJ vroeg in dit kader nog naar de verhouding tussen de toegang tot het register en de geboorteakte. Voor het register geldt dat daarin de relevante informatie terug zal zijn te vinden, zoals donoren, rechterlijke uitspraken en eventuele resultaten van genetische tests. In de geboorteakte is enkel terug te vinden wie de draagmoeder is geweest. Het verschil tussen beide registraties rechtvaardigt ook een verschil in begeleiding bij de toegang tot die registratie. Overigens is het uitgangspunt bij draagmoederschap, ook binnen de verplichte voorlichting, dat informatie over de draagmoeder reeds vanaf vroege leeftijd met het kind wordt gedeeld, waardoor de ontstaansgeschiedenis van het kind onderdeel uit kan maken van diens identiteitsontwikkeling.

Door verschillende respondenten, waaronder de Rvdr, is gepleit voor een verplichting tot een DNA-test, al dan niet prenataal, om de juistheid van de vastgelegde afstammingsinformatie te controleren. Bij de voorbereiding van de regeling is een dergelijke verplichting overwogen, maar hiervan is afgezien. In algemene zin wordt door de overheid geen controle van DNA-relaties uitgevoerd bij het ontstaan van afstammingsrelaties. Tegenwoordig bestaat, door de mogelijkheid van eiceldonatie, zelfs geen absolute zekerheid over de genetische band tussen de geboortemoeder en het kind. Bij draagmoederschap wordt straks zowel de band met de geboortemoeder, de band met eventuele donoren als de stukken rond de totstandkoming van het draagmoederschap geregistreerd op een wijze die op termijn voor het kind toegankelijk is. Daarbij is het voor ouders en kind altijd mogelijk om naderhand een DNA-test uit te voeren. De onzekerheid die daarnaast kan bestaan over de afstamming is vergelijkbaar met de onzekerheid die ook bestaat voor kinderen geboren in andere situaties. Voor het wegnemen van dat laatste stuk onzekerheid ligt de verantwoordelijkheid in de eerste plaats bij de ouder, zoals ook tot uitdrukking wordt gebracht in de regeling.

Defence for Children pleit nog voor het strafbaar stellen van de wensouders bij het gebruik van anonieme donoren in het geval van buitenlands draagmoederschap. Deze suggestie is niet overgenomen.

In Nederland kan geen gebruik gemaakt worden van anonieme ei- of zaadcellen bij een behandeling in een Nederlandse kliniek, omdat de klinieken verplicht zijn de gegevens van de donor door te geven aan de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. Dit is ook het geval wanneer gebruik gemaakt wordt van buitenlandse ei- of zaadcellen. Als de behandeling in het buitenland plaatsvindt is hier echter geen zicht op. Wel heeft de NVOG in februari 2020 het standpunt ingenomen dat voor handelingen ten behoeve van anonieme donatie van eicellen, sperma of embryo's niet de hulp van Nederlandse gynaecologen kan worden ingeroepen. En een in Nederland werkende gynaecoloog werkt niet mee aan de monitoring van fertiliteitstrajecten en voert geen onderzoeken uit in opdracht



van buitenlandse fertiliteitsklinieken waarbij gebruikgemaakt wordt van anonieme donoren.⁶⁷ Dit is een soort ontmoediging om gebruik te maken van anonieme geslachtscellen. De voorgestelde regeling zet in aanvulling daarop substantiële stappen ter versterking van het recht op die informatie. Hoewel deze informatie zonder meer van groot belang is voor een kind, kan een overheid gelet op de aard van die informatie niet waarborgen dat die kennis altijd beschikbaar komt, zonder dat onaanvaardbaar diep zou worden ingegrepen in de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen. In het verlengde daarvan past in deze regeling geen strafbaarstelling van het gebruik van anonieme zaadcel- of eiceldonoren in het buitenland, al dan niet bij draagmoederschap

c. Procedure tot gerechtelijke vaststelling ouderschap na draagmoederschap

Door verschillende respondenten is het belang onderschreven van voorlichting en counseling voorafgaand aan het draagmoederschapstraject. Tevens is daarbij in de reacties hier en daar een voorschot genomen op de inhoud van de voorlichting en counseling. De voorlichting en counseling zal verder worden uitgewerkt in een ministeriële regeling op grond van artikel 1:215, tweede lid, van het voorstel. Tijdens het algemeen overleg met de Tweede Kamer over 'herijking ouderschap' is door de Minister voor Rechtsbescherming toegezegd dat onder meer belangenorganisaties zullen worden betrokken bij de totstandkoming van die regeling. Vanuit Stichting Wensouders en Stichting DuRF is tevens benadrukt dat de te volgen procedure niet te lang zou moeten duren, en dat de inhoud van de counseling er niet toe zou moeten leiden dat er sprake is van een soort ouderschapsexamen. Ook de RSJ heeft gewezen op het feit dat counseling zo kan worden ervaren, mede vanwege het feit dat eventuele contra-indicaties worden doorgegeven aan de rechter.

De RSJ steunt de keuze om de beoordeling van draagmoederschap bij de rechter te leggen, maar heeft tevens verzocht om een nadere onderbouwing van deze keuze, gelet op de drempel die een gang naar de rechter opwerpt. In reactie daarop is van belang op te merken dat op dit punt het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap is gevolgd. Een rol voor bijvoorbeeld een notaris werd door de Staatscommissie onvoldoende geacht om de bescherming van de belangen van kind en draagmoeder te waarborgen. Voor de overdracht van een kind aan wensouders achtte zij, ook gelet op de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot adoptie een rechterlijke beoordeling noodzakelijk. Een rol voor de rechter sluit ook aan bij het gegeven dat de rechter in het huidige stelsel een rol heeft bij iedere beëindiging van juridisch ouderschap; door adoptie, vernietiging van een erkenning of ontkenning van het ouderschap. Daarbij valt te verwachten dat een rechterlijk oordeel de erkenningskansen van het juridisch ouderschap na draagmoederschap in het buitenland zal vergroten. Omgekeerd vereist de regeling voor eenvoudige erkenning eveneens een rechterlijke beoordeling in het buitenland.

De Rvdr merkt op dat de toegevoegde waarde van een toetsing vooraf door de rechter sterker zou worden indien nadien wordt nagegaan of het ouderschap daadwerkelijk zo is ontstaan als draagmoeder en wensouders voor ogen hadden tijdens de procedure bij de rechter. De Raad stelt daarbij dat onvoldoende is ingegaan op gevallen waarin zaken niet verlopen zoals afgesproken. Voor deze situaties wordt gevraagd om verduidelijking van het toetsingskader en explicitering van de gevolgen van het niet naleven van de draagmoederschapsovereenkomst. In reactie hierop is de toelichting op verschillende punten aangevuld. In dit verband staat evenwel voorop dat het ouderschap van de wensouders tot stand komt door de gerechtelijke toekenning van het ouderschap, niet door het bestaan van de overeenkomst. Het niet naleven van de overeenkomst heeft dan ook, net als bijvoorbeeld het uiteengaan van de wensouders na de uitspraak, geen gevolgen voor de toekenning van het ouderschap. Het ouderschap kan enkel worden aangetast op grond van artikel 1:219 BW (herroeping gerechtelijke toekenning ouderschap na draagmoederschap) of, na de meerderjarigheid van het kind, op grond van artikel 1:222 BW (algemene regeling beëindiging ouderschap).

De NOvA heeft gepleit voor een termijn van (bijvoorbeeld) 6 weken waarbinnen de rechtbank een verzoekschrift moet behandelen. Met deze organisaties is de regering van oordeel dat de te volgen procedure niet langer moet duren dan noodzakelijk. Tegelijkertijd staat zorgvuldigheid voorop. Er is naar het oordeel van de regering geen bijzondere aanleiding om deze juridische procedure voorrang te verlenen op andere juridische procedures in het familierecht.

Door stichting Wensouders is gevraagd om het uitgangspunt in de regeling om te draaien waardoor de rechter enkel zou toetsen aan de aspecten genoemd in artikel 1:215 BW. Hierdoor zou de mogelijkheid voor de rechter ontbreken om ook indien aan alle voorwaarden is voldaan, in het belang van het kind de toekenning van het ouderschap na draagmoederschap af te wijzen. Deze suggestie is niet gevolgd. De regering acht het van groot belang dat de rechter een beoordeling kan maken in het individuele geval die verder gaat dan het enkele afvinken van voorwaarden. Bij contra-indicaties moet er voor de rechter altijd de mogelijkheid bestaan om nader onderzoek te laten uitvoeren door de Raad voor de Kinderbescherming en desnoods het verzochte ouderschap af te wijzen. Dit vormt een

⁶⁷ Zie: www.nvog.nl/wp-content/uploads/2020/02/NVOG-standpunt-Niet-meewerken-aan-vruchtbaarheidsbehandelingen-waarbij-gebruikgemaakt-wordt-van-eicellen-sperma-of-embryos-van-anonieme-donoren-20-2-2020.pdf



belangrijke waarborg dat de rechterlijke beslissing niet strijdig is met het belang van het toekomstige kind.

Onder andere FIOM betreft dat naast de regeling voor draagmoederschap, andere wijzen voor de totstandkoming van ouderschap na draagmoederschap niet worden afgesloten. Gebruik maken van de huidige routes, waarbij telkens adoptie achteraf plaatsvindt, zou moeten worden ontmoedigd. Alles afwegend is de regering van oordeel dat het inderdaad wenselijk is om bestaande mogelijkheden verder te ontmoedigen. Hiertoe is het voorstel aangepast. In geval van een verzoek tot adoptie na draagmoederschap zal ook aan de belangrijkste voorwaarden voor draagmoederschap moeten worden voldaan, waaronder het overleggen van een overeenkomst, het bestaan van een genetische band met tenminste een van de wensouders en het gevolgd hebben van de voorlichting en counseling. Ook zendt de griffier in dit geval de draagmoederschapsovereenkomst en de beschikking aan het register.

De Rdvr en de FIOM stellen met een aantal andere respondenten tevens dat het wenselijk zou zijn dat in alle gevallen voorafgaand aan de beslissing door de rechter een onderzoek door een instantie zoals de Raad voor de Kinderbescherming plaatsvindt. Andere reacties, waaronder die van de NVvB, wijzen er juist op dat de vereiste verklaring omtrent het gedrag al een zwaardere eis is dan geldt voor personen die op een andere manier ouder worden van een kind. Met de laatste reacties is de regering van oordeel dat een standaard onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming in deze gevallen verder zou gaan dan noodzakelijk. Ook bij een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap wordt niet standaard een onderzoek verricht naar de geschiktheid van de beoogde ouder. De enkele omstandigheid dat de betrokkenen niet in staat zijn om zonder de hulp van een derde de ouders van een kind te worden, is onvoldoende om een standaard raadsonderzoek naar de geschiktheid van de wensouders te rechtvaardigen. Dit geldt temeer nu in de regeling als uitgangspunt is gesteld dat het kind met tenminste één van de wensouders een genetische band heeft. Met de aanpassing van artikel 810 Rv wordt buiten twijfel gesteld dat de rechter als daar aanleiding voor is altijd een onderzoek kan laten uitvoeren door de Raad voor de Kinderbescherming. Dit onderzoek kan zowel zien op de geschiktheid van de wensouders als van de draagmoeder. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de uitkomsten van de counseling daartoe aanleiding geven, overeenkomstig het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap.

FIOM stelt dat draagmoederschap zonder genetische verwantschap met de wensouders zou moeten worden uitgesloten, nu over de gevolgen daarvan voor het kind te weinig bekend is. De RSJ vraagt om een nadere onderbouwing van de eis van een genetische band met ten minste één van de wensouders en een nadere uitwerking van de uitzondering daarop. In reactie hierop wordt verwezen naar het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap die heeft overwogen dat een genetische band tussen het kind en de wensouders maakt dat de complexiteit van de ontstaansgeschiedenis voor het kind beperkt blijft. Daarbij maakt het bestaan van een genetische band het onderscheid tussen draagmoederschap en adoptie ook evident. De Staatscommissie stelt dat uit onderzoek blijkt dat een genetische relatie tussen kind en verzorger op zich niet van belang is voor het welzijn van het kind of voor de band tussen de opvoeder/verzorger en het kind. Benadrukt zij dat in het voorstel van de eis van genetisch verwantschap enkel kan worden afgeweken indien een genetische verwantschap onmogelijk is. Dat kan bijvoorbeeld zijn omdat het fysiek onmogelijk is om een zaadcel of eicel te leveren of omdat het anderszins medisch onverantwoord zou zijn om een genetische verwantschap te laten ontstaan. De bewijslast voor het bestaan van deze onmogelijkheid ligt bij de wensouders. Dit betreft een zeer beperkte uitzondering voor schrijnende omstandigheden, die aansluit bij het ook door FIOM aangehaalde advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap op dit punt. Andere voorbeelden van situaties waarbij een genetische band praktisch onmogelijk moet worden beschouwd, kan de regering niet uitsluiten, maar zijn in abstracto moeilijk te noemen. De onmogelijkheid staat ter beoordeling van de rechter in het individuele geval.

FIOM en Defence for Children stellen dat het wenselijk is dat voor de draagmoeder een hogere minimumleeftijd geldt dan 18 jaar, bijvoorbeeld 24 jaar in combinatie met de eis dat zij eerder een kind heeft gehad. De regering is het eens dat draagmoederschap door een zeer jonge draagmoeder zonder voltooid gezin onwenselijk is, omdat dit de kans lijkt te kunnen vergroten op bedenkingen lopende de zwangerschap. Een concrete leeftijdsgrens is daarbij naar het oordeel van de regering echter nauwelijks te onderbouwen. De rijpheid van de draagmoeder is een aspect dat zal moeten worden betrokken in de counseling van de draagmoeder. De tekst van de toelichting is naar aanleiding hiervan aangepast om het uitgangspunt van een zekere mate van rijpheid van de draagmoeder beter tot uitdrukking te brengen. De NOvA stelt de vraag hoe de rechter de rijpheid van de draagmoeder kan beoordelen indien er reeds een verslag van de counseling ligt. Anders dan de NOvA lijkt te veronderstellen, dient de counseling niet (primair) als filter, maar vormt het verslag van de counseling een belangrijke basis voor de beoordeling door de rechter.

Gevraagd is welke afdwingbare afspraken gemaakt kunnen worden tussen wensouders en draagmoeders, meer specifiek naar de spanning die er kan bestaan tussen deze afspraken en het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder. De Staatscommissie heeft hierover een aantal opmerkingen gemaakt waarbij in de regeling op hoofdlijnen wordt aangesloten. Net als ieder ander kunnen wensouders en draagmoeder afspraken maken over bijvoorbeeld niet roken, geen alcohol en het zich laten begeleiden door verloskundigen gedurende de zwangerschap. Afhankelijk van de afspraken



kunnen daaraan ook gevolgen worden verbonden. De rechter zal bij de vaststelling van het ouderschap na draagmoederschap deze afspraken kunnen toetsen. De afspraken over de gevolgen van niet-nakoming van de gemaakte afspraken mogen echter niet van dien aard zijn dat hiermee de facto het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder in zijn kern wordt beperkt. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij onevenredig hoge boetebedingen. Het bestaan van dergelijke afspraken is een belangrijke aanwijzing dat de draagmoederschapsovereenkomst niet in het belang is van het kind en evenmin zorgvuldig tot stand is gekomen in de zin van artikel 1:215, eerste lid onder g BW en vormt een grond voor afwijzing van het verzoek tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. Overigens is niet geregeld dat de draagmoederovereenkomst deel uitmaakt van de beschikking tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. Een herroeping van de beschikking vernietigt de overeenkomst ook niet automatisch. In de overeenkomst kan de herroeping uiteraard wel worden opgenomen als ontbindende voorwaarde voor de overeenkomst. Daarbij kan overigens niet worden afgeweken van artikel 1:220, derde lid, BW: de herroeping kan niet leiden tot een vordering tot teruggave van kosten.

d. Buitenlands draagmoederschap

FIOM stelt, samen met enkele andere respondenten, dat een eenvoudige erkenning van draagmoederschap uit het buitenland onmogelijk zou moeten zijn en dat er aanvullende beschermingsmaatregelen nodig zijn om commercieel draagmoederschap in het buitenland te voorkomen. Op dit punt mag geen misverstand bestaan, ook de regering acht draagmoederschap waarbij onredelijk hoge bedragen worden betaald onwenselijk, zie hiervoor tevens de regeling voor maximale vergoedingen voor Nederland. In de huidige situatie bestaat geen mogelijkheid voor een effectieve reactie op dergelijke ongewenste praktijken. Het dilemma is helder: wordt een kind geboren uit betaald (buitenlands) draagmoederschap waarbij sprake is of zou kunnen zijn van kinderkoop en wordt het ouderschap vervolgens niet erkend, dan dreigt voor het kind een situatie van onzekerheid over wie hem zal verzorgen, zijn afstamming en zijn naam en dreigt zelfs staatloosheid. Dat is de reden waarom het EHRM, en ook binnenlandse jurisprudentie, bij een kind met een genetische band met één van de wensouders weinig andere mogelijkheden laat dan het erkennen van de afstammingsrelatie. Dat neemt niet weg dat wensouders zich kwalijk, zelfs strafwaardig, gedragen indien zij betalen voor de overdacht van het ouderschap. Een krachtig signaal over wat wel en niet is toegestaan is dan ook wenselijk. Dit dilemma vormt de aanleiding voor de tweeledige reactie in dit voorstel. Van de ene kant wordt draagmoederschap in Nederland beter geregeld. Waar toch wordt gekozen voor een buitenlands traject, wordt kiezen voor een nette regeling gestimuleerd door duidelijke voorwaarden voor eenvoudige acceptatie van de buitenlandse geboorteakte. Voor de duidelijkheid: een land als de Oekraïne, waar draagmoederschap mogelijk is zonder rechterlijke tussenkomst, voldoet niet aan die voorwaarden. Aan de andere kant wordt kinderkoop tegengegaan door de introductie van een specifieke strafbaarstelling. Daarmee wordt de norm duidelijk, zonder dat dit het betrokken kind in de kou laat staan. Dit komt tegelijkertijd tegemoet aan de oproep van de RSJ om passende maatregelen om kinderkoop tegen te gaan.

Door sommige respondenten is gereageerd op de IPR & nationaliteitsrechtelijke aspecten van draagmoederschap. Uitgangspunt van de draagmoederschapsregeling is dat deze in beginsel geen gevolgen heeft voor de regeling in de Rijkswet op het Nederlandschap. De Rijkswet sluit onder meer aan bij juridisch ouderschap dat bestaat vanaf de geboorte. De draagmoederschapsregeling gaat hier eveneens van uit. Verwezen wordt naar artikel 215, eerste lid, sub i, waarin wordt vereist dat voor gebruikmaken van de draagmoederschapsregeling duidelijkheid moet bestaan over de nationaliteit van het kind. Dit betekent voor meerdere groepen, waaronder staatloze wensouders en wensouders uit landen waar draagmoederschap niet wordt geaccepteerd, dat deze regeling niet voor hen open zal staan. Tevens is denkbaar dat onmogelijk is zekerheid te verkrijgen over de erkenning van de afstammingsrelatie na draagmoederschap in het land van herkomst. Dit is voor betrokkenen uiteraard betreurenswaardig. De regeling maakt een afweging tussen de belangen van kind, draagmoeder en wensouders. Het recht van het kind op een nationaliteit acht de regering van zo fundamentele aard, dat niet meegewerkt zou moeten worden met het ontstaan van draagmoederschap als dat mogelijk leidt tot staatloosheid. Het belang van het kind geeft in dat geval de doorslag.

Op advies van de Staatscommissie IPR is in de toelichting expliciet gemaakt dat een erkenning van in het buitenland ontstane afstamming na draagmoederschap op grond van artikel 10:101a BW een declaratoir karakter heeft. Daarmee staat buiten kijf dat ook in deze gevallen via de reguliere toepassing van artikel 3 en 4 van de Rijkswet op het Nederlandschap dient te worden vastgesteld of het kind Nederlander is geworden.

Voor de IPR-aspecten van de regeling is op hoofdlijnen aangesloten bij het eerdere advies van de



Staatscommissie IPR.⁶⁸ Deze aspecten zijn vervolgens opnieuw voorgelegd aan de Staatscommissie IPR. De Staatscommissie IPR heeft daarbij desgevraagd toegelicht waarom naar haar oordeel niet kan worden volstaan met de eis van een gewone verblijfplaats voor toegang tot de regeling (artikel 1:215 BW), maar dat (tevens) voorzien zou moeten worden in een specifieke regeling van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter waarbij eveneens aangehaakt wordt bij de gewone verblijfplaats van de draagmoeder en wensouders. Dit zou onder meer kunnen leiden tot een eenvoudigere erkenning van in Nederland ontstaan ouderschap na draagmoederschap in het buitenland. Tevens zou dit een aantal kwesties oplossen rond de rechtsmacht bij vervolgsprocedures. Aan dit advies van de Staatscommissie IPR is gehoor gegeven. Het voorstel is daartoe aangevuld met een specifieke rechtsmacht-regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Daarnaast is onder andere door de Staatscommissie IPR beargumenteerd dat een specifieke regeling voor het bestaan van gezag na erkenning van ouderschap na draagmoederschap onnodig is, nu hiervoor reeds een sluitende regeling bestaat op grond van internationale verdragen alsmede het *commune internationaal privaatrecht*. Dit heeft geleid tot het schrappen van deze regeling uit het voorgestelde artikel 10:101a BW.

Door een respondent is gevraagd naar de verhouding tussen artikel 10:101a en artikelen 10:100 en 10:101 BW betreffende de erkenning van familierechterlijke betrekkingen na draagmoederschap die zijn vastgesteld in het buitenland. Ook de Rvdr heeft gevraagd om verduidelijking van de verhouding, door in artikel 10:101a expliciet te maken aan de hand van welk toetsingskader de rechter een beslissing of akte dient te beoordelen. Aan dit laatste advies is tegemoet gekomen door aanvulling van leden 1 en 2 van artikel 10:101a BW. Hier zij ter verduidelijking opgemerkt dat de afwijking van artikel 10:101a ten opzichte van artikelen 10:100 en 10:101 BW enkel bestaat uit de vraag of erkenning van rechtswege aan de orde is, of niet. De opsomming van omstandigheden waaronder geen erkenning kan plaatsvinden zoals opgenomen in beide artikelen, waaronder de openbare orde toets, zijn onverminderd van toepassing bij een verzoek om erkenning op grond van artikel 10:101a BW, ongeacht of het een verzoek aan de rechter op grond van het eerste of tweede lid betreft of een verzoek om eenvoudige erkenning op grond van het derde lid.

Door sommige respondenten is gevraagd waarom niet is gekozen voor een systeem vergelijkbaar met internationale adoptie, waarbij in Nederland vooraf goedkeuring dient te worden verkregen door wensouders, alvorens zij een kind uit het buitenland kunnen opnemen. Het adoptiestelsel waaraan wordt gerefereerd heeft een verdragsrechtelijke basis in het Haags Adoptieverdrag. Onder dat verdrag zal een adoptie in het buitenland niet worden toegestaan zonder voorafgaand onderzoek naar de geschiktheid van de ouders binnen Nederland. Een dergelijk stelsel van tweezijdige toestemming ontbreekt voor draagmoederschap. Een kind geboren uit een draagmoeder heeft daarbij doorgaans ook een genetische band met tenminste één van de wensouders. Een stelsel van toestemming vooraf zou daarmee niet afdoen aan de noodzaak tot erkenning van de afstammingsband tussen die wensouder en het kind indien die toestemming niet vooraf is gevraagd. Voor adoptie in Nederland na draagmoederschap is na inwerkingtreding van dit voorstel wel vereist dat alsnog de voorlichting en counseling in het kader van draagmoederschap wordt voltooid.

Tevens is gevraagd naar de gevolgen van een eventuele verhuizing naar het buitenland van wensouders of draagmoeder gedurende de zwangerschap. Het mag duidelijk zijn dat de eisen die aan het draagmoederschapstraject zijn verbonden, erop gericht zijn de toegang van de regeling te beperken tot personen die duurzaam in Nederland gevestigd zijn. Een draagmoeder die gedurende de zwangerschap verhuist naar het buitenland loopt het risico dat de geboorteakte in het buitenland zal worden opgemaakt, eventueel met toepassing van buitenlands recht. Dit zal leiden tot een andere uitkomst van het traject, of tenminste onzekerheid over de afstamming van het kind. Dit risico valt niet weg te nemen in een Nederlandse regeling en onderstreept het belang van de ontwikkeling van een breed gedragen internationale regeling voor draagmoederschap, waar thans binnen de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht aan wordt gewerkt.

Door de NVvB is gevraagd of het mogelijk is dat op basis van de erkenningsregeling een geboorteakte kan worden opgenomen waarin de geboortemoeder niet is opgenomen. Dat is het geval. De openbare orde zal zich daar niet langer tegen verzetten. Dit sluit overigens ook aan bij ontwikkelingen in de jurisprudentie op dit punt.⁶⁹ Een afzonderlijke procedure tot vaststelling van geboortegegevens is niet nodig, mits voldaan wordt aan de voorwaarden voor eenvoudige erkenning zoals opgenomen in artikel 10:101a, lid 3, onder a BW.

Door de NOvA is opgemerkt dat er vanuit de praktijk geen voorbeelden bekend zijn waarbij er wettelijke mogelijkheden bestaan voor draagmoeders die niet vanaf de geboorte eerst als moeder zijn aangemerkt, om alsnog terug te komen op de intentie tot overdracht van het ouderschap (zoals eerder als eis opgenomen in artikel 10:101a lid 1 onder a, sub iv BW). Naar aanleiding hiervan is nogmaals gezien welke (wettelijke) mogelijkheden bestaan voor het terugkomen op een eerdere intentie. Die

⁶⁸ Staatscommissie IPR, Advies over de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de aanbevelingen en voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap in haar Rapport «Kind en ouders in de 21ste eeuw», Den Haag: 2019, Kamerstuk II 2018/19, 33 836, nr. 42, bijlage.

⁶⁹ Rechtbank Amsterdam 12 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1628, *RFR* 2020/102.w

mogelijkheden blijken in enkele gevallen wel degelijk te bestaan. Een eis van een *wettelijke* mogelijkheden gaat echter verder dan is beoogd met de regeling. Ook indien de overdracht van het ouderschap onderwerp is geweest van een contract waarin is voorzien in de mogelijkheid voor de draagmoeder om na de geboorte onder omstandigheden terug te komen op de overdracht van het ouderschap, wordt voldaan aan de intentie waarmee deze eis wordt gesteld: het waarborgen van de positie van de draagmoeder. Het bestaan van deze mogelijkheid kan worden aangetoond door de overeenkomst over te leggen, dan wel door middel van een recente verklaring van een advocaat of notaris over het bestaan van de wettelijke mogelijkheid.

e. Bedenkingen

In de reacties worden specifiek vragen gesteld over de mogelijkheid dat wensouders of draagmoeders zich bedenken tijdens de zwangerschap. Gevraagd wordt wat de gevolgen hiervan zijn voor het kind. Voor een deel van die vragen kan worden gewezen op (de toelichting bij) artikelen 1:219 en 1:220 BW van de regeling. Daarin wordt duidelijk gemaakt wat de positie is van de wensouders en draagmoeder bij bedenkingen. Duidelijk is dat de wensouders met de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap na draagmoederschap een band aangaan met het kind waarop zij in beginsel niet terug kunnen komen. Het is daarom van groot belang dat de wensouders en de draagmoeder goed voorgelicht aan het draagmoederschap beginnen. Ouderschap is geen lichtvaardige keuze, zeker niet als dit tot stand komt via draagmoederschap. De verplichte voorlichting en counseling zijn in dat verband van evident belang.

Onder meer in reactie op vragen van de Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann hierover wordt hier benadrukt dat de keuze voor voldragen of beëindigen van de zwangerschap altijd aan de draagmoeder is. De toelichting stelt hierover bij artikel 1:216 BW reeds dat afspraken over gevallen waarin de zwangerschap beëindigd zou moeten worden in strijd zijn met de goede zeden en openbare orde. Dergelijke afspraken zijn dan ook in geen geval rechtens afdwingbaar. Dat de draagmoeder niet financieel onder druk kan worden gezet om de zwangerschap tegen haar zin te voldragen wordt gewaarborgd door het gegeven dat herroeping op verzoek van een van de partijen niet leidt tot een vordering tot teruggave van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap. Dat wensouders daardoor gebonden kunnen worden aan een kind dat zij (bij nader inzien) niet wensen, is een consequentie die zij bij aanvang van het draagmoederschap dienen te aanvaarden. De suggestie van Stichting Wensouders dat de mogelijkheden van de wensouders om ouderschap aan te vechten zouden moeten kunnen worden verruimd volgt de regering dan ook niet. De keuze voor een draagmoederschap brengt verantwoordelijkheden en risico's met zich mee. Dat is overigens niet wezenlijk anders dan de positie van iedere tweede ouder indien de zwangerschap op reguliere wijze tot stand komt. Het is in het belang van het betrokken kind, de draagmoeder en de wensouders dat over die verantwoordelijkheden en risico's vanaf de start zo min mogelijk onduidelijkheden bestaan. Ook aan dit aspect zal in de voorlichting van betrokkenen aandacht dienen te worden besteed.

Door diverse respondenten is gevraagd naar de reden dat bij een verzoek tot herroeping van de beschikking door een draagmoeder (artikel 1:219, lid 2) wel en bij een zelfde verzoek van een wensouder (artikel 1:219, lid 3) geen beoordeling plaatsvindt in het belang van het kind. De regering heeft hierbij primair het advies van de Staatscommissie gevolgd, dat eenzelfde onderscheid hanteert. De mogelijkheden tot herroeping op verzoek van de wensouders zijn zeer gering. Enkel bedreiging, dwaling of bedrog met betrekking tot het verzoek of bedrog omtrent de wijze waarop de zwangerschap tot stand is gekomen kan leiden tot een herroeping. Dit impliceert dat er in dat geval geen genetische band bestaat tussen de wensouder en het kind. Dit gegeven kwam evenwel nog niet expliciet tot uitdrukking in het derde lid. Het voorstel is daarom in die zin aangevuld zodat daarover geen misverstand kan bestaan. In een dergelijke situatie kan niet van de wensouders gevergd worden dat de afstammingsband met het kind ontstaat of in stand blijft. Er is, overeenkomstig de regeling bij ontkenning van het ouderschap dat door huwelijk of erkenning is ontstaan, geen ruimte voor een afweging in het belang van het kind. Dat is anders indien de draagmoeder een beroep doet op de herroeping. Er zal dan doorgaans immers wel degelijk (ook) een genetische band tussen het kind en de wensouders bestaan.

In een reactie is nog de vraag gesteld of het vereiste dat in de draagmoederschapsovereenkomst afspraken zijn opgenomen over de beschikbaarheid van juridisch advies voor de draagmoeder tot 6 weken na de geboorte impliceert dat de wensouders de advocaat van de draagmoeder moeten betalen die een herroepingsprocedure instelt. Dit is uiteraard niet het geval. Wel dient tot 6 weken na de geboorte onafhankelijk juridisch advies voor de draagmoeder beschikbaar te zijn, naast de juridische voorlichting die verplicht ontvangen dient te zijn.

Tevens zijn, onder meer door de NVvB, vragen gesteld over het effect van een herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap, en vergelijkbaar, indien het kind wordt geboren na de werkingsperiode van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. In beide gevallen zal de afstamming volgens de regeling van artikel 1:198 en verder worden bepaald. Na het verlopen van de werkingsduur van de gerechtelijke toekenning is de geboortemoeder de moeder van het kind dat is geboren uit draagmoederschap (artikel 1:198, eerste lid, onder a BW). Dit geldt eveneens indien voor of na de geboorte een herroeping wordt uitgesproken

van de gerechtelijke toekenning. Er kan dan ook geen sprake zijn dat het kind zonder juridische ouders geboren wordt. Is het kind al geboren, dan zal een en ander leiden tot een latere vermelding op de geboorteakte van de herroeping. Vindt de herroeping plaats voor de geboorte, dan zal de geboorteakte direct juist worden opgemaakt.

Onder andere de RSJ en de Rvdr hebben erop gewezen dat de regeling zoals in consultatie gegeven ertoe leidt dat kinderen na draagmoederschap geen mogelijkheid hebben om het ouderschap aan te tasten. De Rvdr stelde dit ook niet nodig te vinden, behalve dat het kind jaren later wellicht zelf behoefte heeft aan het ongedaan maken van het ouderschap na draagmoederschap. Met de Raad is de regering van oordeel dat er geen behoefte is aan een regeling waarbij namens het minderjarige kind een verzoek tot beëindiging van het ouderschap kan worden gedaan. De regeling is wel aangevuld met een mogelijkheid tot beëindiging van ouderschap na meerderjarigheid, ongeacht het bestaan van een genetische band, conform de aankondiging in de kabinetsbrief. Daarmee ontstaat ook voor het kind na draagmoederschap op termijn een mogelijkheid tot aanpassing van de afstammingsrelatie. Net als bij adoptie blijft deze mogelijkheid beperkt tot een mogelijkheid na het bereiken van de meerderjarigheid. Anders dan bij adoptie bestaat niet de mogelijkheid van het herleven van band met de oorspronkelijke ouders, aangezien er binnen de draagmoederschapsregeling geen oorspronkelijke ouders bestaan: de wensouders staan vanaf de geboorte als juridische ouders op de geboorteakte. Een kind wordt bij toekenning van een verzoek tot beëindiging van het ouderschap dan ook juridisch ouderloos. De benoeming van een bijzondere curator is na de meerderjarigheid van het kind uiteraard niet aan de orde. Voor de vraag of een bijzondere curator reeds in de procedure tot gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap zou moeten optreden is het advies van de Staatscommissie gevolgd: dit wordt weinig zinvol geacht, aangezien het kind op dat moment nog niet bestaat en dus niet vertegenwoordigd kan worden. Bij een procedure op grond van artikel 1:219 BW (verzoek tot herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap) is, ook in reactie op een vraag in deze richting van de Rvdr, artikel 1:212 BW wel van toepassing voor zover de draagmoeder zwanger is van het kind. Er zal in deze zaken dus een bijzondere curator moeten worden benoemd die het kind in de procedure vertegenwoordigt.

f. overige aspecten

De NVvB reageert positief op het wetsvoorstel, maar stelt een aantal vragen om verduidelijking. Deze hebben geleid tot aanpassingen in de toelichting. Anders dan de NVvB veronderstelt volgt uit het voorgestelde artikel 214, lid 1, BW reeds dat er maximaal twee wensouders kunnen zijn. Een verzoek van één wensouder is echter ook mogelijk. De wet gebruikt het meervoud wensouders, tenzij er specifiek wordt verwezen naar (ten minste) één wensouder. FIOM bepleit nog de instelling van een nulmeting alsmede de instelling van een centraal registratiepunt draagmoederschap. Deze suggestie is vooralsnog niet overgenomen. Met de instelling van een register bestaat de mogelijkheid om na inwerkingtreding op een algemeen niveau informatie op te maken over het aantal maal dat draagmoederschap voor komt. De mogelijkheid van een nulmeting wordt onderzocht. Maar ook uit het rapport van de Staatscommissie blijkt dat het lastig is om op dit moment een goed totaaloverzicht te krijgen van het voorkomen van draagmoederschap in Nederland. Daarbij zal de totstandkoming van een regeling mogelijk ook tot een vertekend beeld leiden: wensouders kunnen ervoor kiezen om te wachten tot het wetsvoorstel in werking is getreden. Een meting op één moment kort voorafgaand aan de inwerkingtreding kan daardoor mogelijk minder zinvol zijn.

De RSJ adviseerde de versterking van de bescherming van minderjarige ouders op te nemen in een afzonderlijk wetsvoorstel omdat de aandacht hiervoor binnen dit voorstel te beperkt zou zijn. Deze aanbeveling is niet overgenomen. Voor de draagmoederschapsregeling is noodzakelijk te bepalen dat wensouders en draagmoeder meerderjarig dienen te zijn. Nu deze eis verder nergens in het afstammingsrecht wordt gesteld, ligt het in de rede om de wet op dit punt consistent te maken. Dit sluit tevens aan bij het eerdere kabinetsstandpunt. Naar aanleiding van de opmerking van de RSJ is de toelichting aangevuld met een nadere motivering van deze regeling.

De Rvdr merkt op dat er geen regeling bestaat dat een erkenning voorafgaand aan de geboorte nietig zou zijn, als er reeds een beschikking toekenning ouderschap is afgegeven. De Raad vraagt zich af of hiervoor geen voorziening dient te worden getroffen in artikel 1:204 BW. Hiervan is afgezien, nu de noodzaak daartoe ontbreekt. Een erkenning met goedkeuring van de draagmoeder ná de gerechtelijke toekenning van het ouderschap is nietig op grond van het gegeven dat de toestemming van de ouder van het kind voor die erkenning ontbreekt (artikel 1:204, lid 1, onder b (nieuw) BW).

Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) is van mening dat nut en noodzaak van het voorstel voldoende zijn aangetoond. Het college constateert dat het in geval van de Nederlandse draagmoederschapsregeling geen minder belastend alternatief ziet dan een gang via de rechter. Gezien het doel van de wet, het bieden van een betere bescherming en waar mogelijk het voorkomen van risico's, heeft het college geen opmerkingen bij de uitvoerbaarheid van het voorstel. Het college merkt op dat de verplichtingen die in de wet worden opgenomen om afstammingsinformatie aan het kind te geven, een verklaring omtrent gedrag te overleggen, de verplichting om het verslag van de afgeronde voorlichting en counseling te overleggen aan de rechtbank ook regeldruk veroorzaken. Deze opmerkingen van het college hebben geleid tot een nadere toelichting in een aparte paragraaf 11.2 waarin de



regeldruk van het wetsvoorstel is opgenomen. De kosten van de uitvoering van de verlofregelingen die in een eerdere versie van deze paragraaf nog niet waren opgenomen en waarnaar het college vraagt, zijn opgenomen in paragraaf 11.3. Tot slot heeft het college gevraagd om een indicatie van de toe- en afname van de werklast van de rechtspraak en de RvdK. Deze gevolgen zijn opgenomen onder par. 11.3.

7.2 Consultatie kinderkoop en wensouderverlof

Op 19 juni 2020 is een voorstel voor een strafbaarstelling en de verlofregeling in internetconsultatie gegaan en tevens verzonden aan een aantal vaste consultatiepartners. De internetconsultatie heeft geleid tot 80 reacties, grotendeels van particulieren, maar tevens van de Stichting DuRF, Stichting Wensouders, Defence for Children, COC Nederland en de Stichting Meer dan Gewenst, Stichting Zwanger voor een Ander en de leden van werkgroep gameetdonatie NVOG. Daarnaast zijn adviezen ontvangen van de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen (NRM), de Raad voor de rechtspraak (RvdR), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), het College van procureurs-generaal (OM), de Raad voor Rechtsbijstand (RvR), de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Nationale Politie (NP) en de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ). Deze consultatiereacties zagen met name op het onderdeel kinderkoop. De reacties zijn aanleiding geweest de strafbaarstelling grondig te herzien en op te splitsen in twee strafbepalingen. Een advies van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) en een zeer beperkt aantal andere reacties zag op de regeling van het wensouderverlof. In het navolgende wordt eerst ingegaan op de strafbaarstelling, waarbij de consultatiereacties per thema worden samengevat weergegeven. Daarbij wordt toegelicht of en hoe deze reacties van invloed zijn geweest op de herziene strafbaarstelling(en). Uiteindelijk wordt ingegaan op de regeling van het wensouderverlof. Daarmee worden deze thema's aldus behandeld:

- a. Strafbaarstelling
- b. Belang van het kind
- c. Vergoedingen aan de draagmoeder
- d. Draagmoederschapstrajecten in het buitenland
- e. Opsporing en vervolging
- f. Overige thema's strafbaarstelling
- g. Wensouderverlof

a. Strafbaarstelling

De NP, de NVvR, de RSJ en Defence for Children onderschrijven dat een strafbaarstelling van kinderkoop in het belang van het kind kan zijn. Ook de RvdR onderkent het belang van het wetsvoorstel. Door onder meer de NOvA, Stichting DuRF en enkele particulieren wordt de onderbouwing van nut en noodzaak van de geconsulteerde strafbaarstelling als onvoldoende ervaren. Het kabinet acht een strafbaarstelling van evidente vormen van kinderkoop noodzakelijk. De menselijke waardigheid van het kind wordt beschermd door te voorkomen dat kinderen worden gereduceerd tot handelswaar. Ook artikel 35 van het IVRK schrijft voor dat verdragslanden maatregelen treffen ter voorkoming van de verkoop en handel in kinderen in welke vorm dan ook.

Over de inhoud en de formulering van de geconsulteerde strafbaarstelling zijn kritische opmerkingen gemaakt. Meerdere organisaties vinden de voorgestelde plaatsing van de strafbaarstelling van kinderkoop in de context van draagmoederschap problematisch. De RSJ meent dat alle evidente vormen van kinderkoop strafbaar dienen te zijn, ongeacht in welke (juridische) context dit zich voordoet. Daarnaast vindt de RSJ het risico op criminalisering van draagmoeders en wensouders groot. Door particulieren en belangenorganisaties wordt het gebruik van de term 'kinderkoop' in de context van draagmoederschap als ongepast en kwetsend ervaren. Daarbij wordt opgemerkt dat het gebruik van deze term in strijd is met de belangen van kinderen die uit draagmoederschap zijn geboren omdat het stigmatiserend werkt. Het OM is van oordeel dat het wetsvoorstel onvoldoende tegemoet komt aan de onduidelijkheid over de grenzen tussen betaald draagmoederschap en kinderkoop. De NOvA meent dat in de toelichting 'commercieel draagmoederschap' en 'kinderkoop' ten onrechte op één lijn worden gesteld, en dat strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap niet geïndiceerd is. De NOvA vraagt daarnaast of een strafbepaling bij het besluit een draagmoeder te betalen of tegen betaling als draagmoeder op te treden daadwerkelijk gewicht in de schaal zal leggen, nu de stap naar een draagmoeder niet licht zal worden gezet en ook tot het zijn van commercieel draagmoeder niet zomaar zal worden besloten. Stichting DuRF en verschillende particulieren merken op dat de toelichting ervan uit lijkt te gaan dat een vrouw geen goede keuze kan maken om al dan niet draagmoeder te worden als haar geld wordt geboden, terwijl zij hier wel zelfstandig strafrechtelijk op kan worden afgerekend.

Aan de adviezen om de strafbaarstelling van kinderkoop te herformuleren naar een duidelijke delictomschrijving die hanteerbaar is voor alle vormen van betalen voor de overdracht van het



ouderschap van het kind in plaats van beperkt tot de specifieke context van draagmoederschap, is gehoor gegeven. Het nieuwe voorgestelde artikel 151d Sr betreft een algemene strafbaarstelling van het betalen voor de overdracht van het ouderschap van een kind. In artikel 151d Sr wordt – kort gezegd – strafbaar gesteld het betalen voor de overdracht van het ouderschap of fysieke overdracht van het kind. Dit is in strijd met de menselijke waardigheid van het kind. Aan deze strafbepaling wordt extraterritoriale werking gegeven, omdat van Nederlanders die bij het vervullen van hun kinderwens naar het buitenland gaan, wordt verwacht dat zij ook daar de fundamentele rechten van het kind respecteren. De term kinderkoop komt in deze bepaling niet meer voor. In paragraaf 5.3 en de artikelsgewijze toelichting wordt nader toegelicht wat onder de strafbare gedragingen wordt verstaan. Daarnaast wordt een nieuw artikel 442b Sr voorgesteld dat beperkt is tot de context van draagmoederschap. In deze bepaling wordt strafbaar gesteld het geven of ontvangen van een vergoeding voor draagmoederschap die meer bedraagt dan de op grond van artikel 215, eerste lid, onder f, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde vergoeding. Het gaat hierbij om draagmoederschapstrajecten in Nederland. Daarvoor geldt dat de maximale vergoedingen die aan een draagmoeder mogen worden uitgekeerd bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld. Een mogelijkheid tot strafrechtelijk optreden indien hogere vergoedingen worden betaald is noodzakelijk als stok achter de deur. In paragraaf 5.4 en de artikelsgewijze toelichting wordt deze strafbaarstelling nader toegelicht.

De afgrenzing van wat strafbaar en wat een normale, redelijke en acceptabele vergoeding is, werd door de NVvR, het OM, de NP, de RSJ, de NOvA, belangenorganisaties en individuen die hebben gereageerd als problematisch gezien. Het geconsulteerde voorstel bood op dit punt onvoldoende duidelijkheid. De NOvA merkt op dat de (concept) AMvB die zal worden vastgesteld op grond van het nieuwe artikel 1:215 BW er thans nog niet is, waardoor niet kan worden getoetst of deze AMvB voldoende houvast zal bieden. Voor buitenlandse draagmoederschapstrajecten zal deze AMvB niet gaan gelden en blijft volgens de respondenten onduidelijk wanneer zij een strafbare gedraging begaan. De RSJ vraagt waarvoor wensouders precies betalen: kopen zij een kind of betalen zij een compensatie voor het dragen en baren van het kind? En maakt het verschil als het genetisch materiaal van de wensouders zelf is?

Ten aanzien van de wel of niet toegestane betalingen zijn de aangepaste bepalingen naar de mening van het kabinet duidelijk. Betalingen aan de ouders van een kind of aan een draagmoeder voor de overdracht van het ouderschap zijn in geen enkel geval toelaatbaar (art. 151d Sr). Het vergoeden van een compensatie aan de draagmoeder voor het ongemak, de pijn en inspanningen tijdens en na de zwangerschap is in Nederland onder voorwaarden toegestaan, maar daarover verschillen de opvattingen in andere landen. De vergoedingen die aan een draagmoeder in Nederland mogen worden betaald worden bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld, het betalen van meer dan de vastgestelde vergoedingen is niet toegestaan (art. 442b Sr). Een ieder wordt gedurende de internetconsultatie van de algemene maatregel van bestuur in de gelegenheid gesteld hierop te reageren. Daarnaast zal bij het indienen van onderhavig wetsvoorstel aan de Tweede Kamer tevens een voorontwerp van de hiervoor genoemde AMvB aan de Tweede Kamer worden aangeboden. Daarnaast is voorzien in voorhang voor deze AMvB, waardoor parlementaire betrokkenheid is gewaarborgd. De door de RSJ opgeworpen vraag staat centraal bij het beoordelen of een gedraging binnen het bereik van een van beide strafbepalingen valt. Hierbij maakt het geen verschil of het genetisch materiaal van de wensouders zelf is.

In verschillende adviezen zijn suggesties gedaan voor een strafbaarstelling van kinderkoop die naast de bestaande strafbaarstellingen van bemiddeling bij draagmoederschap (art. 151b Sr), mensenhandel (art. 273f Sr) en verduistering van staat (art. 236 Sr) meerwaarde kan hebben in de strijd tegen kinderkoop. Enkele van deze suggesties komen hier aan de orde.

In de adviezen van de RSJ, de NOvA, de NP en het OM werd benadrukt dat de strafrechtelijke aandacht uit zou moeten gaan naar de tussenpersoon. Het is een belangrijk signaal dat uit de consultatiereacties naar voren komt dat er op dit moment onvoldoende mogelijkheden zijn om op treden tegen tussenpersonen. Zij kunnen behulpzaam zijn bij het plegen van de in dit artikel strafbaar gestelde gedragingen, daarmee geld verdienen en misbruik maken van de kwetsbare positie waarin alle betrokkenen verkeren. Meer in het algemeen geldt dat zij ten aanzien van de strafbare overdracht van het ouderschap vaak een sterk bevorderende en vergemakkelijkende rol vervullen. Een maximumstraf die gelijk is aan die waarmee de strafbare gedragingen van de wensouders worden bedreigd, is dan ook passend. Mede naar aanleiding van deze adviezen is een tweede lid aan artikel 151d Sr toegevoegd, op grond waarvan degene die een ander opzettelijk als medeplichtige terzijde staat bij het geven van een betaling voor de overdracht van het ouderschap over een kind hiervoor met dezelfde straf kan worden bestraft. Zowel commerciële als niet commerciële tussenpersonen kunnen wensouders hierbij opzettelijk behulpzaam zijn. Opgemerkt wordt dat indien het gaat om niet-Nederlandse tussenpersonen in het buitenland, van het Nederlandse strafrecht niet veel kan worden verwacht. Dat wordt ook niet opgelost door het bemiddelingsverbod van artikel 151b Sr extraterritoriale werking te geven, hetgeen twee respondenten opperen. Twee respondenten doen de suggestie te kijken naar het aanscherpen van het delict 'verduistering van



Staat' (art. 236 Sr). De suggestie is niet overgenomen omdat de kern van het verwijt dat wordt gemaakt wezenlijk anders is, namelijk het onzeker maken van iemands afstamming, terwijl het in artikel 151d Sr om de betaling voor een kind gaat.

Het voorstel van het OM om het onrechtmatig verkrijgen van kinderen strafbaar te stellen, is evenmin gevolgd. Deze suggestie kan zo worden begrepen dat het verkrijgen van het ouderschap in strijd met de daarvoor geldende voorschriften, strafbaar zou moeten worden gesteld. Hierbij kan worden gedacht aan illegale adoptie, in strijd met de voorschriften in de Wet opnemingswet buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka). Dit is echter al in de artikelen 27 en 28 van de Wobka strafbaar gesteld. Voor draagmoederschapstrajecten in het buitenland geldt, anders dan bij adoptie, niet dat de voorwaarden waaraan moet worden voldaan voor overdracht van het ouderschap over het kind in Nederland bij wet worden bepaald. Een strafbaarstelling gekoppeld aan het begrip 'onrechtmatig' zou daardoor niet voor alle situaties een oplossing bieden, terwijl juist een uniforme strafbaarstelling wordt beoogd. Indien het voorstel anders zou moeten worden opgevat, roept dit de vraag op welke gedragingen binnen het bereik van deze strafbepaling zouden moeten worden gebracht. Het kabinet is op dat punt van mening dat dit in ieder geval het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind zou moeten zijn, daarom is dit in onderhavig voorstel als zodanig strafbaar gesteld.

Ten aanzien van de voorgestelde strafmaat vindt de Rvdr het opmerkelijk dat wanneer een draagmoeder, als één van de te beschermen personen, zelf kiest voor commercieel draagmoederschap, zij met dezelfde straf kan worden bestraft als degene die haar in de verleiding brengt of omkoopt. Het OM meent dat voor het onrechtmatig verkrijgen van kinderen een veel hogere maximumstraf gerechtvaardigd is dan de strafbedreiging van ten hoogste een jaar gevangenisstraf zoals in het geconsulteerde wetsvoorstel werd voorgesteld. Veeleer is volgens het OM een maximumgevangenisstraf van vier jaren aangewezen. De NP adviseert ook om de strafmaat aan te passen, zodat ook bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast, waardoor deze zaken beter kunnen worden opgespoord en vervolgd. Door andere respondenten wordt het beroepsmatig bemiddelen voor altruïstisch draagmoederschap zonder vergunning niet van gelijke ernst geacht als het daadwerkelijk kopen van een kind. Een vergelijking zou moeten worden getrokken met het 'verduisteren van staat' waarvoor een wettelijk strafmaximum van vijf jaren gevangenisstraf geldt. Door meer respondenten wordt de vraag gesteld of een geldboete, nu waarschijnlijk geen gevangenisstraf zal worden opgelegd en wensouders bereid zijn om veel geld te betalen voor een commercieel draagmoederschapstraject, daadwerkelijk afschrikwekkend zal werken.

Aan de consultatiereacties betreffende de strafmaat wordt als volgt tegemoet gekomen. Het strafmaximum in het aangepaste artikel 151d Sr is verhoogd naar een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie. Deze hogere strafmaat wordt bij nadere overweging passender geacht wegens de ernst van deze gedraging. Daarbij is ook in belangrijke acht geslagen op hetgeen in bovengenoemde consultatiereacties is aangegeven. Het voorgestelde artikel 442b Sr betreft het meer betalen of ontvangen voor draagmoederschap dan de bij AMvB vastgestelde vergoedingen. Dit betreft een overtreding waarvoor aan de wensouders en de draagmoeder een geldboete van de derde categorie kan worden opgelegd. In lijn met het advies van de Rvdr geldt voor deze bepaling, die in tegenstelling tot artikel 151d Sr ook de draagmoeder betreft, een lager strafmaximum. Hoewel verschillende respondenten hier vraagtekens bij hebben geplaatst, is de verwachting dat van deze strafbedreiging wel degelijk een afschrikwekkende werking uit gaat. Zowel de draagmoeder als de wensouders kan worden aangesproken. Bovendien kan, naast dat een geldboete kan worden opgelegd, ook het voordeel worden ontnomen dat de draagmoeder door het betalen van de extra vergoeding heeft verkregen.

Een nadere reflectie op de opmerkingen en vragen over de overige bestanddelen van de geconsulteerde strafbaarstelling ligt niet in de rede nu de strafbepalingen in hun huidige vorm anders zijn vormgegeven. Bespreking van die onderdelen van de adviezen is daarom achterwege gelaten. In de artikelsgewijze toelichting komen de onderdelen van deze bepalingen aan de orde.

b. Belang van het kind

In verschillende consultatiereacties is stilgestaan bij het belang van het kind. Het OM heeft de vraag opgeworpen of mogelijke bestraffing van de wensouders die reeds geruime tijd de zorg voor het kind dragen wel in het belang van het kind is en wat de gevolgen voor het kind zijn van een opsporingsonderzoek. Het belang van het kind zal volgens het OM naarmate de tijd verstrijkt meer samenvallen met het belang van de wensouders. Ook de NP vraagt wat er dan met het kind en de wensouders gebeurt. Wordt het kind bij de ouders weggehaald en worden de wensouders in hechtenis genomen? Dit is volgens de NP mogelijk niet in het belang van het kind. Defence for Children vraagt of gevangenisstraf achteraf een passende sanctie is. De NOV wijst er daarbij op dat de betrokkenen in geval van een veroordeling achterblijven met een strafblad waardoor een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG) in veel gevallen niet meer mogelijk zou zijn, met alle gevolgen voor de perspectieven op de arbeidsmarkt van dien.

Terecht wordt aandacht gevraagd voor het belang van het kind dat reeds onderdeel is van het gezin.



Een opsporingsonderzoek kan diep ingrijpen in het privéleven van het gehele gezin en kan gevolgen hebben voor het welbevinden van het kind. Dat geldt ook voor het opleggen van een gevangenisstraf aan een of beide ouders. In de uitzonderlijke situatie dat wensouders zich schuldig blijken te hebben gemaakt aan de strafbaar gestelde feiten, levert dit een complexe situatie op. Aan de ene kant is er – in concreto – het belang van dit specifieke kind, dat gebaat is bij een stabiele gezinssituatie en misschien zelf niet direct nadelige gevolgen ervaart van de wijze waarop het bij de ouders terecht is gekomen. Aan de andere kant is er – meer in abstracto – het algemene belang van het kind, dat strafrechtelijke bescherming verdient. Het voorgaande afwegende acht het kabinet het belangrijk een duidelijke norm te stellen over wat wel en niet toelaatbaar wordt geacht.

Het feit dat opsporing en vervolging gevolgen kunnen hebben voor het (welbevinden van het) individuele kind, is op zich niet voldoende om gedragingen die als strafwaardig worden gezien niet in zijn algemeenheid strafbaar te stellen. Als de opsporingsinstanties op de hoogte worden gesteld van mogelijke strafbare gedragingen bij de gezinsvorming moet daarnaar een onderzoek kunnen worden ingesteld. Afhankelijk van de uitkomsten daarvan kan het OM oordelen of vervolging opportuun is. Indien in strijd met de fundamentele rechten van het kind is gehandeld, zal dat daarvoor een aanwijzing zijn. Per situatie moet worden beoordeeld wat als een passende sanctie wordt gezien. Maatwerk is daarbij geboden.

In situaties waarin ouders een zorgvuldig traject hebben doorlopen, waarbij zij oog hebben voor de belangen van het kind en dus geen strafbare gedragingen begaan, spelen deze risico's niet. De verwachting is dat van beide strafbaarstellingen een preventieve werking uitgaat en dat wensouders, tussenpersonen en draagmoeders bij het vervullen van kinderwensen binnen de grenzen van het toelaatbare zullen opereren.

c. Vergoedingen aan de draagmoeder

Verschillende wensouders en belangenorganisaties hebben in reactie op het geconsulteerde voorstel aangegeven dat zij het onrechtvaardig zouden vinden als de draagmoeder geen vergoeding zou mogen krijgen voor het zijn van draagmoeder. Daarbij werd opgemerkt dat het niet juist zou zijn dat alle betrokkenen – bemiddelaars, artsen en advocaten – mogen verdienen aan het draagmoederschapstraject, behalve de draagmoeder. Zij wijzen er daarbij op dat goede screening van de draagmoeder financiële druk op de draagmoeder zal blootleggen en dat daarop zou moeten worden ingezet in plaats van een verbod op compensatie voor de draagmoeder.

Vooropgesteld zij dat de betrokkenheid van bepaalde professionals bij draagmoederschapstrajecten van belang is om de vereiste zorgvuldigheid te kunnen betrachten. De werkzaamheden van deze professionals brengen kosten met zich. Terecht merken een aantal respondenten op dat het zwaarste werk door de draagmoeder wordt verricht, namelijk het volbrengen van een zwangerschap en een bevalling. Voor de draagmoeder moet dan ook goed worden gezorgd. Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat geldelijk gewin doorslaggevend is voor de draagmoeder om deze rol op zich te nemen. Zoals in paragraaf 2.5 van deze toelichting is gesteld, zijn betalingen aan de draagmoeder die een redelijke vergoeding overschrijden om meerdere redenen niet in het belang van het kind. Daarom acht het kabinet regulering van de vergoedingen aan de draagmoeder in Nederland van belang. Bij algemene maatregel van bestuur worden kostenposten aangewezen die bij draagmoederschap voor vergoeding in aanmerking komen. Daarnaast is een beperkte algemene vergoeding mogelijk als compensatie voor het ongemak, de pijn en inspanningen tijdens en na de zwangerschap. Deze vergoedingen worden bij algemene maatregel van bestuur gemaximeerd. Zonder een grondslag om overtreding van de Nederlandse onkostenregeling te kunnen sanctioneren, zou het effect van deze regeling beperkt zijn.

Wensouders en draagmoeders volgen bij een Nederlands draagmoederschapstraject verplichte voorlichting en counseling. In de psychosociale counseling kan aandacht worden besteed aan de beweegredenen van de draagmoeder om de rol van draagmoeder op zich te nemen. Daarnaast toetst de rechter of de vrije instemming van alle betrokkenen uit het verzoek tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap blijkt.

Aan betalingen aan een draagmoeder in het buitenland worden niet dezelfde eisen gesteld als aan betalingen gedaan aan de draagmoeder binnen Nederland. Dit heeft er onder meer mee te maken dat de kosten van een draagmoederschapstraject in het buitenland sterk verschillen. Daarnaast geldt voor draagmoederschapstrajecten in het buitenland dat een eventuele nationale regeling voor vergoedingen aan de draagmoeder leidend is. Vanuit Nederland kan dit niet worden gereguleerd. Niet toelaatbaar, ook niet in het buitenland, zijn vergoedingen voor de overdracht van het ouderschap. Bij draagmoederschap gaat het dan om betalingen waarbij de overdracht van het ouderschap of de fysieke overdracht van het kind een voorwaarde is voor de betaling.

d. Draagmoederschapstrajecten in het buitenland

Draagmoeders, wensouders en hun kinderen hebben in reactie op de consultatieversie van dit voorstel positieve ervaringen gedeeld van zorgvuldig vormgegeven draagmoederschapstrajecten in de Verenigde Staten en Canada. Zij hebben – evenals een aantal belangenorganisaties – de zorg



uitgesproken dat de mogelijkheid tot het aangaan van draagmoederschapstrajecten met een draagmoeder in deze landen door dit voorstel feitelijk komt te vervallen. Ook is, onder meer door Stichting DuRF, COC Nederland en Stichting meer dan Gewenst, het risico benoemd dat dit voorstel ertoe zal leiden dat wensouders in de toekomst zullen kiezen voor landen waar draagmoederschapstrajecten minder zorgvuldig en transparant, en de kosten relatief laag, zijn. Als dat het geval zou zijn, zou met dit wetsvoorstel niet worden bereikt wat hiermee wordt beoogd – bescherming van het belang van het kind, de draagmoeder en de ouder of verantwoordelijke van het kind – maar het tegenovergestelde. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat wensouders die op zoek zijn naar een draagmoeder uitwijken naar landen waar draagmoederschapstrajecten niet op een zorgvuldige wijze worden vormgegeven. Het voorstel is mede om deze reden herzien. Waar in de geconsulteerde versie van de strafbaarstelling het uitgangspunt was dat ook in het buitenland alleen vergoeding van redelijke kosten die samenhangen met het zijn van draagmoeder is toegestaan, wordt dit in de voorgestelde strafbaarstelling losgelaten. Zoals hiervoor onder punt c is benoemd, is het niet goed mogelijk om dezelfde eisen te stellen aan betalingen aan deze betaling gedaan in het buitenland als in Nederland. De eis dat geen betaling mag worden gedaan voor de overdracht van het ouderschap bij draagmoederschap, zal in beginsel geen belemmeringen vormen voor het aangaan van draagmoederschapstrajecten in de Verenigde Staten en Canada. Daarnaast wordt ook door het stellen van voorwaarden voor eenvoudige acceptatie van de geboorteakte na draagmoederschap in het buitenland beoogd wensouders te ontmoedigen te kiezen voor landen waarin het traject niet zorgvuldig verloopt.

De NRM merkt op dat door de geconsulteerde bepaling de verleiding om een kind uit het buitenland te halen groter lijkt te kunnen worden. Bij een Nederlands draagmoederschapstraject toetst de rechter vooraf of er sprake is van vrijwilligheid bij de (draag)moeder. In een buitenlandse situatie dienen wensouders zelfstandig te onderzoeken of de besluitvorming van een draagmoeder is beïnvloed. De NRM werpt de vraag op of wensouders in staat zijn om tot een objectief oordeel hierover te komen. Dit staat volgens de NRM in schril contrast met het binnenlandse traject voor draagmoederschap dat met meer waarborgen is omkleed om uitbuitingssituaties te voorkomen. De NRM vraagt met klem aandacht voor de situaties waarbij wensouders gebruikmaken van buitenlandse (draag)moeders en uitbuitingssituaties die daarbij op de loer liggen. Defence for Children vraagt zich af of en hoe buitenlandse actuele ontwikkelingen worden gemonitord, welke landen zullen worden 'goedgekeurd' door Nederland of op 'de zwarte lijst' komen en volgens welke maatstaven, en of het ministerie van Justitie en Veiligheid hierover de regie voert en hiervoor verantwoordelijkheid draagt. In Nederland zorgen voorlichting, counseling en rechterlijke toetsing van de draagmoederschapsovereenkomst vóór de conceptie ervoor dat het draagmoederschapstraject zorgvuldig en transparant verloopt en rechtszekerheid biedt aan alle betrokkenen. Hiermee stimuleert de regeling wensouders om gebruik te maken van met waarborgen omkleed draagmoederschap in Nederland. De zorg die de NRM heeft geuit dat de verleiding om een kind uit het buitenland te halen groter lijkt te kunnen worden, deelt het kabinet dan ook niet. In het geval wensouders toch kiezen voor draagmoederschap in het buitenland wordt met het stellen van voorwaarden voor eenvoudige acceptatie van de geboorteakte na draagmoederschap getracht wensouders te stimuleren richting landen die voldoen aan bepaalde basisvoorwaarden.

Op de website van de Rijksoverheid worden wensouders bewust gemaakt van onwenselijke situaties die naar het buitenland uitwijken voor draagmoederschap kunnen opleveren.⁷⁰ Wensouders zijn verantwoordelijk om bij buitenlandse draagmoederschap te kiezen voor een traject dat voldoet aan bepaalde voorwaarden. Of dit het geval is zal per traject moeten worden beoordeeld. Om die reden acht het kabinet het niet wenselijk om landen te bestempelen als 'goedgekeurd' of te plaatsen op een 'zwarte lijst'. Dit kan wensouders immers een vrijbrief geven bij de keuze voor een goedgekeurd land, terwijl juist van belang is dat per individueel traject de benodigde zorgvuldigheid wordt betracht. In paragraaf 6.6 van het voorstel is toegelicht dat de regeling na 5 jaar wordt geëvalueerd. Daarbij zal aandacht worden geschonken aan de buitenlandse ontwikkelingen.

De NVvR heeft aangegeven te kunnen instemmen met de extraterritoriale werking die aan de strafbaarstelling wordt gegeven. Met een puur territoriale werking zou het volgens de NVvR immers eenvoudig worden om het verbod te omzeilen. Stichting Durf gaat de voorgestelde ongeclausuleerde extraterritoriale werking op basis van het actief personaliteitsbeginsel juist veel te ver. Daarbij wordt er op gewezen dat het ook personen betreft die na het plegen van het feit Nederlander worden. De NOvA merkt op dat toepassing van het onbepaald actief nationaliteitsbeginsel ook tot gevolg heeft dat Nederlanders (bijvoorbeeld met een dubbele nationaliteit) die reeds geruime tijd of zelfs al hun hele leven in het buitenland wonen strafbaar zijn als zij het voorgestelde artikel 151d Sr zouden overtreden. De extraterritoriale werking die aan artikel 151d Sr wordt gegeven draagt bij aan het effect van deze maatregel. De wijziging van artikel 7 Sr is aangepast: artikel 151d wordt opgenomen in het tweede lid, onderdeel a, in plaats van het tweede lid, onderdeel e. Gevolg hiervan is dat het niet meer vreemdelingen betreft die na het plegen van het feit Nederlander worden. Deze wijziging heeft geen gevolgen

⁷⁰ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/draagmoeder/draagmoederschap-buitenland>



voor Nederlanders die in het buitenland wonen, over wie de NOvA een opmerking heeft gemaakt. Ook zij zijn strafbaar als ze zich schuldig maken aan de in artikel 151d Sr strafbaar gestelde gedraging. Dit is ook wenselijk, nu het kind Nederlander kan worden als het een Nederlandse ouder heeft die in het buitenland woont. Dit komt in het onderstaande nader aan de orde.

De NOvA merkt op dat het in de toelichting aandacht mist voor de drie voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om de principiële eis van dubbele strafbaarheid los te kunnen laten.⁷¹ Deze voorwaarden zijn de volgende: in de praktijk moet komen vast te staan dat het ontbreken van dubbele strafbaarheid aan vervolging in Nederland in de weg zou staan, terwijl die vervolging niettemin wenselijk is; de aard van het desbetreffende feit geeft daartoe aanleiding omdat het onbestraft laten van Nederlanders die deze feiten plegen, in strijd zou zijn met de Nederlandse rechtsorde; en het gaat om feiten die niet alleen in Nederland, maar ook in veel landen als ernstige strafbare feiten worden aangemerkt. De eerste voorwaarde is in het bovenstaande aan de orde gekomen: zonder het loslaten van het vereiste van dubbele strafbaarheid kan niet worden opgetreden tegen Nederlandse wensouders die zich in het buitenland schuldig maken aan kinderkoop, terwijl dit voor het gewenste effect van de strafbaarstelling wel nodig is. Wat betreft de tweede voorwaarde is in de notitie waarnaar de NOvA in het advies verwijst, aangegeven (p. 14) dat bij feiten die onze rechtsorde ernstig schokken, onder meer kan worden gedacht aan feiten die een inbreuk maken op de menselijke waardigheid, bijvoorbeeld de lichamelijke integriteit. De in artikel 151d Sr strafbaar gestelde gedraging – het betalen voor de overdracht van het ouderschap van een kind – is een ernstig misdrijf is in strijd met de menselijke waardigheid van het kind. Het kind wordt hiermee gereduceerd tot handelswaar. Het in het buitenland uit een draagmoeder geboren kind dat na overdracht van het ouderschap Nederlander wordt, moet hiertegen worden beschermd. Deze gedraging raakt aan de fundamentele waarden waar Nederland voor staat en is daarom in strijd met de Nederlandse rechtsorde. Doordat het kind Nederlander wordt, en de gedraging door Nederlanders wordt begaan, heeft Nederland hierin ook een bijzondere verantwoordelijkheid. De NOvA wijst erop dat het IVRK en bijbehorend Facultatief Protocol niet dwingen tot deze strafbaarstelling. Tegelijkertijd schrijft artikel 35 van het IVRK voor dat verdragslanden passende maatregelen nemen ter voorkoming van de verkoop van de handel in kinderen in welke vorm dan ook. Daaruit kan worden opgemaakt dat er internationaal consensus is dat kinderkoop moet worden voorkomen. Deze strafbaarstelling draagt daaraan bij. Daarmee is eveneens voldaan aan de derde voorwaarde.

e. Opsporing en vervolging

In paragraaf 5.1 is reeds aan de orde gekomen dat het opsporen van de strafbaar gestelde gedragingen niet eenvoudig zal zijn. In de consultatiereacties is hier onder meer door de NVvR, de NOvA, de NP, en het OM aandacht voor gevraagd. Een groot deel van de opmerkingen betreft onderdelen van de geconsulteerde strafbaarstelling die in de aangepaste strafbaarstellingen niet meer voorkomen. Hier wordt enkel ingegaan op de opmerkingen die ook voor de aangepaste strafbaarstellingen van belang zijn.

De NVvR noemt dat het OM met aanzienlijke bewijsproblemen kan worden geconfronteerd, onder meer omdat beide partijen belang hebben bij hun handelingen en zij strafwaardige handelingen mogelijk zullen verhullen. Dat wordt ook door de NP en de NOvA gesignaleerd. Door de NVvR wordt daarbij opgemerkt dat van wensouders en draagmoeder wel transparantie mag worden gevraagd over vergoedingen en uitgaven die met de zwangerschap verband houden. De NP heeft opgemerkt dat voor het adequaat kunnen rechercheren cruciale bijzondere opsporingsbevoegdheden nodig zijn, zoals de bevoegdheid om van derden gegevens te vorderen, die alleen kunnen worden toegepast als sprake is van een verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis kan worden bevolen. In het geval er sprake lijkt te zijn van een betaling die op grond van de artikelen 151d of 442b Sr niet is toegestaan, kan wensouders worden gevraagd aan te geven waartoe deze betaling diende. In het geval het gaat om een toelaatbare betaling, is de verwachting dat wensouders bereid zullen zijn hierover een verklaring te geven. Dat zal waarschijnlijk anders zijn als het een ontoelaatbare betaling betreft. In dat geval zullen de opsporingsorganisaties op een andere wijze informatie moeten verkrijgen. Omdat het strafmaximum van artikel 151d Sr is aangepast naar ten hoogste vier jaren gevangenisstraf, kunnen in het belang van het onderzoek bijzondere opsporingsbevoegdheden worden toegepast. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan de opmerking van de NP. Het kabinet deelt de opvatting van de adviesinstanties dat – om de redenen die zij naar voren brengen – de opsporing en vervolging van de voorgestelde strafbaarstellingen meestal niet eenvoudig zal zijn. Die vaststelling kan voor het kabinet, gelet op het belang van het te beschermen rechtsgoed, zeker niet redengevend zijn om de voorgestelde normstelling achterwege te laten.

⁷¹ Deze drie cumulatieve voorwaarden zijn opgenomen in de notitie 'Het vereiste van dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht (internationale strafrechtelijke samenwerking en rechtsmacht)'; *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 451, nr. 1.



De NOVA en andere respondenten hebben aangehaald dat bij de introductie van de strafbepaling voor beroeps- en bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap niet werd gekozen voor een algeheel verbod van (commercieel) draagmoederschap, omdat de wetgever problemen voorzag met betrekking tot de handhaving en bewijsvoering.⁷² Het reeds voor de zwangerschap bestaande voornemen om afstand te doen van het kind zou veelal niet kunnen worden aangetoond, het opsporingsonderzoek om dit te handhaven zou diep ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen en bij commercieel draagmoederschap zou ook nog moeten worden bewezen dat de vergoeding meer dan kostendekkend was. Deze respondenten vragen zich af wat thans maakt dat hierover een andere inschatting wordt gemaakt.

Dit wetsvoorstel voorziet in een wettelijke toetsing van een draagmoederschapsovereenkomst voorafgaand aan de conceptie. Een draagmoederschapsovereenkomst is conform deze regeling ook vereist bij adoptie na draagmoederschap. Er worden daardoor geen problemen voorzien wat betreft het bewijzen dat sprake is van draagmoederschap in plaats van bijvoorbeeld afstand van het kind uit ongewenste zwangerschap. Bovendien is ook in laatstgenoemde situatie artikel 151d Sr van toepassing, nu deze strafbepaling verder reikt dan draagmoederschap. Dat een opsporingsonderzoek diep in de persoonlijke levenssfeer van alle betrokkenen, zowel draagmoeder als wensouders kan ingrijpen, geldt ook nu. Over het instellen van een opsporingsonderzoek moet dan ook niet lichtzinnig worden gedacht. Evenwel kan het gezien de ernst van de gedragingen waar het om gaat, gerechtvaardigd zijn.

Door de NP, het OM en enkele respondenten is er op gewezen dat het veelal internationale karakter van het vergrijp het opsporingsonderzoek complexer maakt, zowel vanuit logistiek oogpunt als vanwege de afhankelijkheid van medewerking van de buitenlandse autoriteiten aan het onderzoek. Erkend wordt dat in het geval het gaat om andere landen waar deze gedraging niet strafbaar is gesteld opsporing waarschijnlijk lastig zal zijn. Het kabinet acht normstelling op dit gevoelige terrein ook in die gevallen van belang. De mogelijkheden om enkel met het Nederlandse strafrecht criminaliteit in het buitenland te bestrijden, worden ook door het kabinet niet overschat.

f. Overige thema's strafbaarstelling

De NRM heeft aandacht gevraagd voor de lichamelijke integriteit van de (draag)moeder die ingeval van uitbuiting zou kunnen worden geschonden. De toelichting is op dit punt aangevuld (paragraaf 5.2).

In reactie op de vraag van Stichting DuRF over overgangsrecht wordt opgemerkt dat paragraaf 6.5 is aangevuld. Voor de strafbepaling wordt niet voorzien in overgangsrecht. Vanaf het moment van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel en de algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 1:215, onderdeel f, BW zijn ook de strafbepalingen van kracht. Voorzien wordt dat het wetsvoorstel en de AMvB tijdig zullen worden gepubliceerd, ruim voor het moment van inwerkingtreding.

Door een aantal respondenten is de wens geuit voor zeer ruime voorlichting van overheidswege. In paragraaf 5.1 is toegelicht dat de strafbaarstelling(en) aandacht krijgen in de (verplichte) voorlichting die wensouders in Nederland bij draagmoederschap zullen doorlopen.

Een aantal respondenten merkt op dat het tegenstrijdig is dat dit wetsvoorstel vanuit familierechtelijk perspectief internationaal draagmoederschap faciliteert, terwijl dit volgens hen vanuit strafrechtelijk perspectief wordt bestreden.

De genoemde tegenstrijdigheid wordt niet herkend. Zoals hiervoor onder punt d is benoemd, worden wensouders die kiezen voor internationaal draagmoederschap gestimuleerd te kiezen voor een traject dat voldoet aan bepaalde basisvoorwaarden. Dit wordt bewerkstelligd door het stellen van bepaalde voorwaarden voor eenvoudige acceptatie van de geboorteakte na draagmoederschap in het buitenland. Het doel van de strafbaarstelling is dan ook niet internationaal draagmoederschap te bestrijden, maar bestraffing mogelijk te maken indien dat op niet verantwoorde wijze wordt gedaan.

g. Wensouderverlof

Het UWV heeft een uitvoeringstoets uitgevoerd ten aanzien van de regeling van het wensouderverlof. Deze toets is aanleiding geweest om diverse meer technische aanpassingen te doen aan de regeling. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om ook in Titel 10 (Arbeidsovereenkomst) van Boek 7 BW rekening te houden met de introductie van het wensouderverlof. In de consultatie is nog gepleit voor het behoud van verlof voor de partner van de draagmoeder. Hiervan is afgezien. De draagmoeder en haar partner kiezen bewust voor draagmoederschap, waarbij de toekomst van het kind na de geboorte ligt bij de wensouder. Ook is ervoor gepleit voor een uitgebreid verlof voor de alleenstaande wensouder. Daarvan is afgezien. Nu voor een alleenstaande geboortemoeder evenmin een dergelijke uitbreiding geldt, is er geen aanleiding om wel een uitbreiding toe te kennen aan de wensouder.

⁷² Kamerstukken II, 1990/91, 21 968, nr. 3, p. 2–3.



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 Kinderbescherming 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, zij het dat bepaalde eisen, zoals het volgen van de voorlichting en counseling ook in dat geval verplicht worden gesteld. Hiermee wordt voorkomen dat het aantrekkelijker zou lijken om geen gebruik te maken van de draagmoederschapsregeling.

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 het kind bij de overheid in beeld is en de ontwikkeling van het kind ernstig wordt bedreigd.

Voor de handhaving van de strafbepalingen wordt hier verwezen naar par. 5.1.

10. Verwerken persoonsgegevens

Dit voorstel biedt een grondslag voor het nieuw in te stellen register. Dat register is niet openbaar, maar zal ten behoeve van de minderjarige en andere betrokkenen 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 register worden gezonden ter opname. Artikel 10:101a, lid 4 BW bevat een vergelijkbare regeling voor draagmoederschap dat tot stand is gekomen in het buitenland. En de regeling van artikel 1:217 BW is eveneens van toepassing op een adoptieverzoek na draagmoederschap buiten de wettelijke regeling om.

Op de verwerking van bovengenoemde persoonsgegevens is de Algemene verordening gegevensverwerking (AVG) van toepassing.⁷³ De griffier, de ambtenaar burgerlijke stand en het register 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 en ook overigens in lijn is met de AVG. In dat verband is van belang om op te merken dat de verwerking van de betrokken gegevens noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang, te weten het waarborgen van afstammingsinformatie voor het kind en andere belanghebbenden. Het voorstel biedt met artikel 199a tevens een wettelijke grondslag voor de verwerking. Daarmee voldoet de verwerking aan artikel 6, lid 1, onderdeel c en e, en lid 3 van de AVG. In de op artikel 199a 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

⁷³ Zie voor een beschrijving van de systematiek van de AVG Kamerstukken II 2017/2018, 34 851, nr. 3, p. 52 e.v.



doelstelling van het register (artikel 5, eerste lid, onder b resp. c van de AVG).

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.

Het voorstel bevat ten slotte een verruiming van de mogelijkheid tot het doen van onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming, alsmede een verplicht onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming bij het ontbreken van een verklaring omtrent het gedrag van betrokkenen of indien een van de wensouders zijn gewone verblijfplaats buiten Nederland heeft. Het doel van deze gegevensverwerking komt overeen met het doel van de counseling, te weten de waarborging van de belangen van het kind binnen het traject van het draagmoederschap. Een format voor het onderzoek door de Raad zal te zijner tijd worden voorbereid, maar gegevens die daarbij een rol spelen zullen naar verwachting vergelijkbaar zijn als bij een geschiktheidsonderzoek bij adoptie. Daarbij worden verwerkt, de NAW-gegevens, het beroep van ouders, een gezondheidsverklaring ouders, een BRP check op adres en vastleggen gegevens van alle bewoners, en een Justitieel Documentatie Register check op alle bewoners van het adres van de wensouders. Met het onderzoek voert de Raad haar wettelijke taak uit. Voor het verwerken van strafrechtelijke gegevens is er een grondslag in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (artikel 42, lid 4 onder c) en het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens (artikel 17), jo. 33, eerste lid, onder a UAVG. Op grond van het voorstel is geen sprake van grensoverschrijdende gegevensverwerking.

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 register en bij de verslaglegging rond de counseling gaan om de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, namelijk gezondheidsgegevens met betrekking tot de lvf-behandeling van de draagmoeder, gegevens over de aanleiding voor de keuze van draagmoederschap en bij het register ook genetische gegevens in de vorm van een waar nodig aangeleverde DNA-verwantschapstest. De verwerking wordt voor het register noodzakelijk geacht ter bescherming van een zwaarwegend algemeen belang, namelijk de waarborging van de belangen van het kind binnen het traject van het draagmoederschap en bij de beschikbaarheid op termijn van die gegevens (artikel 9, lid 2 onder g 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 register 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. Zonder deze gegevens is de rechter niet in staat te komen tot een volwaardige beoordeling van de betrokken belangen.

11. Regeldruk en financiële gevolgen

11.1 Aantallen

Bij het in kaart brengen van de regeldruk en de financiële gevolgen is ervan uitgegaan dat het aantal stellen dat zich wil laten infomeren over een draagmoederschapstraject de duizend per jaar niet zal overstijgen en dat bij benadering 150 paren per jaar een draagmoederschapstraject in gang zullen zetten. Hierbij wordt benadrukt dat dit een schatting betreft en dat wordt verwacht dat de genoemde aantallen aan de hoge kant zijn. Exacte en betrouwbare cijfers van hoe vaak draagmoederschap thans voorkomt ontbreken namelijk en draagmoederschap als verschijnsel is in ontwikkeling. Het is evenmin bekend hoe vaak thans sprake is van situaties van kinderkoop. De adviesorganisaties⁷⁴ hebben hun inschattingen gebaseerd op voormelde aantallen.

⁷⁴ De volgende organisaties hebben laten weten welke werklustgevolgen en/of financiële gevolgen worden verwacht: de Raad voor de rechtspraak, Raad voor Rechtsbijstand, Politie, Raad voor de Kinderbescherming en de Uitvoeringsorganisatie Werknemersverzekeringen. Hierbij is van belang te vermelden dat deze organisaties de financiële en/of werklustgevolgen van de strafbaarstelling in dit wetsvoorstel hebben geschat op basis van de consultatieversie van de strafbaarstelling kinderkoop. Hoewel deze versie grondig is herzien, wordt niet verwacht dat de inschattingen van de financiële en/of werklustgevolgen naar aanleiding van de nieuwe strafbaarstelling(en) (substantieel) anders zullen zijn. Het Openbaar Ministerie en de Nederlandse Vereniging voor



11.2 Regeldruk

In de huidige situatie dienen betrokkenen bij draagmoederschap na de geboorte diverse procedures in gang te zetten om het ouderschap over te dragen aan de wensouders. Deze procedures kunnen lang duren en brengen onzekerheid mee. Als wensouders en draagmoeders kiezen voor draagmoederschap conform de voorgestelde regeling dienen zij voorafgaand aan de conceptie diverse stappen te doorlopen voor toekenning van ouderschap na draagmoederschap. De procedures achteraf zijn dan niet meer nodig. Conform de regeling dienen wensouders en draagmoeder verplichte voorlichting en counseling te volgen waarvan een verslag wordt gemaakt dat door hen aan de rechter dient te worden overgelegd. Daarnaast moet er een draagmoederschapsovereenkomst worden opgesteld en dienen de wensouders een verklaring omtrent gedrag te overleggen aan de rechtbank bij het verzoek. Voorts dienen wensouders en draagmoeder de procedure bij de rechter te doorlopen. Ook in het geval wensouders en draagmoeders gebruik maken van de huidige routes voor overgang van het ouderschap na draagmoederschap – hetgeen mogelijk blijft – zullen de wensouders en draagmoeder in geval van adoptie na draagmoederschap ook aan de belangrijkste voorwaarden voor draagmoederschap moeten voldoen, waaronder het doorlopen van de verplichte voorlichting en counseling, het overleggen van een draagmoederschapsovereenkomst en vog. Indien wensouders een draagmoederschapstraject in het buitenland aangaan en zij voldoen aan de gestelde voorwaarden voor eenvoudige acceptatie van de buitenlandse geboorteakte na draagmoederschap, dan hoeven zij geen gang naar de rechter te maken om de erkenning te laten vaststellen. Hoewel het voldoen aan de gestelde voorwaarden regeldruk voor wensouders met zich brengt, weegt dit op tegen het niet hoeven doorlopen van een rechterlijke procedure zoals dat thans het geval is. De kosten voor de voorlichting, counseling en het voldoen aan de andere voorwaarden voor de toekenning van het ouderschap na draagmoederschap, alsmede de proceskosten bij de rechtbank komen voor rekening van de betrokkenen.

De in het wetsvoorstel opgenomen wettelijke plicht voor ouders en andere personen met gezag om kinderen afstammingsvoorlichting te geven treft in beginsel alle ouders en andere personen met gezag, maar zal met name van belang zijn indien bij de conceptie gebruik is gemaakt van donorgameten dan wel het kind is geboren uit draagmoederschap of is geadopteerd.

In het wetsvoorstel wordt de eis van meerderjarigheid voor de erkenning geïntroduceerd en bepaald dat zowel de minderjarige erkenner als de minderjarige geboortemoeder slechts na toestemming van de rechtbank kan erkennen. Een verzoek hiertoe is mogelijk vanaf het bereiken van de leeftijd van 16 jaar. De omvang van de doelgroep die deze bepaling zal treffen is beperkt.⁷⁵ Hoeveel van deze kinderen zijn erkend voor de meerderjarigheid van de moeder is onbekend.

De mogelijkheden om de ouderschapsband te verbreken worden in het wetsvoorstel verruimd in die zin dat de termijn wordt geschrapt voor de ontkenning van het ouderschap, alsmede de vernietiging van de erkenning op verzoek van het kind. Dit betreft een codificatie van bestaande jurisprudentie en vormt in die zin geen uitbreiding van het bestaande kader. De mogelijkheid tot het doorbreken van ouderschap na het bereiken van de meerderjarigheid raakt in potentie alle kinderen van Nederland. Gelet op de beperkende voorwaarden voor toepassing van deze mogelijkheid zal het gebruik hiervan zeer gering zijn. De precieze omvang van de doelgroep die hier gebruik van zal maken is onbekend en kan niet worden geschat.

Het wetsvoorstel heeft geen substantiële gevolgen voor de Raad voor de rechtspraak (Rvdr). De Rvdr noemt dat de invoering van een nieuw strafbaar feit zou kunnen leiden tot extra zaken en daarmee tot extra werklust voor de rechtspraak. Om hoeveel zaken het gaat kan de Rvdr niet inschatten en ook in de toelichting wordt geen inschatting van de mogelijke omvang van het probleem rondom kinderkoop en de verwachte inzet van opsporing. De Raad voor Rechtsbijstand voorziet op basis van de informatie van de Rvdr ook geen werklustgevolgen van het wetsvoorstel.

De Raad voor de Kinderbescherming (RvdK) verwacht dat het wetsvoorstel aanzienlijke kosten met zich brengt indien zij in alle genoemde 150 zaken een onderzoek uitvoeren. Zoals onder par. 11.1 is aangegeven betreft dit aantal een hoge inschatting. Daarnaast zal de RvdK naar verwachting niet in iedere draagmoederschapszaak een onderzoek uitvoeren, maar slechts in een beperkt aantal zaken. De werkzaamheden van de RvdK in procedures die thans worden gevoerd om het ouderschap na draagmoederschap over te dragen aan de wensouders zijn dan ook niet meer nodig. Dit zorgt voor een afname van de werklust van de RvdK. Dit geldt ook voor erkenningszaken van het ouderschap na internationaal draagmoederschap. Omdat duidelijk is voor wensouders wanneer eenvoudige acceptatie kan plaatsvinden wordt verwacht dat hierover minder procedures hoeven te worden gevoerd waardoor de werklust van de RvdK afneemt. De RvdK is verwacht verder dat de kostprijs van

Burgerzaken benoemen geen werklustgevolgen en/of financiële gevolgen. Ook het Adviescollege Toetsing Regeldruk heeft advies uitgebracht.

⁷⁵ In Nederland werden in 2017 254 kinderen geboren bij moeders van 16 of 17 jaar oud, in 2018 ging het om 215 kinderen, bron: CBS Statline.



een onderzoek bij draagmoederschap op grond van de regeling hoger zal liggen dan die van de onderzoeken die de RvdK thans in het kader van draagmoederschap uitvoert. Deze verwachting wordt niet gedeeld, er is geen aanleiding om aan te nemen dat deze onderzoeken een hogere kostprijs zullen hebben dan een geschiktheidsonderzoek bij adoptie. Indien in de praktijk blijkt dat de werklast van de RvdK toeneemt en/of de kostprijs van het onderzoek hoger is dan het afstandsonderzoek, dan zal de RvdK gecompenseerd worden binnen de overige onderdelen van beleidsartikel 34 van de Rijksbegroting voor het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

De politie schat in dat het aantal onderzoeken in het kader van de strafbaarstelling van kinderkoop beperkt zal zijn en dat aangiften er veelal niet zullen zijn. Het Openbaar Ministerie gaat in haar reactie op de strafbaarstelling van kinderkoop niet in op de financiële of werklastgevolgen. Daarmee wordt ervan uitgegaan dat deze er niet (of gering) zullen zijn.

De Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken (NVVB) heeft in de reactie op het wetsvoorstel geen financiële of werklastgevolgen voor de burgerlijke stand genoemd.

11.3 Financiële gevolgen

De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) benoemt dat de applicaties van de burgerlijke stand dienen te worden aangepast naar aanleiding van dit wetsvoorstel. Daarnaast dienen kosten te worden gemaakt voor het aanpassen van modelakten en het trainen en opleiden van ambtenaren van de burgerlijke stand om deze regeling uit te voeren. De VNG heeft hieraan geen bedragen gekoppeld. De VNG is in de gelegenheid gesteld om parallel aan de adviesprocedure bij de Raad van State aan te geven of en wat de verwachte financiële en/of werklastgevolgen zijn voor de burgerlijke stand. De BRP hoeft niet te worden aangepast naar aanleiding van dit wetsvoorstel.

De aanpassingen in dit wetsvoorstel leiden ertoe dat betrokken ouders recht krijgen op geboorteverlof. Gegeven de zeer kleine aantallen betrokkenen zijn de financiële gevolgen beperkt (circa 1 mln.). Deze gevolgen zijn reeds meegenomen in de raming voor het geboorteverlof en komen ten laste van het Rijk (SZW).

De Uitvoeringsorganisatie Werknemersverzekeringen (UWV) begroot de incidentele kosten van het wensouderverlof op 1,3 miljoen euro. Deze kosten komen met name voort uit het aanpassen van de digitale kanalen voor het indienen van een aanvraag en de aansluiting op het registratiesysteem van UWV. De structurele kosten voor het wensouderverlof schat het UWV jaarlijks op 7.500 euro. Deze incidentele en structurele kosten van het UWV worden gedekt binnen de begroting van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW).

De kosten voor het ontwerp en de bouw van het register waarin afstammingsgegevens van kinderen geboren uit draagmoederschap worden opgenomen alsmede de kosten voor het beheer en onderhoud van register en het klantencontact worden gedekt binnen beleidsartikel 34 van de Rijksbegroting voor het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Bij het ontwerp van dit register wordt rekening gehouden met de wens om diverse registers en bronnen waarin afstammingsgegevens van kinderen worden bewaard in de toekomst toegankelijk te maken via één centrale toegang. De centrale toegang vloeit niet direct voort uit dit wetsvoorstel.

De Minister wijst een rechtspersoon of meerdere rechtspersonen aan die wordt of worden belast met de bemiddelingstaak. De kosten voor de uitvoering van deze bemiddelingstaak kunnen jaarlijks variëren. Daarnaast dient toezicht te worden gehouden op de instantie die de bemiddelingstaak uitvoert. De instantie (of instanties) waar de taken rondom de algemene voorlichting voor draagmoeders en wensouders worden belegd dient te worden ingericht op de uitvoering van deze taak. Daarnaast komen structurele kosten in het kader van de algemene voorlichting over draagmoederschap voort uit het bijhouden van het voorlichtingsmateriaal en het organiseren van voorlichtingsbijeenkomsten rondom draagmoederschap. De voorkeur gaat uit naar het aanwijzen van één instantie waar zowel de bemiddelings- als de voorlichtingstaken worden belegd, zodat de kosten beperkt blijven.

Om ouders en gezagsdragers bewust te maken van de in dit wetsvoorstel verankerde wettelijke taak tot het geven van voorlichting over de ontstaansgeschiedenis aan kinderen, dient hierover voorlichting te worden gegeven. Deze voorlichting kan door middel van het verspreiden van folders en ander voorlichtingsmateriaal en het aanpassen van informatievoorziening op de website van de Rijksoverheid.

Als het kind dat is geboren uit draagmoederschap op enig moment contact wenst met de draagmoeder waarmee eerder geen contact is geweest, kan het wenselijk zijn dat de betrokkenen hierbij worden begeleid door een professionele instantie. Deze begeleiding wordt thans ook al geboden aan donorkinderen die contact wensen met hun donor. Uit onderzoek blijkt dat ongeveer 80% van kinderen



op zoek gaat naar informatie over of contact wil met zijn of haar donor. Bij draagmoederschap wordt verwacht dat voormelde begeleiding minder relevant zal zijn, omdat in het wetsvoorstel is bepaald dat de wensouders en de draagmoeder in de draagmoederschapsovereenkomst afspraken maken over het contact tussen de draagmoeder en het kind.

Voor de kosten rondom de bemiddeling en algemene voorlichting en eventueel counseling aan draagmoeders en wensouders, voorlichting over belang van openheid over de ontstaansgeschiedenis, begeleidingstrajecten van het contact tussen kind en draagmoeder in het kader van draagmoederschapstrajecten en ontwikkeling van het register voor draagmoederschapgegevens worden is in het eerste jaar een bedrag van 2,2 miljoen begroot binnen beleidsartikel 34 van de Rijksbegroting voor het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Voor de daaropvolgende jaren jaarlijks 2 miljoen. Omdat de omvang van het aantal draagmoederschapstrajecten onzeker is en de werkzaamheden rondom de voorlichting, counseling en bemiddeling nog moeten worden belegd, is het niet mogelijk in dit stadium gedetailleerde kosten te noemen. Voor het register geldt dat de ontwikkeling hiervan nog dient te worden aanbesteed, waardoor het niet wenselijk is dat hiervoor exacte bedragen worden genoemd. De kosten voor bemiddeling en algemene voorlichting en eventuele (incidentele) kosten rondom de counseling aan draagmoeders en wensouders kunnen (deels) worden verdisconteerd in de kostprijs van het draagmoederschapstraject die voor rekening van betrokkenen komen.

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. De NVvB heeft aangedrongen op een alternatieve mogelijkheid tot het afleggen van een verklaring bij de ambtenaar van de burgerlijke stand indien de verklaring per abuis niet is vermeld in de rechterlijke beslissing. Hiervan is afgezien. Uitgegaan dient te worden van de correcte toepassing van het recht door de rechter. Is de verklaring ten onrechte niet opgenomen in de beschikking, dan kan de rechter op grond van artikel 32 van het Wetboek van Rechtsvordering worden verzocht om aanvulling van de beschikking.

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. Tevens wordt een grondslag geboden voor de opname van een herroeping van een dergelijke beschikking. Uit artikel 20e volgt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand een dergelijke uitspraak toegezonden krijgt van de griffier van de rechtbank die de herroeping heeft uitgesproken. Voor de gerechtelijke toekenning is in artikel 217 expliciet bepaald dat dit de ambtenaar van de burgerlijke stand is van de woonplaats van de draagmoeder. Voor een herroeping volgt uit het systeem van de wet dat toezending gebeurt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de geboorteplaats van het kind, nu aan de geboorteakte een latere vermelding aangaande de herroeping dient te worden toegevoegd. Daarnaast wordt een grondslag geboden voor het opnemen van een rechterlijke uitspraak tot beëindiging van het ouderschap.

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 Artilekel 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.⁷⁶ 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 met betrekking tot draagmoederschap.

H t/m J Artikelen 1:200, 1:201 en 1:202a BW

In lijn met het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap op dit punt wordt de termijn geschrapt voor de ontkenning van het ouderschap, alsmede de vernietiging van de erkenning, op verzoek van het kind. Mensen komen vaak pas op latere leeftijd in het reïne met hun ontstaansgeschiedenis. Ook iemand die al gedurende langere tijd weet dat zijn juridische ouder niet zijn genetische ouder is, maar om hem moverende redenen niet is overgegaan tot een procedure die had kunnen leiden tot doorhaling van dat ouderschap, moet op het moment waarop hij daar wel aan toe is, het desbetreffende verzoek alsnog kunnen doen. Het belang dat een kind kan hebben bij het met elkaar in overeenstemming brengen van de juridische en genetische realiteit weegt zwaarder dan het belang van rechtszekerheid van ouders, zo is inmiddels in diverse procedures ook door de rechter aangenomen. Het schrappen van de termijn sluit tevens aan bij de introductie van een algemene mogelijkheid tot het beëindigen van het ouderschap zonder dwingende termijnen.

K 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.⁷⁷ 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,⁷⁸ wordt hierbij een ruime beoordelingsmarge gelaten aan de rechtbank. Er is in lijn met het vijfde lid dan ook geen specifiek beoordelingskader opgenomen in de wet. 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 toestemming te weigeren indien vervangende toestemming wel zou moeten worden gegeven.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2018/19*, 33 836, nr. 45.

⁷⁷ Zoals ingevoegd bij NvW, *Kamerstukken II 2011/12*, 33 032, nr. 7.

⁷⁸ 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.



L Artikel 1:205 BW

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.

Met het vervallen van het vierde lid van artikel 1:205 BW wordt de termijn voor een verzoek tot vernietiging van de erkenning voor kinderen geschrapt. Zie verder onder H, de toelichting bij de aanpassing van artikel 1:200, zesde lid, BW.

M Artikel 1:205a BW

Zie onder L, de toelichting bij artikel 1:205 BW.

N 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.

O Afdeling 7 – Binnenlandse regeling voor draagmoederschap en Afdeling 8 Beëindiging ouderschap

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 in dit specifieke geval indruist tegen het belang van het toekomstige kind. 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. Nu het verzoek aan de rechter enkel afkomstig is van de draagmoeder en de wensouders, is voor de echtgenoot of geregistreerd partner nog aanvullend vastgelegd in artikel 1:215, eerste lid onder I BW dat diens instemming moet blijken. Daarmee is expliciet gemaakt dat ook deze persoon dient in te stemmen met een constructie waarbij afgeweken wordt van diens van rechtswege ontstaand ouderschap. Het derde lid van artikel 1:214 BW 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. Hierbij kunnen bijvoorbeeld de uitkomsten uit de counseling en de leeftijd van wensouders en draagmoeder een rol spelen.

Het vierde lid bepaalt dat een verzoek op straffe van niet-ontvankelijkheid een draagmoederschaps-overeenkomst moet bevatten die voldoet aan de eisen van artikel 1:216 BW. De draagmoederschaps-overeenkomst 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. Een eventuele echtgenoot, echtgenote of geregistreerd partner van de draagmoeder dient, voor zover de afspraken hem of haar raken, ook partij te zijn bij deze overeenkomst. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om afspraken over het afzien van bepaald gedrag of activiteiten.

De regeling betreft naast de plicht tot overlegging van deze overeenkomst ook de verplichte overlegging van een verslag van de voorlichting en counseling als bedoeld in artikel 1:215, lid 1, onder a BW. Dit vormen beide nadere invullingen van de algemene procesrechtelijke regel dat alle voor de procedure relevante stukken dienen te worden overgelegd (vergelijk ook artikel 21 Rv). Op basis van

dat algemene uitgangspunt kan de rechtspraak in het procesreglement Familie- en Jeugdrecht nog nader invulling geven aan stukken die bij een verzoekschrift zouden moeten worden aangeleverd. Hierbij kan bijvoorbeeld gewezen worden op het ook door de Rvdr in zijn consultatieadvies genoemde BRP-uittreksel van de wensouders waaruit blijkt of zij de ouders zijn van andere kinderen, en indien dit het geval is tevens een uittreksel uit het gezagsregister voor deze kinderen.

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 Kinderbescherming. '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 bezien of de wensouders (en levensgezel) eerder zijn veroordeeld voor onder meer een zedendelict of kinderhandel. 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 Kinderbescherming telkens noodzakelijk.

Artikel 1:215 BW

In dit artikel worden nadere voorwaarden gegeven voor de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. De aanhef maakt expliciet dat de sanctie op het niet voldoen aan een van deze eisen de afwijzing van het verzoek impliceert. Er bestaat op geen van deze punten een beoordelingsruimte voor de rechter. De geïnformeerde instemming van alle betrokkenen is daarbij het belangrijkste vereiste. De geïnformeerde 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 betrokken 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. Deze procedurele eis is op advies van de Adviescommissie burgerlijk procesrecht tevens expliciet opgenomen in artikel 800 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Een behandeling ter zitting wordt in dit verband van belang geacht voor een zorgvuldige beoordeling van het verzoek door de rechter.

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 zaadcel of eicel 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, waarvoor de grondslag wordt geboden in het derde lid. Hierin zullen tevens maximale bedragen per kostenpost moeten worden gegeven. 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 de aard en maximale hoogte van deze vergoeding.

De eis onder g vormt een invulling van de eis dat dient te blijken dat de draagmoederschapsovereenkomst zorgvuldig tot stand is gekomen. Zowel de draagmoeder als de wensouders zullen zich daartoe hebben moeten laten begeleiden door een onafhankelijke juridisch deskundige partij. Daarbij valt met name te denken aan een advocaat of notaris. Deze eis vormt een aanvulling op de algemene regeling van de nietigheid en de wilsgebreken. Deze eis vormt als zodanig een nadere invulling van de eis uit artikel 1:214, lid 3, BW dat de vrije instemming van de betrokkenen dient te blijken.

De eisen onder h tot en met k 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 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. Er is, voor alle duidelijkheid, gekozen voor het zowel opnemen van een specifieke rechtsmachtregeling (in artikel 3a van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering) als een 'scope-rule' voor de toegang tot de regeling op grond van artikel 1:214 BW en verder. Doorslaggevend daarbij is dat, indien er enkel voor 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 door de rechter. 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.

In onderdeel l wordt vereist dat vaststaat dat de echtgenoot, echtgenote of geregistreerd partner van de draagmoeder instemt met het verzoek. De instemming kan blijken uit een ter zitting afgelegde verklaring, of een voordien schriftelijk afgelegde verklaring die bij het verzoek is overgelegd. 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. Uiteraard geldt deze eis enkel in het geval er sprake is van een levensgezel.

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. Indien de draagmoeder een partner heeft, is het raadzaam dat ook de partner wordt betrokken bij de totstandkoming van deze overeenkomst, en voor zover afspraken de partner raken, dat deze ook partij is bij de overeenkomst. Zie in dat verband ook de eis die wordt gesteld in artikel 1:214, vierde lid, BW die dit vereist voor de echtgenoot, echtgenote of geregistreerd partner.

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. Wel afdwingbaar daarentegen zijn bijvoorbeeld afspraken, evt. gekoppeld aan een boeteclausule, over het afzien van alcoholgebruik en andere middelen, tot het informeren van wensouders over het verloop van de zwangerschap of de medewerking aan een DNA-verwantschapsonderzoek.

Eventuele procedures over het nakomen van de afspraken in de draagmoederschapsovereenkomst zullen langs het reguliere overeenkomstenrecht dienen te verlopen tenzij hiervoor een specifieke voorziening bestaat, zoals het geval is bij de herroeping van de gerechtelijke toekenning ouderschap na draagmoederschap (artikel 1:219 BW) of een aanspraak op omgang tussen kind en draagmoeder (artikel 1:377a BW). Indien in de draagmoederschapsovereenkomst afspraken zijn gemaakt over periodieke omgang tussen het kind en de draagmoeder, dan kan daaruit een nauwe persoonlijke betrekking in de zin van artikel 1:377a BW worden afgeleid.⁷⁹ De rechter zal bij de beoordeling van het bestaan van de nauwe persoonlijke betrekking ook oog moeten hebben voor andere omstandigheden van het geval die relevant kunnen zijn. Met name de vraag of en voor hoe lang de afgesproken omgangsregeling na de geboorte (niet) is nagekomen zal daarnaast een rol kunnen spelen bij de

⁷⁹ Vergelijk in dit verband EHRM 5 juni 2014 (I.S. tegen Duitsland) nr. 31021/08, par. 68–69 en 84–85.



beoordeling of van een nauwe persoonlijke betrekking in de zin van 1:377a BW nog sprake is. 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. Er is niet voorzien in de door de NVvB voorgestelde specifieke voorziening voor het bewaren of houden van de beschikking door de ambtenaar van de burgerlijke stand voorafgaand aan de geboorte. De situatie voor deze beschikkingen verschilt niet wezenlijk van de bewaring van akten bij een prenatale erkenning. Dit wetsvoorstel vormt daarmee op zich geen aanleiding tot het treffen van specifieke voorzieningen op dit punt. 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 in beginsel slechts eenmalig effect, en wel op de eerste zwangerschap waaruit één of meer kinderen levend 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. Voor een eventueel hierop volgend nieuw draagmoederschapstraject zal dan ook opnieuw een gerechtelijke vaststelling van ouderschap na draagmoederschap moeten worden verzocht.

De werking van de beschikking van de rechter is in duur beperkt tot een periode van drie 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 drie jaar impliceert dat de draagmoeder zwanger dient te worden in de periode tot ca. 26 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. De regeling vormt een specialis ten opzichte van (onderdelen van) de regeling in artikel 390 en 391 Rv. Is er nog geen zwangerschap of heeft de zwangerschap niet geleid tot de geboorte van een levend kind, dan is herroeping 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 indien de wensouder niet de biologische ouder van het kind is en er sprake is van 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. De Rvdr heeft nog gewezen op de mogelijkheid van een uitzondering op de termijn van 6 weken, indien op grond van medische zaken die het gevolg zijn van de bevalling een verlenging van de termijn gerechtvaardigd is. Bij het bepalen van de termijn van 6 weken is een afweging gemaakt tussen het belang van rechtszekerheid voor het kind en andere betrokkenen en het belang van de draagmoeder bij een mogelijkheid om terug te komen op de eerdere afspraken. Het belang van rechtszekerheid heeft hierbij zwaar gewogen. Maar zoals dat ook geldt voor andere termijnen in het familierecht, valt niet uit te sluiten dat zich uitzonderlijke situaties voordoen op grond waarvan een termijnoverschrijding op grond van artikel 8 EVRM zal moeten worden geaccepteerd. Er is van afgezien om hiervoor een specifieke voorziening te treffen, nu de omstandigheden waaronder een dergelijke afwijking noodzakelijk moet worden geacht zich niet laten voorspellen.

Bij een procedure op grond van artikel 1:219 BW is, anders dan bij het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van ouderschap na draagmoederschap, artikel 1:212 BW wel van toepassing. Er zal in deze zaken dus een bijzondere curator moeten worden benoemd die het kind in de procedure vertegenwoordigt.

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.

In het vierde lid is artikel 217, tweede lid, van overeenkomstige toepassing verklaard. Daardoor zal een herroeping van de toekenning tevens worden opgenomen in het register, waardoor deze gegevens voor het kind op termijn achterhaalbaar zullen zijn.

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.

Artikel 1:222 BW

Deze nieuwe bepaling introduceert een algemene grondslag voor de beëindiging van ouderschap dat is ontstaan op grond van afstamming. Een verzoek kan enkel worden gedaan bij meerderjarigheid van het kind. Het betreft, om met de Staatscommissie Herijking ouderschap te spreken, een verstrekkende beslissing waarbij een belangenafweging moet worden gemaakt tussen de belangen van alle betrokkenen. In het derde lid wordt de positie van eventuele kinderen van de verzoeker expliciet geregeld. Bij de beoordeling van de redelijkheid van het verzoek door de rechter kan ook de relatie met eventuele broers, zussen en grootouders betrekken. De beëindiging heeft geen terugwerkende kracht, zo blijkt uit het vierde lid. De beëindiging heeft dan ook geen gevolgen voor de geslachtsnaam of nationaliteit van de betrokkene.

P Artikel 228

Met deze toevoeging aan artikel 228 wordt gewaarborgd dat bij adoptie na draagmoederschap, dus bij het niet volgen van de specifieke route voor afstamming na draagmoederschap toch vergelijkbare eisen worden gesteld. Specifiek gaat het om de eis dat een zorgvuldig tot stand gekomen draagmoederschapsovereenkomst wordt overgelegd bij het adoptieverzoek, dat de voorlichting en counseling is gevolgd, dat tenminste één van de wensouders de genetische ouder van het kind is tenzij dat onmogelijk is, dat de identiteit van zaadcel- en eiceldonor achterhaalbaar is en dat niet blijkt dat meer is betaald dan de bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde maximale redelijke vergoeding. Daarmee wordt voorkomen dat eenvoudig voorbij gegaan kan worden aan de in de draagmoederschapsregeling gestelde eisen. Tevens is opname in het register gewaarborgd. De rechter zal deze eisen daarbij tevens moeten toetsen aan het belang van het kind en artikel 8 EVRM, hetgeen aanleiding kan zijn om in een individueel geval afwijking van een van de eisen te accepteren en alsnog de adoptie uit te spreken.

Q Artikel 1:231 BW

In lijn met het schrappen van de termijnen voor een verzoek om ontkenning van het ouderschap of vernietiging van een erkenning door het kind, wordt de termijn voor een verzoek tot herroeping van de adoptie eveneens geschrapt. Voor adoptie is de mogelijkheid van afwijking van de termijn inmiddels algemeen aanvaard.⁸⁰

R & S Artikelen 1:247 en 1:248 BW

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 18 maart 2016⁸¹ reeds overwogen dat het geven van informatie over de afstamming ('statusvoorlichting') tot de zorg en 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

⁸⁰ Vergelijk Punselie, in: GS Personen- en familierecht, artikel 1:232 BW, aant. 1.3 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2020)

⁸¹ ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210 m.nt. S.F.M. Wortmann.



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 zaadcel- en/of eiceldonoren), en de eventuele niet-genetisch verwante geboortemoeder, waaronder persoonsidentificerende gegevens, 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.⁸² 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 gezagdrager 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 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.

T 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 (in het geval een ander dan de moeder met het gezag is belast). 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 7 BW

A. Artikel 7:635 BW

Deze bepaling houdt verband met het wensouderverlof dat in de Wet arbeid en zorg wordt opgenomen. Het betreft de aanspraak op vakantie in de periode dat wensouderverlof wordt genoten. Voorgesteld wordt dat een werknemer ook vakantie opbouwt over de periode dat hij een uitkering krijgt wegens wensouderverlof. Dit is onder andere ook voor het adoptie- en pleegzorgverlof geregeld. Over het gedeelte van het ouderschapsverlof waarover de werknemer geen uitkering geniet, bouwt de werknemer geen vakantie op, tenzij de werkgever het wensouderverlof (gedeeltelijk) doorbetaalt. In dat geval vindt (over dat gedeelte) wel vakantieopbouw plaats (ongeacht de hoogte van de doorbetaling).

B Artikel 7:670

Ook deze bepaling houdt verband met de Wet arbeid en zorg. Voorgesteld wordt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer zijn recht op wensouderschap geldend maakt. Dit geldt ook voor andere verlofvormen uit de Wet arbeid en zorg.

⁸² In die zin: W.M. Schrama, ‘Het recht op afstammingsinformatie in draagmoederschapszaken’, *FJR* 2019/50.



Artikel III Boek 10 BW

A Artikel 10:98a BW

Met artikel 98a wordt het advies van de 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. Deze regeling geldt voor de draagmoederschapsovereenkomst als een specialis ten opzichte van artikel 10:154 BW, de verwijzingsregeling van de Verordening Rome I⁸³ is daardoor niet van overeenkomstige toepassing op deze overeenkomst.

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 rechtsfeer 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 *Gleichlauf*-beginsel, is dat internationaal zeer verschillend wordt gedacht over draagmoederschap. Een meerzijdige conflictregel die kan leiden tot de toepasselijkheid van een buitenlands rechtstelsel 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

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 een 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: is de rechter, de ambtenaar van de burgerlijke stand, de consulaire medewerker van een ambassade of andere instantie bij wie de erkenningsvraag voorligt van oordeel dat kennelijk strijd bestaat met de Nederlandse openbare orde of dat kennelijk geen behoorlijke rechtspleging heeft plaatsgevonden, dan wordt de erkenning geweigerd. Dit geldt ook als het de erkenning van een rechterlijke beslissing betreft en er wordt vastgesteld dat er kennelijk onvoldoende aanknopingspunt bestond met de rechtsfeer van het land van de

⁸³ Verordening (EG) nr. 593/2008, *PbEU* 2008, L177.



rechter voor het aannemen van rechtsmacht. Hieronder worden de verschillende leden en onderdelen van artikel 10:101a 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.⁸⁴ 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. Met de terminologie 'als de rechter dit verklaart' wordt ook aangesloten bij de verklaring van recht 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 extra zorgvuldigheid die bij draagmoederschap noodzakelijk is. De rechter zal daarbij moeten toetsen aan de algemene voorwaarden van artikel 10:100 of 10:101 BW. Mede in verband met de uit artikel 3 en 4 van de Rijkswet op het Nederlandschap voortvloeiende nationaliteitsrechtelijke gevolgen van de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familie-rechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming na draagmoederschap wordt hier expliciet opgemerkt dat de beslissing van de rechter op grond van artikel 10:101a lid 1 of lid 2 BW een declaratoir karakter heeft.

De extra procedure vormt een prikkel om gebruik te maken van een buitenlandse procedure die voldoet aan de basisvoorwaarden voor zorgvuldig draagmoederschap zoals die in Nederland worden gesteld. Het is aan de wensouders om kenbaar te maken dat sprake is van afstamming na draagmoederschap. Het niet kenbaar maken van dit gegeven, bijvoorbeeld om de rechterlijke beoordeling te omzeilen, kan het strafbare feit verduistering van staat opleveren (artikel 236 Wetboek van Strafrecht). In het voorstel is de term 'familie-rechtelijke 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 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 (erkenning van rechtswege) 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. Het betalen voor de overdracht van het ouderschap zal moeten worden tegengaan via het strafrechtelijk kader, niet via het afstammingsrecht.

De erkenning langs de weg van artikel 10:101a, lid 3, onder a BW staat open indien zonder nader onderzoek kan worden vastgesteld dat aan de in deze bepaling genoemde voorwaarden is voldaan. Het is aan de (wens)ouders om hiertoe de gegevens aan te leveren. Ook indien wel aan de genoemde voorwaarden voor eenvoudige erkenning wordt voldaan, blijft weigering van de erkenning door de ambtenaar van de burgerlijke stand of andere autoriteit waarbij de erkenningsvraag voorligt mogelijk indien er voor de rechtsmacht van de rechter kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de rechtssfeer van diens land, dan wel aan die beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan (artikel 10:100 lid 1, onder a en b BW) of indien er ondanks het voldoen aan deze voorwaarden aanwijzingen zijn van strijd met de openbare orde (artikel 10:100 lid 1, onder c BW).

⁸⁴ Rb. Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7708.



Doordat binnen Nederland een regeling wordt getroffen waarin wensouders vanaf de geboorte als ouders op de geboorteakte staan vermeld, verzet de Nederlandse 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. De regeling van artikel 10:101a, lid 3, onder a BW beoogt niet de openbare orde-toets als zodanig in te vullen, al valt niet uit te sluiten dat de regeling een zekere reflexwerking zal hebben op de toepassing van die toets op grond van artikel 10:100 en 10:101 BW.

‘Gegevens over de afstamming’ houdt in dit verband in: gegevens over de genetische afstamming van het kind (waaronder mogelijke zaadcel- en/of eiceldonoren) en de eventuele niet-genetisch verwante geboortemoeder. Is gebruik gemaakt van een anonieme donor, dan is een eenvoudige erkenning niet mogelijk. In de consultatiefase werd voorgesteld dat deze gegevens bij voorkeur zouden worden opgenomen in het register, maar werd de mogelijkheid open gehouden dat deze gegevens pas later beschikbaar zouden komen. Hierop is kritiek gekomen vanuit het perspectief van het recht van het kind op afstammingsinformatie. Tevens bleek de beschikbaarheid op termijn voor de ambtenaar van de burgerlijke stand moeilijk te beoordelen. Daarom is dit criterium in die zin aangepast dat de informatie bij het verzoek om erkenning zal moeten worden aangeleverd ter opname in het register. De gegevens zullen moeten blijken uit gewaarmerkte stukken, zoals een rechterlijke beslissing of een notariële akte of bij gebreke daaraan blijken uit een verklaring onder ede. 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. Voor eenvoudige erkenning is noodzakelijk dat een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de afstamming. 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.

Ten slotte zal moeten blijken dat er een mogelijkheid heeft bestaan voor de draagmoeder om het ouderschap te betwisten. Hiertoe kan een recente verklaring van een buitenlandse advocaat of notaris over het bestaan van wettelijke mogelijkheden volstaan, of kan een exemplaar worden overgelegd van de overeenkomst waarin is voorzien in de mogelijkheid terug te komen op de overdracht van het ouderschap. Het betreft hierbij de mogelijkheid om terug te komen op de eerdere intentie, dan wel de mogelijkheid om de wens om terug te komen ter beoordeling voor te leggen aan de rechter.

Derde lid onderdeel b

In onderdeel b van het derde lid wordt een tweede 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. Het is aan de betrokkenen om aannemelijk te maken dat zij voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van dit onderdeel. Overigens geldt ook voor deze uitzondering dat weigering van de erkenning door de ambtenaar van de burgerlijke stand of andere autoriteit waarbij de erkenningsvraag voorligt mogelijk blijft op grond van de openbare orde (artikel 10:100 lid 1, onder c BW) of omdat er voor de rechtsmacht van de rechter kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de rechtssfeer van diens land, dan wel aan die beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan (artikel 10:100 lid 1, onder a en b BW).



Vierde lid

Tenslotte wordt in het laatste lid bepaald dat de gegevens die ten grondslag liggen aan de beslissing tot erkenning worden gezonden aan het register. Met de betrokken instantie wordt in dit lid bedoeld de autoriteit die de toepassing van het derde lid onder a heeft beoordeeld. Dit kan een ambtenaar van de burgerlijke stand zijn, maar ook een consulaire medewerker. Tevens wordt bepaald dat de gegevens worden gezonden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Den Haag ter inschrijving van een geboorteakte, voor zover de erkenningsvraag niet aan de orde kwam bij die ambtenaar.

Artikel IV Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

A, B en C

Overeenkomstig het advies van de Staatscommissie IPR is aan artikel 3 Rv een speciale bevoegdheidsregeling toegevoegd voor draagmoederschapsconstructies (artikel 3a Rv). De bevoegdheidsgrondslag is daarbij gekoppeld aan de gewone verblijfplaats van de draagmoeder en ten minste één van de wensouders, waarbij als peildatum geldt het tijdstip waarop het verzoek op de voet van artikel 1:205 BW bij de rechter wordt ingediend. Deze bevoegdheidsregeling geldt als een *lex specialis*: de bevoegdheidsregeling derogeert aan artikel 3 Rv (algemene bevoegdheidsregel voor verzoekschrift-procedures) en aan artikel 9 Rv.

Bij toepassing van de bevoegdheidsregeling wordt uitgegaan van het beginsel dat een aangenomen rechtsmacht betekent dat deze rechtsmacht ook behouden blijft na een wijziging van bijvoorbeeld de gewone verblijfplaats van een van de partijen later in de procedure (*perpetuatio fori*). De bevoegdheidsregeling is beperkt tot de Nederlandse draagmoederschapsregeling, maar heeft een ruim materieel toepassingsbereik; alle geschillen die uit de regeling kunnen voortvloeien alsmede samenhangende kwesties volgen de eenmaal aangenomen rechtsmacht. Hierdoor wordt de bevoegdheid in deze met de draagmoederschapsregeling samenhangende kwesties niet opnieuw getoetst, ongeacht mogelijk tijdsverloop.

Deze regeling beoogt, samen met de eisen gesteld in artikel 1:215 BW, 'draagmoederschapstoerisme' te voorkomen.

D

Aan artikel 800 wordt een nieuw lid toegevoegd waarmee buiten twijfel wordt gesteld dat een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van ouderschap na draagmoederschap steeds op zitting behandeld dient te worden. Deze eis volgt eveneens uit artikel 1:215, lid 1, onder b, BW, maar wordt voor de duidelijkheid ook afzonderlijk neergelegd in het Wetboek van Rechtsvordering.

E

Artikel 810 wordt aangevuld om duidelijk te maken dat het de rechter vrij staat om het advies in te winnen van de Raad voor de Kinderbescherming bij de beoordeling van aan verzoek tot gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap of andere procedures die hiermee verband houden maar waarbij er nog geen (ongeboren) kind is. Raad voor de Kinderbescherming.

Artikel V Wetboek van Strafrecht

A Artikel 7 Sr

De wijziging van artikel 7, tweede lid, onderdeel a, van het Wetboek van Strafrecht (Sr) maakt het mogelijk dat Nederlanders die in het buitenland de in artikel 151d Sr strafbaar gestelde gedragingen begaan, in Nederland kunnen worden vervolgd, ook wanneer deze gedragingen in het andere land niet strafbaar zijn gesteld.

Bij de vervulling van een kinderwens wordt soms uitgeweken naar het buitenland. Nederlanders dienen hierbij de fundamentele rechten van het kind te respecteren. Dit betekent onder meer dat degenen van wie het ouderschap over het kind wordt overgenomen hiervoor niet worden betaald. Nederland heeft een bijzondere verantwoordelijkheid om deze kinderen die zelf ook Nederlander worden te beschermen.

Daarom is het wenselijk de strafbaarstelling die ziet op het betalen van de ouders of verzorgers van een kind of een tussenpersoon, om het ouderschap over een kind over te dragen, ongeclausuleerde extraterritoriale werking op basis van het actief personaliteitsbeginsel te geven zodat in Nederland strafrechtelijk kan worden opgetreden indien Nederlanders zich hieraan in het buitenland schuldig maken, ook als hier in het desbetreffende land geen straf op is gesteld.

De strafbaarstelling in artikel 151d Sr is in lijn met de verdragsverplichtingen uit artikel 35 IVRK en het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het



IVRK waarin staat dat lidstaten passende maatregelen nemen ter voorkoming van de verkoop van of handel in kinderen. De mogelijkheid van vervolging van Nederlanders indien het feit buiten Nederland is begaan, draagt bij aan het effect van de voorgestelde maatregel.

B Artikel 151b Sr

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 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.⁸⁵ 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.⁸⁶ 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 delictomschrijving 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 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.

C Artikel 151d Sr

Eerste lid

In een nieuw artikel 151d, eerste lid, Sr wordt het geven van betalingen of voordelen of doen van beloften van betalingen of voordelen voor het verwerven van het ouderlijk gezag over een kind of het overnemen van de opvoeding en verzorging van een kind, aan degene van wie of door tussenkomst van wie het ouderlijk gezag of de verzorging en opvoeding is overgenomen of zal worden overgenomen, strafbaar gesteld. Het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind is in strijd met de menselijke waardigheid van het kind. Deze strafbaarstelling heeft tot doel de waardigheid van het kind te beschermen. Met deze bepaling wordt mede invulling gegeven aan de verplichting uit artikel 35 IVRK en het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK om maatregelen te nemen ter voorkoming van de verkoop van kinderen. Met de wettelijke strafbedreiging van ten hoogste vier jaren gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie wordt de ernst van dit feit tot uitdrukking gebracht en een passende bestraffing mogelijk gemaakt.

⁸⁵ Zie Kamerstukken II 1990/91, 21 968, nr. 3, p. 3.

⁸⁶ Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30, p. 2.



Strafbaar is degene die, om het ouderlijk gezag over een kind te verwerven dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van een kind op zich te nemen, betalingen of voordelen geeft of de belofte daarvan doet aan degene van wie of door tussenkomst van wie hij het ouderlijk gezag of de verzorging en opvoeding wil overnemen of heeft overgenomen. Het betreft daarmee betalingen gekoppeld aan de overdracht van het kind. Het oogmerk van degene die de betaling of het voordeel geeft of de belofte daarvan doet is gericht op het verwerven van het ouderschap over een kind of de fysieke overdracht van een kind. Om die reden wordt een betaling of voordeel gegeven of belofte daarvan gedaan, al dan niet door tussenkomst van een ander, aan degene van wie wordt overgenomen. De bepaling betreft aldus wensouders die voor dit doel betalingen of voordelen geven of beloften daarvan doen.

Het gaat om het verwerven van het 'ouderlijk gezag' over een kind, bijvoorbeeld in het geval van adoptie. Maar ook om het anderszins duurzaam op zich nemen van de verzorging en opvoeding van een kind. Met deze formulering is aangesloten bij artikel 151b, derde lid, Sr. Het beoogde juridisch ouderschap of de juridische status van de draagmoeder, ouder van of verantwoordelijke voor een kind is voor strafbaarheid niet bepalend, net zo min als het al dan niet bestaan van een genetische band met het kind; het gaat om de (beoogde) feitelijke situatie. Ook als iemand een kind illegaal onder zich houdt, bijvoorbeeld zonder het kind te registreren, kan sprake zijn van het duurzaam overnemen van de verzorging en opvoeding van het kind. Het betreft dus zowel het juridisch overdragen van het ouderschap over een kind als het fysiek overgedragen van het kind. In het geval van draagmoederschap moeten betalingen of voordelen aan draagmoeders die enkel worden gegeven na het 'succesvol' afronden van een draagmoederschapstraject, bijvoorbeeld in het geval een gezonde baby fysiek wordt overhandigd of het ouderschap wordt overgedragen, worden gezien als betalingen of voordelen die worden gegeven om het ouderschap over het kind te verwerven. Dan kan immers niet worden gesteld dat deze dienen als vergoeding aan de draagmoeder voor onkosten gedurende de zwangerschap. Hetzelfde geldt voor periodieke betalingen waarvoor een terugbetalingsverplichting bestaat indien het kind niet fysiek wordt overgedragen.

Bij 'betalingen of voordelen' kan naast geldelijke betalingen worden gedacht aan voordelen zoals het afbetalen of kwijtschelden van een schuld of het kopen van nieuw meubilair. Het maakt niet uit of de betaling of het voordeel voor of na het overdragen van het ouderschap wordt gegeven. Ook het doen van een belofte van een betaling of voordeel als het ouderschap of het kind fysiek wordt overgedragen is strafbaar. Als deze wordt gedaan om het ouderschap over een kind te verwerven, maakt het voor strafbaarheid niet uit wanneer deze belofte wordt ingelost en of dit uiteindelijk daadwerkelijk gebeurt.

Met de zinsnede 'door tussenkomst van wie' wordt bedoeld op al dan niet commerciële tussenpersonen of anderen door tussenkomst van wie het ouderschap wordt overgenomen, aan wie betalingen of voordelen worden gegeven of beloften daarvan worden gedaan om daarmee het ouderschap over het kind te verwerven. Hiermee wordt voorkomen dat, bijvoorbeeld in gevallen van draagmoederschap, strafbaarheid wordt omzeild door niet direct in contact te treden met degenen van wie het ouderschap wordt overgenomen. Dit geldt ook als, bijvoorbeeld in gevallen van illegale adoptie, de geboortelouder van een kind niet meer in beeld zijn en de tussenpersoon (tijdelijk) zeggenschap over het kind heeft. Evenals voor betalingen aan de draagmoeder geldt voor betalingen aan tussenpersonen of organisaties dat deze niet worden geacht te zijn gedaan om het ouderschap over een kind te verkrijgen, als het verkrijgen van het ouderschap geen voorwaarde is voor de betaling. Dit betekent dat het vergoeden van kosten voor verrichte werkzaamheden of de (tijdelijke) verzorging en opvoeding van het kind – al dan niet verricht door anderen – als dit wordt gedaan ongeacht de uitkomst daarvan, is toegestaan. Voor buitenlandse trajecten is dit van belang omdat commerciële bemiddeling bij draagmoederschap in andere landen niet altijd verboden is en soms zelf noodzakelijk is. Ook advocaten, artsen en (rechterlijke) overheidsinstanties kunnen een rol spelen in buitenlandse trajecten. Ten aanzien van artsen die medische behandelingen verrichten is duidelijk dat zij niet degenen zijn door tussenkomst van wie het ouderlijk gezag of de verzorging en opvoeding wordt overgenomen. Voor wat betreft advocaten die juridisch advies geven, geldt dat gewoon voor deze dienstverlening kan worden betaald, zonder dat de advocaat of wensouders daardoor strafbaar zijn. Dat is slechts anders als de advocaat de facto optreedt als tussenpersoon bij de betaling voor de overdracht van het ouderschap of de ouders daarbij anderszins opzettelijk als medeplichtige bijstaat. Bijvoorbeeld door het doen/doorgeven van een betaling aan de degene van wie het ouderschap wordt overgenomen. Op dat moment wordt immers door tussenkomst van de advocaat het ouderlijk gezag overgenomen. Reguliere betalingen aan (overheids)instanties zoals voor de registratie van de wijziging van het ouderschap zijn eveneens toegestaan. Deze noodzakelijke kosten die worden gemaakt in het geval ouderschap over een kind wordt overgedragen, zijn geen betalingen voor de overdracht van het ouderschap maar voor het verrichten van administratieve handelingen.

Verwijtbaar en strafwaardig is het geven van betalingen of voordelen of het doen van beloften daarvan om daarmee het ouderschap over een kind te verwerven. Voor strafbaarheid is bepalend het doel dat hiermee wordt beoogd door degene die het geeft. Het maakt dus niet uit of de betaling of het voordeel voor degene van wie het ouderschap wordt overgenomen doorslaggevend is bij de



beslissing tot overdracht van het ouderlijk gezag of de verzorging en opvoeding van een kind over te gaan.

In Nederlandse draagmoederschapstrajecten kunnen de wensouders die een betaling of voordeel geven of een belofte daarvan doen aan de draagmoeder ook strafbaar zijn op grond van het voorgestelde artikel 442b van het Wetboek van Strafrecht, namelijk indien zij een vergoeding aan de draagmoeder geven die meer bedraagt dan de op grond van het voorgestelde artikel 215, eerste lid, onder f, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde vergoeding. Het onderscheid tussen de artikelen 151d Sr en 442b Sr betreft het oogmerk van degene die de betaling of het voordeel geeft of de belofte daarvan doet. Indien dit is gericht op het verwerven van het ouderschap over een kind of de fysieke overdracht van een kind, en het overdragen van het ouderschap of de fysieke overdracht van een kind vereist is voor de betaling – als het bijvoorbeeld gaat om een betaling die wordt gegeven nadat dit heeft plaatsgevonden of een bedrag dat moet worden teruggegeven als dit niet plaatsvindt – is dit strafbaar op grond van artikel 151b van het Wetboek van Strafrecht. Als dit oogmerk ontbreekt of niet kan worden bewezen is het geven van een extra vergoeding aan de draagmoeder in ieder geval strafbaar op grond van artikel 442b van het Wetboek van Strafrecht.

De verwachting is dat van deze strafbaarstelling een afschrikwekkende werking uitgaat en tot gevolg heeft dat bij de vervulling van een kinderswens door Nederlanders in Nederland en in andere landen (zie voorgestelde wijziging artikel 7, tweede lid, onderdeel a, van het Wetboek van Strafrecht), wordt gekozen voor een procedure waarbij het belang van het kind centraal staat.

Tweede lid

Het tweede lid van het voorgestelde artikel 151d Sr betreft degene die opzettelijk de wensouders die de in het eerste lid strafbaar gestelde gedraging plegen als medeplichtige ter zijde staat. Dit betreft al dan niet commerciële tussenpersonen die eenmalig of herhaaldelijk, als intermediair fungeren. Zij zijn als medeplichtige strafbaar als zij wensouders opzettelijk behulpzaam zijn bij het geven van een betaling of voordeel of het doen van een belofte daarvan voor de overdracht van het ouderschap over een kind. In de meeste gevallen zal evident zijn dat hiervan sprake is, als de tussenpersoon namens de partijen onderhandelt over betalingen of betalingen doorsluist.

In de consultatieadviezen van onder meer de RSJ, de NOvA, de NP en het OM is benadrukt dat de strafrechtelijke aandacht uit zou moeten gaan naar tussenpersonen. Deze tussenpersonen verdienen geld met de 'de koop of verkoop van kinderen' en als er geen sprake is van uitbuiting van het kind is hiervoor volgens het OM geen geschikte strafbepaling. In paragraaf 5.3 is beschreven dat wensouders met name in het buitenland, vaak afhankelijk zijn van een tussenpersoon of een organisatie die voor hen bemiddelt met de ouders van een kind of met een draagmoeder. Deze afhankelijkheid kan misbruik van de kwetsbare positie van ouders of draagmoeders en wensouders in de hand werken. Vanwege hun positie als bemiddelaar waarbij veel invloed kan worden uitgeoefend op de afspraken die met ouders en draagmoeders worden gemaakt, kunnen tussenpersonen ervoor zorgen dat een 'markt' ontstaat waarin betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind praktijk is. Daarom is het wenselijk dat aan tussenpersonen op dezelfde wijze kunnen worden aangesproken als wensouders en dat hierbij voor tussenpersonen hetzelfde strafmaximum geldt als voor wensouders. Daarom geldt de verlaging van het strafmaximum voor medeplichtigheid (artikel 49, eerste lid, Sr) niet voor de in het eerste lid strafbaar gestelde gedragingen.

D Artikel 442b

Een nieuw artikel 442b Sr stelt strafbaar het geven of ontvangen van een vergoeding voor draagmoederschap die meer bedraagt dan de op grond van artikel 1:215, eerste lid, onder f, BW bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde vergoeding. Strafbaar zijn derhalve zowel de wensouders die de draagmoeder een hogere vergoeding betalen, als de draagmoeder die dit bedrag in ontvangst neemt. Voor het begaan van deze overtreding kan een geldboete van de derde categorie worden opgelegd. In voornoemde algemene maatregel van bestuur worden de kostenposten aangewezen die bij draagmoederschap voor vergoeding in aanmerking komen en de wijze waarop de hoogte van de maximale vergoeding per kostenpost moet worden vastgesteld. Voor een ieder is kenbaar welke bedragen door de wensouders mogen worden vergoed. Dit betekent dat ook duidelijk is wanneer deze grens wordt overschreden en een overtreding wordt begaan.

Hoewel artikel 1:215 BW betrekking heeft op de toekenning van het ouderschap na draagmoederschap door de rechtbank, als de in dit wetsvoorstel voorgestelde procedure wordt gevolgd, heeft het voorgestelde artikel 442b Sr een breder bereik. Ook indien deze regeling niet wordt gevolgd, is het betalen van hogere vergoedingen dan bij algemene maatregel van bestuur is vastgesteld niet toegestaan.

In de artikelsgewijze toelichting bij het voorgestelde artikel 151d Sr is reeds opgemerkt dat er enige overlap is tussen dat artikel en deze strafbaarstelling: wensouders die een draagmoeder een extra



vergoeding geven kunnen op grond van beide bepalingen strafbaar zijn. Het in artikel 151d Sr vereiste oogmerk – gericht op het verwerven van het ouderschap over een kind of de fysieke overdracht van een kind – speelt bij dit artikel echter geen rol. In Nederlandse draagmoederschapstrajecten is het op grond van deze bepaling niet toegestaan de draagmoeder een hogere vergoeding toe te kennen dan de bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde vergoeding, het oogmerk van degene die de betaling geeft is daarbij niet relevant. In de situatie dat door het Openbaar Ministerie het in artikel 151d Sr vereiste oogmerk kan worden bewezen, zal vervolging vanwege de in dat artikel strafbaar gestelde gedraging gezien de ernst van dat misdrijf aangewezen zijn.

Voor wensouders en draagmoeders zal de voorgestelde strafbaarstelling een afschrikwekkend effect hebben. Naast dat een geldboete kan worden opgelegd kan bij veroordeling voor het in artikel 442b Sr strafbaar gestelde feit ook het hiermee verkregen voordeel worden ontnomen. Het voordeel voor de draagmoeder van het meer aannemen dan de vastgestelde vergoedingen komt daarmee te vervallen.

Artikel VI Wensouderverlof

Artikel VI betreft aanpassingen in de Wet arbeid en zorg teneinde te bereiken dat in plaats van de (eventuele) partner van de draagmoeder de wensouders verlof en een uitkering van UWV kunnen verkrijgen. De wensouderuitkering wordt net als het adoptie- en pleegouderverlof gefinancierd via het Arbeidsongeschiktheidsfonds. Door de algemene bepalingen die in genoemde wet zijn opgenomen over de middelen en uitgaven van genoemd fonds is hiervoor geen aanpassing van de regelgeving nodig.

Onderdeel A

In artikel 1:1 van de Wet arbeid en zorg worden definities opgenomen van het begrip ‘draagmoeder’ en het begrip ‘wensouder’. Ten aanzien van deze begrippen is verwezen naar artikel 1:213 BW. Draagmoeder is de vrouw die zwanger wenst te worden of is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die de ouder van het kind wenst te worden. Wensouder is de persoon die ouder wenst te worden van een kind geboren uit een draagmoeder. Het begrip ‘kind’ is niet overgenomen uit artikel 1:213 BW. ‘Kind’ is in genoemd artikel gedefinieerd als het kind dat uit draagmoederschap zal worden geboren. In de Wet arbeid en zorg is het begrip kind niet gedefinieerd, daar heeft het begrip ‘kind’ een veel ruimere betekenis.

Onderdelen B, C en G

Deze onderdelen betreffen de aanpassing van opschriften.

Onderdeel D

In artikel 3:2a van de Wet arbeid en zorg is het wensouderverlof op soortgelijke wijze geregeld als het adoptie- en pleegzorgverlof van artikel 3:2. Om wensouderverlof te kunnen verkrijgen moeten wensouders beschikken over een uitspraak van de rechtbank over de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap of over een erkenning van ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in artikel 101a van Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek.

Het wensouderverlof is zonder behoud van loon en kan gedurende ten hoogste zes aaneengesloten weken worden opgenomen. Het wensouderverlof kan worden opgenomen vanaf vier weken voor de vermoedelijke datum van bevalling van de draagmoeder.

Mocht de gerechtigde toekenning door de rechtbank worden herroepen dan vervalt met ingang van de dag dat die uitspraak in kracht van gewijsde gaat het recht op wensouderverlof. Net als bij het adoptie- en pleegouderverlof is het verlof gekoppeld aan de geboorte en niet aan het aantal kinderen dat geboren wordt. Bij meerlingen blijft het verlof dus beperkt tot het wensouderverlof van één kind. Spreiding van het wensouderverlof is ook op soortgelijke wijze geregeld als het adoptie- en pleegouderverlof.

Onderdeel E

Dit betreft de meldingsverplichting ten opzichte van de werkgever als een ouder gebruik wil maken van het wensouderverlof. Bij de melding moet de werknemer die ouder wordt aan de werkgever bewijsstukken overleggen van de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap of van de erkenning. Het opnemen van het verlof wordt uiterlijk drie weken voor de dag van ingang van het verlof aan de werkgever gemeld. Het kan zijn dat op dat moment de bewijsstukken er nog niet zijn of nog onvolledig zijn. In dat geval worden deze zo spoedig mogelijk beschikbaar gesteld aan de werkgever.

Verder moet een de zwangerschapsverklaring van de draagmoeder met de vermoedelijke datum van haar bevalling worden overgelegd. Mocht de gerechtelijke toekenning worden herroepen dan moet de werknemer dit onverwijld aan de werkgever melden.



Onderdeel F

In dit onderdeel wordt aan de artikelen 3:4 (compensatie met vakantie-aanspraken) en 3:5 (mate van gebondenheid) het wensouderverlof toegevoegd.

Onderdeel H

De ouders die werknemer zijn als bedoeld in artikel 3:6, eerste lid, onder a, of tweede lid, onder a, van de Wet arbeid en zorg hebben op dezelfde wijze als ouders bij adoptie en pleegzorg recht op een uitkering van het UWV gedurende de periode van het verlof.

Onderdeel I

Artikel 3:9a regelt het recht op een uitkering in verband met wensouderschap van ouders die gelijkgestelde zijn als bedoeld in artikel 3:6, eerste lid, onder b, of tweede lid, onder b, van de Wet arbeid en zorg.

Onderdeel J

Artikel 3:10 van de Wet arbeid en zorg regelt de nawerking van het recht op uitkering van degene die geen werknemer of gelijkgestelde meer is. Ook aan dit artikel wordt het wensouderverlof toegevoegd.

Onderdeel K

Artikel 3:11 van de Wet arbeid en zorg regelt de aanvraag van de uitkering van UWV van werknemers die gebruik willen maken van het wensouderverlof. Het toegevoegde vierde lid regelt de aanvraagprocedure op soortgelijke wijze als het adoptie- en pleegouderverlof. Bij de aanvraag, die via de werkgever loopt, wordt aangegeven wanneer het wensouderverlof ingaat of zal ingaan. Indien bij de aanvraag het kind nog niet is geboren wordt de vermoedelijke datum van de bevalling van de draagmoeder aan het UWV meegedeeld. Deze datum kan (vormvrij) bij de aanvraag van de uitkering aan het UWV worden verstrekt. UWV checkt nadien in de Basisadministratie personen of het kind daadwerkelijk bij de wensouders is bijgeschreven. Is dit niet het geval dan wordt de eventueel al verstrekte uitkering teruggevorderd. Bij de aanvraag worden verder bewijsstukken gevoegd van de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap of van de erkenning. Het is hierbij van belang dat het UWV bij de aanvraag al beschikt over de stukken waaruit blijkt dat de aanvrager(s) de rechthebbende(n) is/zijn van de wensouderuitkering. Dat geldt met name ook in de situatie beschreven in artikel 101a van Boek 10 van het BW, waarbij een in het buitenland tot stand gekomen beslissing speelt waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming na draagmoederschap zijn vastgesteld of gewijzigd. Dergelijke informatie, met name ook in de situatie beschreven in het derde lid van genoemd artikel, moet bij de aanvraag worden gevoegd. De werkwijze van UWV zal hierbij zijn dat als de aanvullende bewijsstukken niet bij de aanvraag gevoegd zijn, de aanvrager in de gelegenheid wordt gesteld de stukken alsnog binnen een door UWV te stellen termijn te leveren. Worden de stukken niet binnen die termijn geleverd dan wordt de aanvraag overeenkomstig artikel 4:5 van de Algemene wet bestuursrecht niet in behandeling genomen. Er kan dan een nieuwe aanvraag voor uitkering worden gedaan voor het al genoten verlof als de bewijsstukken wel geleverd kunnen worden. Dat kan nog tot uiterlijk 74 weken na de geboorte, wat ook in buitenlandse situaties voldoende tijd geeft om het bewijsstuk te regelen. Met de verjaringstermijn kan de aanvraag namelijk nog 52 weken na de rechtsperiode (die loopt van 4 weken voor de geboorte tot 22 weken na de geboorte) worden ingediend.

Tenslotte is in artikel 3:11 Wet arbeid en zorg ook geregeld dat als de gerechtelijke toekenning wordt herroepen de wensouders dit onverwijld moeten melden bij het UWV, waarna de uitkering wordt stopgezet.

Onderdeel L

Artikel 3:12 van de Wet arbeid en zorg regelt de aanvraag van de uitkering van UWV van gelijkgestelden die gebruik willen maken van het wensouderverlof. Ook hier is weer aangesloten bij de systematiek van het adoptie- en pleegouderverlof. De gelijkgestelde kan, als er geen werkgever is, de uitkering zelf aanvragen. Verder gelden dezelfde vereisten als die gelden voor een werknemer die een aanvraag van een uitkering doet.

Onderdeel M

Dit onderdeel betreft artikel 3:29 van de Wet arbeid en zorg (samenloop). Mocht er een periode van samenloop zijn tussen een uitkering op grond van adoptie, pleegzorg, aanvullend geboorteverlof of wensouderschap dan wordt over die periode maar eenmaal een uitkering betaald door UWV.



Onderdeel N

Met dit onderdeel wordt geregeld dat de wensouders in het kader van het calamiteiten- en ander kortverzuimverlof met behoud van loon desgewenst bij de bevalling van de draagmoeder kunnen zijn.

Onderdeel O

Dit onderdeel regelt dat een (eventuele) partner van de draagmoeder geen recht heeft op geboorteverlof. Het geboorteverlof gaat immers naar de wensouders. Als er geen recht is op geboorteverlof is er op grond van de Wet arbeid en zorg ook geen recht op het aanvullend geboorteverlof.

Onderdeel P

Met betrekking tot het recht op uitkering wordt via het overgangsrecht geregeld dat er alleen recht op uitkering bestaat over verlof dat is genoten na de datum van inwerkingtreding van de bepalingen die met dit wetsvoorstel worden ingevoerd in de Wet arbeid en zorg. Het verlof kan al wel eerder zijn genoten, maar voor dat (deel van het) verlof bestaat dus geen recht op uitkering.

Artikel VII Ziektewet

Dit betreft een technische aanpassing van de Ziektewet in verband met een nieuw uitkeringsrecht in artikel 3:9a van de Wet arbeid en zorg.

Artikel VIII Evaluatiebepaling

Voor een toelichting op deze bepaling wordt verwezen naar par. 6.6 van het algemeen deel van deze toelichting.

Artikel IX Inwerkingtreding

Bij de inwerkingtreding van dit voorstel zullen de vaste verandermomenten in acht worden genomen, tenzij vanwege overwegingen van efficiëntie bij de invoering van wensouderverlof door het UWV een ander moment meer aangewezen is.

De Minister voor Rechtsbescherming,