

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

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. Algemeen deel

1. Inleiding

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. Daarnaast maken medisch technische ontwikkelingen nieuwe vormen van gezinsvorming mogelijk, zoals door draagmoederschap. De huidige wet- en regelgeving voorzien nu echter niet in een specifiek juridisch kader voor draagmoederschap. Het ontbreken van een wettelijke regeling betekent echter niet dat wensouders¹ geen gebruik maken van de mogelijkheden die draagmoederschap biedt om in hun kinderwens te voorzien. Draagmoederschap komt voor in Nederland, ook gaan wensouders voor een draagmoederschapstraject naar het buitenland. De Staatscommissie Herijking ouderschap (hierna: Staatscommissie) heeft op 7 december 2016 onder voorzitterschap van de heer A. Wolfsen haar rapport 'Kind en ouders in de 21^e eeuw' uitgebracht. Zij adviseerde met een wettelijke regeling te komen voor nationaal en internationaal draagmoederschap, juist vanwege de kwetsbare positie van alle betrokkenen.² Dit wetsvoorstel voorziet daarin.

Met dit wetsvoorstel wordt primair een maatstaf voor verantwoord draagmoederschap neergelegd, waarvan wensouders zich rekenschap behoren te geven bij de keuze voor een draagmoederschapstraject in het binnenland zowel als in het buitenland. Voor Nederland³ wordt voorgesteld dat als aan bepaalde voorwaarden is voldaan en de rechter daarvoor vóór de conceptie toestemming heeft gegeven, de wensouders vanaf de geboorte als de juridische ouders worden aangemerkt. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in een specifieke erkenningsregeling voor in het buitenland tot stand gekomen beslissingen waarbij familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap zijn vastgesteld of gewijzigd tussen het kind en de wensouders. Voorwaarde is dat het draagmoederschapstraject zorgvuldig is geweest. Daartoe dient te zijn voldaan aan vergelijkbare eisen die ook aan een 'nationaal' draagmoederschapstraject worden gesteld. Bij het opstellen van het wetsvoorstel heeft de regering de ervaringen uit het verleden bij adoptie betrokken. Daarmee neemt de regering de aanbeveling ter harte van de Commissie Onderzoek naar Interlandelijke Adoptie in het verleden (hierna: Commissie Joustra), die in haar rapport ook een link legt met nieuwe vormen van gezinsvorming zoals draagmoederschap.⁴

Doel wetsvoorstel

Doel van dit wetsvoorstel is een regeling te treffen voor zorgvuldig en transparant draagmoederschap, waarbij zo veel mogelijke rechtszekerheid wordt geboden aan betrokkenen. Daarmee worden de belangen van het kind, de draagmoeder en ook de wensouders beter beschermd. De regering is zich daarbij bewust dat de invloed van de Nederlandse overheid niet zo ver reikt dat misstanden - zeker in het buitenland- kunnen worden uitgesloten. Het is uiteindelijk aan de wensouders om verantwoorde keuzes te maken als zij kiezen voor draagmoederschap, waarbij zij in de eerste plaats dienen te handelen in het belang van hun toekomstige kind. In het wetsvoorstel zijn de elementen neergelegd waaraan in elk geval moet zijn voldaan, wil van verantwoord draagmoederschap sprake kunnen zijn: zo is het in het belang van het kind dat de gegevens over de afstamming worden bewaard voor het kind (het kind moet kunnen weten wat zijn ontstaansgeschiedenis is). Verder is van belang dat de draagmoeder en wensouders vrijwillig

¹ Waar in deze memorie van toelichting wordt gesproken over wensouders kan steeds ook gelezen worden: wensouder.

² Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 33836, nr. 18

³ Waar in deze memorie van toelichting wordt gesproken over Nederland is bedoeld Europees Nederland.

⁴ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 31265, nr. 79. De Commissie heeft onder voorzitterschap van de heer T.H.J. Joustra haar rapport op 8 februari 2021 aangeboden. Zie ook het Coalitieakkoord 2021-2025, Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst, p. 29.

meedoen aan het traject en zich bewust zijn van de impact die deze wijze van gezinsvorming op hen zelf en het kind kan hebben. Met het oog daarop is een traject van voorlichting en counseling voor wensouders en draagmoeder verplicht. Verder moet aan de juridisch vastgestelde afstammingsrelatie tussen het kind en de wensouders een rechterlijke beslissing ten grondslag liggen. En moet de draagmoeder de gelegenheid hebben gehad om het ouderschap van de wensouders na de geboorte van het kind te betwisten.

Het wetsvoorstel is erop gericht ouders te stimuleren om het gehele draagmoederschapstraject in Nederland te doorlopen. Of, als zij voor een buitenlands traject kiezen, dat zij in elk geval kiezen voor een traject dat met voldoende waarborgen is omkleed.

Dit wetsvoorstel versterkt tot slot ook het recht van kinderen op informatie over hun afstamming. Dit betreft niet alleen kinderen die zijn geboren met behulp van draagmoederschap; er wordt voorzien in een positief wettelijke verplichting voor alle gezagsdragers om voorlichting en informatie te geven aan het kind over de afstamming.

Leeswijzer

Deze memorie van toelichting is als volgt opgebouwd:

I. Algemeen deel

1. Inleiding
2. Huidige situatie
 - 2.1. Aanleiding
 - 2.2. Vormen van draagmoederschap
 - 2.3. Nederlands wettelijk kader
 - 2.4. Wettelijke kaders in het buitenland
 - 2.5. Ontwikkelingen in internationaal verband
3. Mensenrechtelijke aspecten draagmoederschap
 - 3.1. Het kind
 - 3.2. De draagmoeder
 - 3.3. De wensouders
4. Dilemma's en keuzes in het voorstel
5. Een wettelijke regeling voor draagmoederschap
 - 5.1. Hoofdpijnen regeling
 - 5.2. Een regeling voor de toekenning van ouderschap na draagmoederschap
 - 5.3. Een regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap in het buitenland
 - 5.4. Europeesrechtelijke aspecten draagmoederschapsregeling
6. Strafrechtelijk kader draagmoederschap
 - 6.1. Inleiding
 - 6.2. Verhouding strafbaarstelling betalingen tot bestaande strafbaarstellingen
 - 6.3. Strafbaarstelling betalen overdracht ouderschap
 - 6.4. Strafbaarstelling hogere vergoeding aan draagmoeder
 - 6.5. Verhouding strafbaarstellingen
 - 6.6. Versoepeling bemiddelingsverbod
7. Overige onderdelen
 - 7.1. Versterking recht op afstammingsinformatie
 - 7.2. Draagmoederschapsregister
 - 7.3. Wensouderverlof
 - 7.4. Blijvende risico's en mogelijke neveneffecten regeling
 - 7.5. Overgangsrecht
 - 7.6. Evaluatie
8. Consultatie
 - 8.1. Algemene consultatieronde
 - 8.2. Consultatie strafbaarstelling en wensouderverlof
9. Uitvoerings- en handhavingsaspecten
10. Verwerken persoonsgegevens
11. Regeldruk en financiële aspecten
 - 11.1. Aantallen

- 11.2. Regeldruk
- 11.3. Financiële gevolgen
- 12. Regeling in Caribisch Nederland

II. Artikelsgewijze toelichting

2. Huidige situatie

2.1. Aanleiding

In de praktijk blijkt dat om tot gezinsvorming te komen in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van draagmoederschap. Het huidige Nederlandse recht biedt voor ouderschap na draagmoederschap geen specifiek kader. Om het ouderschap na draagmoederschap juridisch vorm te geven, moet gebruik worden gemaakt van het reguliere afstammings- en adoptierecht. Voor de bescherming van de betrokken kinderen en in het belang van de andere betrokkenen is het wenselijk om te voorzien in een wettelijke regeling. Op dit moment moeten wensouders vaak langdurige juridische procedures volgen om de maatschappelijke werkelijkheid waarin zij het kind verzorgen en opvoeden, ook juridisch te borgen. Dit kan een (vaak lange) periode van onzekerheid meebrengen voor zowel de wensouders, alsook het kind en de draagmoeder. Zolang er onduidelijkheid bestaat over de juridische afstammingsband kunnen zich allerlei problemen voordoen, bijvoorbeeld op het gebied van (de zorg)verzekering, vaccinaties en andere geneeskundige behandelingen, verkrijging van een reisdocument, inschrijving bij een kinderdagverblijf of de aanvraag van de kinderopvangtoeslag. Om deze situaties te voorkomen, is het wenselijk om een specifiek op draagmoederschap gericht juridisch kader tot stand te brengen dat met voldoende waarborgen is omkleed. Dat in de rechtspraak behoefte bestaat aan een juridisch kader blijkt ook uit het feit dat de rechtbank Den Haag in dit verband prejudiciële vragen heeft gesteld aan de Hoge Raad (hierna: HR).⁵ De HR heeft met het oog op het lopende wetstraject aangegeven af te zien van beantwoording van de prejudiciële vragen.⁶ De opdracht aan de Staatscommissie was een reactie te geven op de maatschappelijke en medisch-technologische veranderingen.⁷ De Staatscommissie is in haar rapport onder andere ingegaan op de vraag naar de wenselijkheid van een specifieke regeling voor draagmoederschap.⁸ De Staatscommissie heeft aanbevolen om een dergelijke regeling te treffen. De Staatscommissie heeft daarbij de aanbeveling gedaan om de door haar geformuleerde zeven kernen van goed ouderschap centraal te stellen in het afstammings- en gezagsrecht.⁹ Bij brief van 12 juli 2019 is de Tweede Kamer, mede namens de toenmalige minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, geïnformeerd over de wens van het toenmalige kabinet te komen tot een regeling voor draagmoederschap en voor de registratie van gegevens over de ontstaansgeschiedenis.¹⁰ Dit wetsvoorstel, dat tevens mede namens de minister van onderwijs, Cultuur en Wetenschap wordt ingediend, vormt de uitwerking van die voornemens.

2.2. Vormen van draagmoederschap

Van draagmoederschap is sprake wanneer een persoon, de draagmoeder, een kind draagt en baart met de intentie het kind na de geboorte af te staan aan de wensouders. Van draagmoederschap is géén sprake als iemand ongepland zwanger wordt en tijdens de zwangerschap of na de geboorte besluit tot afstand van het kind. Bij draagmoederschap is het al voor de zwangerschap de

⁵ ECLI:NL:RBDHA:2021:13949 en ECLI:NL:RBDHA:2021:13950.

⁶ ECLI:NL:HR:2022:685, zie ook hieronder par. 2.3.2.

⁷ *Kamerstukken II 2016/17*, 33 836, nr. 18, bijlage.

⁸ *Kamerstukken II, 2013/14*, 33 836, nr. 2.

⁹ 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. De regering heeft hier nog het belang van een veilige opvoedingssituatie voor het kind aan toegevoegd.

¹⁰ *Kamerstukken II, 2018/19*, 33 836, nr. 45.

bedoeling te bewerkstelligen dat familierechtelijke betrekkingen worden gevestigd tussen het kind en de wensouders en dat die met de draagmoeder worden verbroken.

Er zijn twee verschillende vormen van draagmoederschap: laagtechnologisch en hoogtechnologisch draagmoederschap. Bij *laagtechnologisch* of *traditioneel* draagmoederschap wordt de draagmoeder zwanger via kunstmatige inseminatie (zelf thuis uitgevoerd 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) in het laboratorium een eicel bevrucht met een zaadcel. Als daaruit een embryo ontstaat, wordt deze in de baarmoeder van de draagmoeder geplaatst. De eicel die voor de bevruchting is gebruikt, is dan doorgaans niet van de draagmoeder afkomstig, maar van de wensmoeder of eventueel van een donor. De draagmoeder is dan niet genetisch verwant aan het kind. Hoogtechnologisch draagmoederschap is in Nederland sinds 1997 onder strikte voorwaarden toegestaan.¹¹ In 1998 werd gestart met ivf-draagmoederschap.¹² In Nederland zijn thans enkele klinieken die een behandeling in het kader van hoogtechnologisch draagmoederschap aanbieden. Deze klinieken hanteren de geldende regelgeving en standpunten en richtlijnen van de beroepsgroep.¹³ Voorwaarden zijn onder andere dat er een medische indicatie is en dat er medische, psychologische en juridische voorlichting en counseling¹⁴ moet plaatsvinden. Momenteel kunnen bij één kliniek wensouders terecht die beiden het genetisch materiaal leveren. Twee andere klinieken bieden thans ook ivf-draagmoederschap aan waarbij met één van de wensouders een genetische band bestaat. Dit is in lijn met het standpunt van de beroepsgroep van gynaecologen (NVOG).¹⁵ Hierdoor is bij deze twee klinieken de behandeling nu ook toegankelijk voor mannenparen.

De NVOG beveelt aan om expertise ten aanzien van ivf-draagmoederschap op te bouwen in een beperkt aantal centra in Nederland. Het standpunt van de NVOG is bevestigd in de geactualiseerde versie van het Modelreglement Embryowet.¹⁶

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 gaat om een relatief beperkt aantal gevallen op jaarbasis (enkele tientallen), maar dat dit aantal wel toeneemt.¹⁷

2.3. Nederlands wettelijk kader

2.3.1. Strafbaarstelling

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, bijvoorbeeld door via een website een platform te bieden voor draagmoeders en wensouders, is in Nederland wel verboden.¹⁸ 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.

¹¹ Daarvoor verbood het IVF planningsbesluit uit 1989 handel in eicellen en eiceldonatie in combinatie met draagmoederschap.

¹² In onderzoeksverband in het Zaans Medisch Centrum De Heel, gestopt in 2004.

¹³ 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'.

¹⁴ Pedagogische, psychologische en sociale hulpverlening en advisering.

¹⁵ NVOG-standpunt 'Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten, gedoneerde embryo's en draagmoederschap'.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 30 486, nr. 20.

¹⁷ 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.

¹⁸ Zie artikel 151b en artikel 151c Wetboek van Strafrecht.

2.3.2. Vestigen juridische banden tussen wensouders en kind

Op dit moment bestaat er geen specifieke afstammingsrechtelijke regeling voor draagmoederschap. Als na de geboorte de draagmoeder ermee 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.¹⁹ In andere gevallen moet de raad voor de kindbescherming eerst schriftelijke toestemming geven. De raad voor de kindbescherming onderzoekt in dat geval of het in het belang van het kind is dat het in het gezin van de wensouders wordt opgenomen.

Om het ouderschap over te laten gaan naar de wensouders moeten betrokkenen bij draagmoederschap naar huidig recht na de geboorte diverse procedures in gang te zetten. Daarbij wordt afhankelijk van de situatie gebruik gemaakt van verschillende algemene leerstukken (zoals erkenning, ontkenning en gerechtelijke vaststelling vaderschap, adoptie). Deze procedures kunnen lang duren en brengen onzekerheid mee.

2.4. Wettelijke kaders in het buitenland

Internationaal gezien zijn er heel verschillende benaderingswijzen van draagmoederschap; er zijn landen met een heel uitgewerkt systeem met diverse waarborgen (counseling, juridische bijstand, rechterlijke toets etc.), landen waar het ouderschap van wensouders van rechtswege ontstaat zonder rechterlijke toets, en ook landen waar een totaalverbod op draagmoederschap geldt. Landen waar draagmoederschap is gereguleerd zijn bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, Israël, Georgië, Griekenland, Oekraïne, Rusland, Portugal, verschillende staten in de VS en enkele provincies in Canada. Daarbij kunnen voor wat betreft het juridische ouderschap bij de geboorte twee alternatieven worden onderscheiden. Zo wordt de draagmoeder aangemerkt als de juridische moeder en haar echtgenoot of partner als de juridische vader. Maar er zijn ook landen waar de wensouders vanaf de geboorte van het kind worden beschouwd als de juridische ouders (bijv. Georgië en Oekraïne, sommige staten in de VS). Landen waar draagmoederschap is verboden zijn bijvoorbeeld Duitsland en Frankrijk. Dat wil overigens niet zeggen dat draagmoederschap in die landen niet voorkomt. In België zijn net zoals in Nederland geen specifieke voorzieningen getroffen voor draagmoederschap.

2.4.1. Erkenning van in het buitenland ontstaan ouderschap na draagmoederschap

Mede door het beperkte aantal vrouwen dat zich beschikbaar stelt voor draagmoederschap in Nederland, zijn er wensouders die gebruik maken van een *draagmoeder in het buitenland*.²⁰ Als de wensouders met het kind in Nederland wil(len) wonen, rijst 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,²¹ bij inschrijving in de woongemeente in de Basisregistratie Personen (BRP) of al eerder bij een verzoek om een paspoort/verblijfsvergunning bij een Nederlandse diplomatieke of 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. Afhankelijk van diverse omstandigheden wordt het in het buitenland ontstaan ouderschap al dan niet erkend. Vaak zijn een of meer gerechtelijke procedures in Nederland nodig om de wensouders juridisch ouder te laten worden. In veel gevallen zal de raad voor de kindbescherming onderzoek doen en zal (nogmaals) DNA-onderzoek worden gedaan. Gedurende deze procedures blijft onduidelijkheid bestaan over de juridische afstammingsband van het kind met alle gevolgen van dien (zie hiervoor paragraaf 2.1).

De rechtbank Den Haag heeft in twee zaken van internationaal draagmoederschap prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. De rechtbank heeft daarbij te kennen gegeven binnen de huidige regelgeving behoefte te hebben aan meer duidelijkheid over het door haar in te zetten toetsingskader. Voor wensouders en ambtenaren van de burgerlijke stand is duidelijkheid evenzeer gewenst. Dit ook om te kunnen beoordelen of en, zo ja, in welke gevallen mogelijk

¹⁹ Dit is bijvoorbeeld het geval als de draagmoeder een zus is van een van de wensouders. Zie ook artikel 1:241, derde lid, BW.

²⁰ Zoals de Verenigde Staten, Canada, Oekraïne, Georgië, Mexico.

²¹ In gevolge artikel 1:25 BW.

aanstonds tot inschrijving van een (overigens correcte) buitenlandse geboorteakte na draagmoederschap kan worden overgaan.²² De HR heeft met het oog op het lopende wetstraject afgezien van beantwoording van de prejudiciële vragen.²³ Wel heeft de Hoge Raad in deze beslissing bevestigd dat de rechter de huidige in Boek 10 BW opgenomen regels betreffende buitenlandse akten en buitenlandse rechterlijke beslissingen kan toepassen om in een concrete zaak te bepalen of de aldus tot stand gekomen afstamming van het kind in Nederland wordt erkend.

2.5. Ontwikkelingen in internationaal verband

In dit kader zijn relevant de op 25 februari 2021 onder auspiciën van International Social Service (ISS) gepubliceerde *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy* (Verona Principles).²⁴ De Verona Principles zijn opgesteld door onafhankelijke deskundigen uit verschillende disciplines en verschillende regio's in de wereld. Hierin zijn richtlijnen opgenomen die landen moeten helpen bij het creëren van (wettelijke) waarborgen ter bescherming van de grondrechten van kinderen die uit draagmoederschap worden geboren. Vermeldenswaard zijn ook de adviezen van de speciale VN-rapporteur voor kinderhandel, kinderprostitutie en kinderpornografie van 15 januari 2018 en 15 juli 2019.²⁵ Hierin zijn eveneens aanbevelingen opgenomen om landen te bewegen in het kader van draagmoederschap waarborgen te introduceren ter bescherming van de rechten van kinderen geboren uit draagmoederschap. En de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht (HccH) werkt aan een mogelijk protocol voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap.

3. Mensenrechtelijke aspecten draagmoederschap²⁶

Voor alle direct betrokkenen bij draagmoederschap – namelijk het kind, de draagmoeder en de wensouders – geldt dat zij aanspraak kunnen maken op bescherming op grond van mensenrechten. De rechten van al deze betrokkenen vallen niet noodzakelijk samen en kunnen soms tegengesteld aan elkaar zijn. In de wetgeving met betrekking tot draagmoederschap dient dan ook een afweging te worden gemaakt tussen de rechten van de verschillende betrokkenen. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met de positieve verplichting van staten om te handelen op een manier die het mogelijk maakt dat ouders en kind een band kunnen ontwikkelen.²⁷ Wanneer zich situaties voordoen die toekenning van gezag of verwijdering van een kind uit het gezin betreffen, zal de staat direct aan het recht op familie- en privéleven moeten toetsen en daarbij het belang van het kind als een 'primary consideration' (eerste overweging) moeten betrekken. Voor sommige onderdelen van de regeling geldt dat in Nederland reeds eerder een afweging is gemaakt tussen bestaande rechten. Zo is in 2004 bepaald dat de aanspraak van een zaadcel- of eiceldonor op privacy niet langer voorrang geniet op het recht van het kind om te weten waar het vandaan komt.²⁸ In deze toelichting wordt waar nodig meer specifiek ingegaan op de grondrechtelijke aspecten van de regeling. Het belang van het (toekomstige) kind vormt daarbij het primaire uitgangspunt in de afwegingen met betrekking tot deze regeling van draagmoederschap. Het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) heeft dit belang onderstreept in relatie tot de erkenning van ouderschap na internationaal draagmoederschap. 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 (IVRK). De

²² ECLI:NL:RBDHA:2021:13949 en ECLI:NL:RBDHA:2021:13950.

²³ ECLI:NL:HR:2022:685.

²⁴ https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf, laatst geraadpleegd, 6 maart 2023.

²⁵ Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material to the Human Rights Council van 15 januari 2018 (A/HRC/37/60) en to the General Assembly van 15 juli 2019 (A/74/162).

²⁶ Constitutionele paragraaf.

²⁷ Zie bijv. EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91 (Kroon t. Nederland).

²⁸ Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, inwerkingtreding 1 januari 2004, Wet van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240. In deze toelichting wordt niet nader ingegaan op de positie van de donor, omdat de positie van de donor reeds in deze wet is geregeld.

eenvoudigere totstandkoming en erkenning van de juridische band tussen kind en ouders wordt daarbij gecombineerd met extra waarborgen voor het kunnen achterhalen van afstammingsinformatie en het tegengaan van kinderkoop. Daarbij wordt uitgegaan van de principiële keuze, zoals die ook eerder steeds in het Nederlandse recht is gemaakt, dat draagmoederschap op zich niet verboden is. En dat draagmoederschap zoals is overwogen door de Staatscommissie Herijking ouderschap, naar de huidige kennis onder de juiste voorwaarden evenmin in strijd komt met het belang van het kind of de draagmoeder. Hieronder wordt eerst ingegaan op de grondrechtelijke positie van de belangrijkste betrokkenen.

3.1. Het kind

De rechten van een uit een draagmoeder geboren kind zijn primair neergelegd in het IVRK en komen tevens terug in de jurisprudentie van het EHRM. Een van de pijlers van het IVRK is het gegeven dat bij alle beslissingen van de overheid, de belangen van het kind een eerste overweging dienen te zijn (artikel 3 IVRK). In alle gevallen speelt bij draagmoederschap het recht van het kind om direct na de geboorte een naam en nationaliteit te verwerven, voor zover mogelijk zijn of haar ouders te kennen en door hen verzorgd te worden (artikel 7 IVRK). Opmerking verdient in dit verband dat het IVRK niet specifiek bepaalt wie moeten worden gezien als de ouders van het kind. Een volgend belangrijk uitgangspunt is het recht van het kind zijn of haar identiteit te behouden, met inbegrip van nationaliteit, naam en familiebetrekkingen zoals wettelijk erkend, zonder onrechtmatige inmenging (artikel 8 IVRK). Het kind heeft tevens recht op bescherming tegen kinderkoop (artikel 35 IVRK en Tweede aanvullend protocol bij het IVRK).²⁹

Het recht van het kind op naam, nationaliteit en het kennen van de ouders kan daarbij op gespannen voet komen te staan met het recht op behoud van de eigen identiteit. Mede om die spanning te overbruggen heeft de Staatscommissie Herijking ouderschap geadviseerd om vanaf de geboorte ouderschap te laten ontstaan van de wensouders, en daarnaast een draagmoederschapsregister te introduceren, waardoor de belangrijkste gegevens rond de ontstaansgeschiedenis vastgelegd blijven. Naast de genoemde rechten, spelen uiteraard nog andere deelbelangen een rol. Zo heeft het kind tevens recht op een veilige plek om op te groeien, op waarborgen die waar mogelijk uitsluiten dat onenigheid komt te bestaan tussen draagmoeder en wensouders en op actieve voorlichting over het draagmoedertraject bij de vorming van zijn identiteit.

In termen van het EVRM moet er vanuit worden gegaan dat het kind *family life* in de zin van artikel 8 heeft met de draagmoeder, in ieder geval tot het moment dat er geen rechtsmiddel meer open staat tegen de overdracht van het ouderschap naar de wensouders, en mogelijk daarna, afhankelijk van de vorm die wensouders, draagmoeder en kind geven aan hun contact.³⁰ De relatie van het kind met wensouders valt blijkens de jurisprudentie van het EHRM onder het recht van het kind op bescherming van diens privéleven. Daarbij kijkt het EHRM voornamelijk feitelijk; bijvoorbeeld of er een genetische band bestaat met een van de wensouders. Het hof lijkt in dat licht in de eerste plaats te hechten aan de mogelijkheid van erkenning van de ouderschapsband met de genetisch verwante wensouder.³¹ Vanaf het moment dat het kind en wensouders samen een gezin vormen kan onder omstandigheden beschermwaardig *family life* tussen beide wensouders en het kind bestaan. Is de ouderschapsband met de genetische verwante wensouders eenmaal gevestigd, of groeit het kind inmiddels enige tijd op binnen het gezin van de wensouders, dan raakt de band van het kind met de wensouder zonder genetische band tevens diens beschermwaardige *family life of private life*.³²

²⁹ Voor een uitgebreide beschouwing naar de rechten en belangen van het kind wordt hier verwezen naar C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy*, (dissertatie), E.M. Meijers Instituut, Leiden 2018.

³⁰ Zie in dit verband ook artikel 1:229, vijfde lid, BW voor een vergelijkbare mogelijkheid die thans geldt voor omgang tussen een geadopteerd kind en zijn oorspronkelijke ouder zoals bepaald in.

³¹ Zie EHRM 26 juni 2014, nrs. 65192/11 & 65941/11 (Mennesson 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 (Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland).

³² EHRM 10 april 2019, 'Advisory Opinion concerning the recognition in domestic laws of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother'. Zie ook EHRM 18 mei 2021 nr. 71552/17 (Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland).

3.2. De draagmoeder

De draagmoeder heeft recht op bescherming van haar persoonlijke levenssfeer. Ook heeft zij recht op zelfbeschikking en reproductieve autonomie en haar recht op bescherming tegen uitbuiting en andere vormen van dwang rond draagmoederschap. Deze rechten volgen uit artikel 10 en 11 van de Grondwet, artikel 8 EVRM, alsmede uit artikelen 6 en 16 van het VN-Vrouwenverdrag.³³ Gelet op dat recht op zelfbeschikking en reproductieve autonomie is een deskundige voorlichting en juridische begeleiding van belang ten behoeve van een vrije geïnformeerde instemming met het draagmoederschapstraject.³⁴ Dit veronderstelt tevens dat geen oneigenlijke druk kan worden uitgeoefend in de vorm van financiële vergoedingen of boetebedingen die zijn gekoppeld aan de (succesvolle) afronding van het draagmoederschapstraject of de overdracht van het kind. De draagmoeder moet vrij blijven om keuzes te maken over haar eigen lichaam, waaronder de keuze voor de beëindiging van haar zwangerschap. Er bestaat immers in het Nederlandse recht geen positie voor derden bij de beslissing tot beëindiging van een zwangerschap, dat geldt voor de wensouders net zo zeer als voor een mogelijke verwekker van het kind bij een zwangere vrouw. Zoals hiervoor gesteld, heeft de draagmoeder beschermwaardig *family life* met het kind, in ieder geval totdat de overdracht van het ouderschap definitief is geworden. Daarna zal de relatie met het kind mogelijk vallen onder het beschermwaardige privéleven van de draagmoeder.³⁵ Indien in de draagmoederschapsovereenkomst afspraken zijn gemaakt over periodieke omgang tussen het kind en de draagmoeder, kan overigens ook sprake zijn van *family life*.

3.3. De wensouders

Voor de wensouders geldt dat er geen absolute mensenrechtelijke aanspraak kan worden aangenomen op het krijgen van een genetisch eigen kind, noch op het krijgen van een kind via adoptie.³⁶ Er bestaat in lijn daarmee geen recht op toegang tot draagmoederschap. Dat neemt niet weg dat de band van in ieder geval de genetisch verwante wensouder met het eenmaal geboren kind, kan vallen onder de bescherming van het privéleven van het kind en als het kind inmiddels bij de wensouders verblijft ook van het familieleven van de wensouder op grond van artikel 8 EVRM. Ook een beoogd maar niet gerealiseerd gezinsleven – ‘intended family life’ – kan voor bescherming onder art. 8 EVRM in aanmerking komen.³⁷ Het EHRM formuleert de laatste aanspraak op bescherming overigens vanuit het recht van het kind op bescherming van diens privéleven, waar de relatie met de wensouders deel van uitmaakt.³⁸ Het EHRM sluit daarbij evenwel niet uit dat dit ook familieleven zou kunnen zijn.³⁹ Het EHRM hecht daarbij veel belang aan het bestaan van een genetische band met tenminste een van de wensouders, de duur van de samenleving in relatie tot de leeftijd van het kind en de vraag of de opname van het kind in het gezin van de wensouders in overeenstemming is met het recht van de desbetreffende lidstaat.⁴⁰ Na een periode van bestendig samenleven van wensouders en het uit de draagmoeder geboren kind zal sprake kunnen zijn van tenminste de facto *family life* in de zin van artikel 8 EVRM.

4. Dilemma's en keuzes in het voorstel

De hiervoor genoemde (medisch-technologische) ontwikkelingen bieden de mogelijkheid voor mensen om hun kinderwens te vervullen als zij zelf geen kinderen kunnen krijgen. Het gaat dan niet alleen om paren van verschillend geslacht die om medische redenen geen kinderen kunnen

³³ Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, New York 18 december 1979, *Trb.* 1980, 146.

³⁴ Vergelijk ISS, *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*, februari 2021, Principles 5 en 7.

³⁵ Vergelijk in dit verband EHRM 5 juni 2014 nr. 31021/08 (I.S. tegen Duitsland), par. 68 - 69 en 84 - 85.

³⁶ Vergelijk C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy* (diss.), Leiden: Universiteit Leiden, 2018, p. 294-303.

³⁷ EHRM 21 december 2010, nr. 20578/07 (Anayo t. Duitsland), par. 57-58 en EHRM 15 september 2011 nr. 17080/07 (Schneider t. Duitsland), par. 81-82.

³⁸ EHRM 26 juni 2014, (Mennesson t. Frankrijk) nr. 65192/11, par. 96 t/m 101 en 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. 30 & 32.

³⁹ Zie ook EHRM 21 december 2010, nr. 20578/07 (Anayo t. Duitsland), par. 57-58 en EHRM 15 september 2011 nr. 17080/07 (Schneider t. Duitsland), par. 81-82.

⁴⁰ EHRM 24 januari 2017 (GK), nr. 25358/12 (Paradiso & Campanelli t. Italië), par. 147-158 en EHRM 18 mei 2021 nr. 71552/17 (Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland) par. 56-62.

krijgen maar ook om paren van gelijk geslacht. Waar draagmoederschap voor de wensouders een positieve ontwikkeling kan zijn en mogelijk een oplossing biedt bij ongewenste kinderloosheid, staan hier tegenover ook de nodige risico's, zoals het risico op uitbuiting, kinderkoop en bedreigde identiteitsontwikkeling van kinderen. De Commissie Joustra waarschuwt hier ook voor in haar rapport.⁴¹

De Commissie Joustra heeft onderzoek gedaan naar interlandelijke adoptiemisstanden in het verleden. Uit het op 8 februari 2021 opgeleverde rapport komt naar voren dat zich in alle onderzochte landen in de periode van 1967 tot en met 1998 ernstige misstanden hebben voorgedaan bij interlandelijke adoptie. De Nederlandse overheid heeft volgens de Commissie nagelaten tijdig maatregelen te treffen om adoptiemisstanden te bestrijden: in wet- en regelgeving, in het doen van onderzoek naar misstanden, in het toezicht en in handhaving. Doordat het optreden van de overheid tekortschoot, konden misstanden voortduren. De Commissie Joustra legt in haar rapport een link met draagmoederschap en pleit ervoor om de lessen uit het onderzoek naar de adoptiemisstanden ook ter harte te nemen bij nieuwe vormen van gezinsvorming, zoals met behulp van draagmoederschap. Vragen rond autonomie en kennen van afkomst zijn hier volgens de Commissie Joustra eveneens levensgroot aanwezig. De commissie heeft geen specifiek onderzoek gedaan naar draagmoederschap, maar ziet daarbij dezelfde kwetsbaarheden als in het interlandelijke adoptieveld: een kindwens, bemiddeling bij het vervullen van deze wens, geld en internationaal verkeer.

De regering onderkent de door de Commissie Joustra benoemde risico's. Een kind moet makkelijk kunnen achterhalen wie zijn of haar biologische ouders zijn, voor het inzicht in het eigen levensverhaal, zijn ontstaansgeschiedenis, maar ook voor het inzicht in de medische achtergrond. Dat is nu niet altijd het geval, met name bij draagmoederschapstrajecten in het buitenland waarbij door de wensouders gebruik wordt gemaakt van anonieme zaadcel- of eiceldonoren. Een ander risico dat kinderen die uit draagmoederschap worden geboren op dit moment lopen, is dat vanaf hun geboorte gedurende langere tijd onzeker blijft wie uiteindelijk hun (juridische) ouders zijn, wie hen verzorgen en opvoeden, welke geslachtsnaam zij dragen en welke nationaliteit zij hebben. Dit risico ontstaat al op basis van keuzes van de wensouders gemaakt vóór de conceptie. Dat risico blijft bestaan totdat een definitieve beslissing is gegeven over bij wie het juridisch ouderschap komt te liggen, vaak een aanzienlijke tijd na de geboorte.

Ook voor de draagmoeder zijn er risico's zoals de Commissie Joustra constateert. Zo kan een vrouw onder druk worden gezet om de rol van draagmoeder op zich te nemen uit armoede of onder druk van haar omgeving. Daarbij kan zij slachtoffer worden van uitbuiting en kan druk op haar worden uitgeoefend om het kind af te staan ook als zij dat bij nader inzien niet wil. 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 en mogelijk ook niet in staat is om voor te zorgen. Het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind is nu niet strafbaar. En er is niets geregeld over de eventuele betaling(en) aan de draagmoeder. Daarmee is financiële druk een reëel risico. Voorts bestaat voor de wensouders de onzekerheid of zij uiteindelijk de (juridische) ouders kunnen worden van het kind dat zij hebben helpen ontstaan, waarvan de intentie is dat zij het kind zouden verzorgen en opvoeden en waaraan zij veelal (deels) genetisch verwant zijn.

Kortom, de (medisch-technologische) ontwikkelingen bieden kansen, maar er zijn ook risico's aan verbonden. De behoefte om een kindwens in vervulling te laten gaan, zal altijd blijven bestaan en daarmee zal draagmoederschap gebruikt blijven worden als middel van gezinsvorming. De huidige (internationale) wet- en regelgeving voorzien niet in een specifiek juridisch kader. De regering ziet zich voor de vraag gesteld of een wettelijke regeling tot stand moet worden gebracht. De regering meent dat het goed is dat het recht de maatschappelijke ontwikkelingen volgt en heeft niet de illusie dat dit andersom werkt. Het ontbreken van een specifiek juridisch kader heeft er niet toe geleid dat geen gebruik wordt gemaakt van draagmoederschap en dat de hiervoor genoemde risico's zich niet voordoen. Het ontbreken van wetgeving heeft tot gevolg dat ook in gevallen

⁴¹ Bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 31265, nr. 79. De Commissie heeft onder voorzitterschap van de heer T.H.J. Joustra haar rapport op 8 februari 2021 aangeboden.

waarin sprake is van verantwoord en altruïstisch draagmoederschap, in Nederland procedures moeten worden gevolgd die de nodige tijd in beslag nemen. Een periode waarin de juridische identiteit van het kind onzeker is met alle problemen die dat met zich brengt. Dit terwijl mede gelet op jurisprudentie van het EHRM (het recht van het kind op eerbiediging van zijn gezinsleven met de wensouders) veelal weinig anders kan worden gedaan dan de ontstane situatie formaliseren.

Dit is ook zo als het draagmoederschapstraject niet zorgvuldig is geweest, bijvoorbeeld in het geval waarin het kind genetisch verwant is aan een van de wensouders maar daarnaast ook gebruik is gemaakt van een anonieme eicel- of spermadonatie.

De regering meent alles afwegende dat het wenselijk is dat er in Nederland een specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap komt. Een wettelijke regeling die niet beoogt draagmoederschap als zodanig te bevorderen, maar wel ruimte biedt voor zorgvuldig en transparant draagmoederschap; draagmoederschap waarbij het belang van het kind en de waardigheid en belangen van draagmoeder en wensouders voorop staan en waarbij kinderhandel en uitbuiting van de draagmoeder zo veel mogelijk worden tegengegaan. De regering onderkent tegelijkertijd dat de invloed van de Nederlandse overheid niet zo ver reikt dat het risico op misstanden ook in het buitenland geheel kan worden uitgesloten. Realiteit is en blijft dat mensen naar het buitenland kunnen gaan om daar met behulp van een draagmoeder een kind te krijgen dat (deels) uit hun eigen genetisch materiaal voorkomt. Dat is het geval onder de voorgestelde regeling maar ook als er geen regeling tot stand wordt gebracht. Met de voorgestelde regeling wil de regering verantwoord draagmoederschap, waarbij de positie kinderen, draagmoeders en wensouders zo goed mogelijk geborgd wordt, stimuleren.

5. Een wettelijke regeling voor draagmoederschap

5.1. Hoofdlijnen regeling

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:

1. een regeling voor de toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland (zie paragraaf 5.2.);
2. een regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland (zie paragraaf 5.3.);
3. de strafbaarstelling van het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind (binnen- en buitenland) en strafbaarstelling van het geven en ontvangen van vergoedingen die bij algemene maatregel van bestuur (amvb) te bepalen maxima te boven gaan (binnenland, gebaseerd op het advies van de Expertgroep vergoeding draagmoederschap van mei 2020) (zie uitgebreid paragraaf 6.3. en 6.4.);
4. versterking van het recht van het kind op afstammingsinformatie (zie uitgebreid paragraaf 7.1.).

Hiermee wordt een juridisch kader geboden voor een in de maatschappij voorkomende praktijk. Voorkomen moet worden dat het kind, de draagmoeder of wensouders in een juridisch niemandsland terecht komen, waardoor in de eerste plaats het kind een risico loopt. Deze regelingen hebben niet tot doel om draagmoederschap te bevorderen of ontmoedigen, maar om de betrokkenen beter te beschermen. De regeling beoogt zoveel mogelijk te borgen dat al vooraf (vóór de conceptie) een zorgvuldig en transparant traject van draagmoederschap wordt ingezet dat 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, kennis over de biologische afstamming, de 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 bij een keuze voor verantwoord draagmoederschap.

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. Als geboortemoeder bestaat er sowieso beschermwaardig familielevens tussen kind en draagmoeder. Dat familieleven komt in ieder geval vanaf het moment dat de draagmoeder niet langer de herroeping van het draagmoederschap kan verzoeken tot een einde. Dit neemt niet weg dat het al dan niet bestaan van een genetische band tussen kind en draagmoeder een rol zal spelen bij de afweging die de rechter moet maken, met name indien sprake is van een verzoek tot herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als zou blijken dat het kind waarvan de draagmoeder zwanger is anders dan de bedoeling was is verwekt door iemand anders. Daarbij geldt dat in geval van afwijzing van een verzoek om herroeping de rechter steeds een beoordeling in het licht van artikel 8 EVRM zal moeten doen, waaronder een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets. De rechter zal een belangenafweging moeten maken tussen de betrokken belangen en daarbij de belangen van het kind als een eerste overweging moeten betrekken. Bij afwijzing van het verzoek om herroeping zal de rechter moeten motiveren waarom de inbreuk op het recht op familielevens van de draagmoeder in dat specifieke geval beperkt mag worden en hoe die maatregel proportioneel is ten opzichte van de aanspraken van de draagmoeder.

Voorlichting en counseling

Voordat de draagmoeder en de wensouders een verzoek bij de rechter kunnen indienen voor toestemming voor het traject dat uiteindelijk moet leiden tot de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap voor de wensouders dienen zij voorlichting en counseling te krijgen. Mede gelet op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is in het kader van de erkenning van buitenlands draagmoederschap voorlichting en counseling ook als vereiste gesteld. De voorlichting en counseling zorgen ervoor dat alle betrokken partijen weten waaraan zij beginnen en geïnformeerd instemmen. Ook worden zij gewezen op de risico's die aan draagmoederschap zijn verbonden. Zij worden geïnformeerd over wat in dat kader de implicaties zijn gelet op het belang van het kind, zodat zij in dat kader ook vooraf al bewuste keuzes kunnen maken. Daarnaast moeten de voorlichting en counseling problemen tussen de draagmoeder en de wensouders zoveel mogelijk voorkomen.

De algemene voorlichting ziet o.a. op informatie over het traject en de daarbij behorende juridische voorwaarden en risico's die een rol spelen. De draagmoeder en wensouder(s) dienen zich bovendien bij de totstandkoming van de draagmoederschapsovereenkomst onafhankelijk van elkaar te doen bijstaan door een onafhankelijke juridisch deskundige. Deze kan naast algemene informatie ook informatie geven die is toegesneden op de specifieke omstandigheden van draagmoeder en wensouders.

Counseling ziet specifiek op de medische en psychosociale aspecten van het traject. Medische en psychosociale counseling dienen plaats te vinden door respectievelijk artsen en ervaren en gespecialiseerde counselors. Ervaring van deze professionals op het gebied van onvervulde kinderwens is daarbij van belang. Bij amvb zullen hierover nadere regels worden gesteld.

De voorlichting en counseling zien zowel op hoog- als laagtechnologisch draagmoederschap. De betrokkenen zullen de kosten hiervan zelf moeten dragen. Mogelijke contra-indicaties en beschermende factoren met het oog op het welzijn van het toekomstige kind die uit de counseling naar voren komen, zullen worden opgenomen in een verslag. De verslagen worden in geval van een Nederlands draagmoederschapstraject overgelegd aan de rechter die daarmee vervolgens bij zijn beslissing rekening kan houden. Als het gaat om de erkenning van een buitenlands draagmoederschap worden de verslagen overgelegd bij de betreffende autoriteit. 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 toekenning van het ouderschap na draagmoederschap.

Bij of krachtens amvb zullen regels worden gesteld ten aanzien van eisen aan de inhoud van de voorlichting en counseling die gevolgd moet worden, de wijze waarop en door wie van de uitkomsten van de counseling verslag zal worden gedaan en het toezicht hierop.

5.2. Een regeling voor de toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland

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 daartoe vóór de conceptie samen met de draagmoeder (en eventuele partner) een gezamenlijk verzoek indienen bij de rechtbank. Indien de rechter besluit tot toekenning van ouderschap na draagmoederschap, stuurt de griffier de beschikking naar het nieuwe draagmoederschapsregister en naar de gemeente waarin de draagmoeder woont. De beslissing tot toekenning van het ouderschap werkt voor drie jaar en heeft betrekking op het eerste kind dat uit de draagmoeder wordt geboren. Indien het eerste kind onderdeel uitmaakt van een meerling geldt de beslissing vanzelfsprekend ook voor de andere meerlingkinderen. De wensouders worden als gevolg van de beslissing tot gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap vanaf de geboorte 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 degene uit wie het kind is geboren,⁴² 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 blijkt wel uit een afschrift van een dergelijke akte. Op een afschrift, feitelijk een kopie van de geboorteakte, zijn alle gegevens te zien, zowel de bij het opmaken van de akte vermelde gegevens als die er met latere vermeldingen aan zijn toegevoegd. 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.⁴³ Met een beoordeling vóór het ontstaan van de zwangerschap, wordt aan het belang van een vrije instemming van de draagmoeder en het belang van het kind, draagmoeder en wensouder bij rechtszekerheid omtrent de uitkomsten van de procedure voorrang gegeven boven het belang van betrokkenen om terug te kunnen komen op hun intentie indien de zwangerschap een ander verloop heeft dan verwacht. Daarmee wordt in het belang van het kind en alle andere betrokkenen met name het recht op bescherming van het familieleven van de draagmoeder beperkt. Deze beperking acht de regering gerechtvaardigd. Het kind heeft immers belang bij en recht op zekerheid over ouderschap, naam, nationaliteit en wie verantwoordelijk is voor de verzorging en opvoeding. Het is gedurende een periode van drie maanden na de geboorte mogelijk om te verzoeken om herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. Deze periode is op drie maanden bepaald om langere onzekerheid voor het kind zoveel mogelijk te voorkomen. Deze termijn sluit ook aan bij de ervaringen van de raad voor de kindbescherming bij binnenlandse adoptie; als wordt teruggekomen op het voornemen tot afstand komt dit het meest voor gedurende de eerste drie maanden na de geboorte van het kind. Gelet op de gevolgen voor de band tussen draagmoeder en kind is voorlichting en juridische

⁴² Op het vervolgblad.

⁴³ 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.

begeleiding van de draagmoeder ten behoeve van haar vrije instemming van groot belang. De rechter toetst de vrije instemming van alle betrokkenen (artikel 1:214, derde lid, BW).

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 in overeenstemming met de verklaring die de wensouders daarover bij de rechter hebben afgelegd. 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 hierin 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.

Toetsingskader rechter

Na de verplichte voorlichting en counseling kunnen de draagmoeder en de wensouders gezamenlijk met behulp van een advocaat een verzoekschrift indienen bij de rechtbank met het verzoek om toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. De rechtbank heeft een grote vrijheid om een verzoek tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap af te wijzen als zij dit niet in het belang van het kind acht. De rechtbank moet daarnaast tot een positieve overtuiging komen dat alle betrokkenen hun vrije instemming geven aan het traject. Beide criteria (opgenomen in 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 moet worden voldaan (artikel 1:214, vierde en vijfde lid 4 en 5, en 215 BW).

In de draagmoederschapsovereenkomst dienen de betrokkenen een aantal onderdelen op te nemen (zie art. 1:216, eerste lid, BW). Bij het opstellen van de overeenkomst moeten zij zich onafhankelijk van elkaar hebben laten bijstaan door een onafhankelijke juridisch deskundige. Met deze eisen aan de overeenkomst wordt een inbreuk gemaakt op de vrijheid van partijen om al dan niet afspraken te maken over deze thema's. De vereiste onderdelen acht de regering echter van elementair belang. Niet alleen voor een zorgvuldige voorbereiding en geïnformeerde instemming van alle betrokkenen. Maar ook voor de bescherming van het kind en de draagmoeder en voor een beoordeling door de rechter. Als afspraken op deze punten ontbreken, bestaat het risico dat verschillende verwachtingen van partijen leiden tot conflicten gedurende of na afloop van de zwangerschap, hetgeen niet in het belang van het kind wordt geacht.

Van de wensouders wordt tevens verwacht dat zij een Verklaring Omtrent het Gedrag (hierna: VOG) overleggen bij het verzoek. De kosten hiervoor dragen zij zelf. Met de VOG wordt beoordeeld of er justitiële gegevens op naam van de aanvrager staan die een belemmering vormen voor het wensouderschap. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld een eerdere veroordeling voor een op een kind gericht seksueel misdrijf (misdrijf tegen de zeden). Een dergelijke veroordeling kan een contra-indicatie vormen voor het wensouderschap. De VOG zegt overigens niets over de mate waarin de ouders (mentaal) geschikt zijn om een draagmoederschapstraject aan te gaan, noch over de pedagogische kwaliteiten van de toekomstige ouders.

Daarbij wordt opgemerkt dat de VOG alleen geweigerd kan worden bij aanwezigheid van relevante justitiële gegevens in het Justitieel Documentatie Systeem (JDS), die bij herhaling een risico vormen voor het doel waarvoor de VOG wordt aangevraagd. Politiegegevens kunnen worden opgevraagd en bij de beoordeling van de aanvraag worden betrokken als over de aanvrager beschikbare justitiële gegevens daartoe – in het licht van het doel waarvoor de VOG wordt aangevraagd – aanleiding geven. Deze worden dan ook enkel opgevraagd als de justitiële gegevens daar – in het licht van het doel van de aanvraag waarvoor de VOG wordt aangevraagd – aanleiding toe geven.

Ontbreekt de VOG omdat deze is afgewezen of een wensouder in het buitenland woont, dan zal de rechter de raad voor de kindbescherming vragen hieromtrent onderzoek te doen en advies uit te brengen.

De draagmoeder en de wensouders moeten meerderjarig zijn om het verzoek te kunnen doen aan de rechter. Daarnaast zijn er harde medische leeftijdsgrenzen voor het ondergaan van de medische behandeling die een rol spelen.⁴⁴ Bij interlandelijke adoptie gelden maximum leeftijdsgrenzen, met daaraan gekoppeld een afwijkingmogelijkheid. 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. Een leeftijd van 45 of 75 maakt hierbij evident verschil. Daarbij zal de rechter mee kunnen wegen welke informatie beschikbaar is over de gezondheid van betrokkenen, alsmede de sociale omgeving die wensouders zal steunen bij de verzorging en 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. Als de draagmoeder nog geen eigen voltooid gezin heeft, is dit een sterke aanwijzing dat de keuze voor draagmoederschap niet in haar belang noch het belang van het toekomstige kind is.⁴⁵ Dit aspect zal tevens aan de orde komen bij de counseling van de draagmoeder.

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

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 over niet met elkaar strokende verwachtingen van partijen te voorkomen. 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. Het belang van het toekomstige kind speelt op dat moment nog geen rol. Het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder en de wensouders is in dit geval doorslaggevend.

Zowel tijdens de zwangerschap als binnen een periode van drie maanden na de geboorte van het betrokken kind, kan de draagmoeder de rechter verzoeken de beschikking te herroepen indien zij door bedreiging, dwaling of bedrog tot draagmoederschap is bewogen. Bedreiging, dwaling of bedrog raakt direct aan de vrije instemming van de draagmoeder. Mede in het licht van artikel 6 van het VN-Vrouwenverdrag⁴⁶ moet in dat geval worden uitgegaan van herroeping van de toekenning van ouderschap na draagmoederschap. In het geval van een wijziging van

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Zie in dit verband tevens het NVOG-standpunt Geassisteerde voortplanting met gedoneerde gameten en gedoneerde embryo's en draagmoederschap, juni 2016.

⁴⁶ Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, New York 18 december 1979, *Trb.* 1980, 146.

omstandigheden is er meer ruimte voor een belangenafweging tussen de draagmoeder en het kind. 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, met het oog op het belang van het kind bij zekerheid over ouders, naam en nationaliteit vanaf de geboorte. 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. Na de herroeping zal aan de hand van het reguliere afstammingsrecht de afstamming van het kind moeten worden bepaald.

Is de draagmoeder reeds zwanger of is zij niet langer dan drie maanden geleden bevallen, dan kunnen de wensouder(s) die niet genetisch verwant zijn aan het kind verzoeken om herroeping van de beschikking. Dit kan alleen op de grond dat het verzoek tot toekenning van ouderschap na draagmoederschap 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 echter geen mogelijkheid tot het doorbreken van de band met het kind. Net als in het overige afstammingsrecht bestaat in geval van een genetische band of instemming met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben, een niet te ontlopen verantwoordelijkheid voor het kind. De beperking van de mogelijkheden op dit punt acht de regering in het belang van het kind noodzakelijk. De termijn voor de draagmoeder en de wensouders om zich na de bevalling tot de rechter te wenden dient voldoende lang te zijn teneinde betrokkenen de gelegenheid te geven desgewenst actie te ondernemen, maar tegelijkertijd dient die termijn ook beperkt te zijn. 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. Een termijn van drie maanden wordt als redelijke termijn gezien in deze en is in lijn met het advies van de raad voor de kindbescherming. Dit sluit aan bij het gegeven dat in de praktijk van de raad het terugkomen op een voornemen tot afstand bij binnenlandse adoptie het meest voorkomt gedurende de eerste drie maanden na de geboorte van het kind.

Voor het kind is dit anders. Aan het kind wordt, in aansluiting op de regeling bij adoptie, een mogelijkheid geboden tot beëindiging van het ouderschap dat is ontstaan als gevolg van de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap nadat de meerderjarigheid is bereikt. Hiervoor is een periode van 3 jaar bepaald, in aansluiting bij vergelijkbare regelingen in bijvoorbeeld artikel 1:205, vierde lid, en artikel 231, tweede lid, BW. Het kind heeft er belang bij om het ouderschap met een niet-genetisch verwante ouder te kunnen beëindigen, zie daarover tevens het advies van de RSJ en de Raad voor de rechtspraak bij het wetsvoorstel.

5.3. Een regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap in het buitenland
Hoewel de regering onderkent dat de risico's bij draagmoederschap groter kunnen zijn indien wensouders kiezen voor een buitenlandse route, blijft buitenlands draagmoederschap dat overeenkomt met de belangrijkste uitgangspunten van de Nederlandse regeling toegankelijk. Er valt immers niet te voorkomen dat hiervan gebruik wordt gemaakt, bijvoorbeeld als er niet genoeg vrouwen in Nederland bereid zijn om op te treden als draagmoeder. Nederland bepaalt niet of en onder welke voorwaarden het voor Nederlanders mogelijk is om in het buitenland een draagmoederschapstraject aan te gaan. Dat wordt bepaald door het materiële familierecht van iedere afzonderlijke staat, en in bijvoorbeeld de VS en Canada het recht van de verschillende deelstaten. Wel kan Nederland de keuzes die Nederlanders daarin maken proberen te beïnvloeden, teneinde te bereiken dat Nederlanders ook bij een traject in het buitenland zich rekenschap geven van bepaalde zorgvuldigheidseisen. Zo acht de regering het in geen geval acceptabel dat wordt betaald voor de overdracht van het ouderschap over een kind, omdat kinderen niet tot handelswaar mogen worden gereduceerd. Daarom is ervoor gekozen de strafbaarstelling van betalingen bij de overdracht van ouderschap extraterritoriale werking te geven. De regering acht het gerechtvaardigd om daarmee betalingen rond kinderen door Nederlanders ook in het buitenland aan banden te leggen. Daarnaast kunnen de keuzes van wensouders worden beïnvloed

door de erkenningsmogelijkheden voor ouderschap. Hiermee wordt bepaald of ouderschap dat in het buitenland is ontstaan ook doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde.

De mogelijkheden om ouderschap dat in het buitenland is ontstaan na draagmoederschap niet te erkennen zijn echter beperkt. Indien er genetische verwantschap tussen het in het buitenland door draagmoederschap geboren kind en (één van) de wensouder(s) is, dan vereist de bescherming van identiteitsrechten van het kind namelijk dat de afstammingsrelatie van het kind met die wensouder wordt erkend en de afstammingsrelatie met diens partner eveneens op de een of andere wijze, bijvoorbeeld door adoptie, juridisch kan worden vormgegeven.⁴⁷ Een verbod op buitenlands draagmoederschap zou dus niet kunnen voorkomen dat de in het buitenland tot stand gekomen afstammingsrelatie tussen wensouders en kind in Nederland wordt afgewezen. Een verbod op buitenlands draagmoederschap acht de regering om die reden niet zinvol. Dat geldt ook voor een vergunningstelsel zoals het geval is bij interlandelijke adoptie. Ook zonder vergunning zou de afstammingsrelatie met de genetische ouder (en evt. diens partner) moeten worden erkend. Daarbij ontbreekt voorsnog een internationaal kader voor de regulering van draagmoederschap, waardoor een vergunningstelsel ook niet realiseerbaar is.⁴⁸ Hetzelfde geldt voor het werken met een landenlijst van 'veilige' landen. Daarbij komt dat draagmoederschap zich snel ontwikkelt en een dergelijk 'stempel van goedkeuring' snel niet meer accuraat kan zijn. Ook het vereisen van toestemming van de Nederlandse rechter voorafgaand aan een buitenlands traject is zonder internationaal kader niet te realiseren.

Om Nederlandse wensouders te weerhouden gebruik te maken van onwenselijke praktijken in het buitenland, kan de Nederlandse overheid feitelijk niet meer dan enerzijds wensouders stimuleren gebruik te maken van draagmoederschap in staten die voldoen aan bepaalde basisvoorwaarden én anderzijds het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind, ook indien dit plaatsvindt door Nederlanders in het buitenland, te verbieden (paragraaf 6.3.). In de verplichte voorlichting zullen betrokkenen bewust worden gemaakt van de risico's van buitenlands draagmoederschap, alsmede van het belang van voldoen aan de basisvoorwaarden. Informatieverschaffing over hoe trajecten in het buitenland verantwoord verlopen draagt bij aan het voorkomen van misstanden. Kiezen wensouders 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.

Basisvoorwaarden

Uitgangspunt is dat een in het buitenland ontstane afstammingsrelatie na draagmoederschap niet van rechtswege in Nederland wordt erkend, maar via een beoordeling door de rechter loopt. In het wetsvoorstel wordt hierop een uitzondering gecreëerd. Erkenning van rechtswege van een buitenlandse geboorteakte na draagmoederschap is mogelijk indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- vaststaat dat het kind genetisch verwant is aan ten minste een van de wensouders;
- de gegevens over de afstamming van het kind zijn beschikbaar voor opname in het register, d.w.z. dat gebruik wordt gemaakt van bekende gameetdonoren;
- er een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de buitenlandse geboorteakte van een kind geboren uit draagmoederschap;

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Binnen de Haagse Conferentie wordt in een comité van experts gewerkt aan de ontwikkeling van een instrument op het terrein van afstamming/draagmoederschap. Vanuit Nederland neemt prof. S. Rutten op persoonlijke titel deel aan de werkzaamheden van dit comité. Zie hcch.net alsmede voor een verslag van de werkzaamheden: S. Rutten, 'Het Haagse project over afstamming en internationaal draagmoederschap; the Parentage/Surrogacy Project', *FJR* 2019/54.

- voorafgaand aan de rechterlijke beoordeling in het buitenland in Nederland door de wensouders voorlichting en counseling over draagmoederschap is gevolgd, zoals dat ook als voorwaarde is gesteld in de Nederlandse regeling voor 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.

Met deze voorwaarden wordt een balans gezocht tussen enerzijds de beperktere betrokkenheid van de Nederlandse rechtssfeer bij het draagmoederschap, het belang van het kind bij helderheid over de genetische afstamming, het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder en het belang van het kind en wensouders bij een spoedige erkenning van de in het buitenland rechtsgeldig ontstane afstammingsrelatie. Met de regeling worden voor ouders duidelijke kaders geschetst waaraan het buitenlandse traject moet voldoen, willen betrokkenen geen lange en onzekere procedure bij de rechter moeten doorlopen voor de erkenning. In die procedures toetst de rechter ook juist de voorwaarden die hier worden gesteld. Het is in het belang van het kind om snel duidelijkheid te hebben over wie het zal verzorgen en opvoeden. Dit blijkt ook uit uitspraken van het EHRM. Met deze voorwaarden wordt getracht ouders te bewegen om te kiezen voor een zorgvuldig traject waarbij wordt voldaan aan de belangrijkste voorwaarden die ook voor draagmoederschapstrajecten binnen Nederland worden gesteld.

Als ouders (bewust) kiezen voor een buitenlands traject dat niet voldoet aan voormelde basisvoorwaarden, is dat zeer kwalijk. In Nederland is draagmoederschap zonder voorafgaande rechterlijke toetsing niet verboden en niet strafbaar. Dit geldt ook voor het niet vastleggen of bekendmaken van de genetische afstamming van een kind. Dat zou te ver ingrijpen in het privéleven van de ouders en van het kind. Een vrouw kan immers (per ongeluk) zwanger worden van een persoon van wie zij de identiteit niet kent of van iemand anders dan haar eventuele levensgezel. In dergelijke situaties zal de feitelijke afstamming van het kind nergens geregistreerd staan. Het niet vastleggen of bekendmaken van genetische afstamming zal evenmin strafbaar kunnen worden gesteld bij buitenlandse trajecten. Hoewel het in het belang van het kind is om te weten van wie het afstamt, kan die situatie niet als strafwaardig worden bestempeld. Wel wordt benadrukt dat met het doelbewust kiezen voor onbekendheid van een biologische ouder (waaronder anonieme donoren), rechten van het kind worden geschonden.

Tot slot is niet gekozen voor de expliciete voorwaarde van toetsing van de vrijwilligheid van de draagmoeder in het buitenland, bijvoorbeeld door de diplomatieke of consulaire posten. Nederland kan in het buitenland geen onderzoek doen naar handelingen en gedragingen van niet onderdanen, in dit geval de buitenlandse draagmoeder. Ook worden geen eisen gesteld aan de inhoud van de buitenlandse beschikking, bijvoorbeeld dat daaruit expliciet moet blijken dat de rechter naar de vrijwilligheid van de draagmoeder heeft gekeken en zij counseling heeft ontvangen. Als in de procedure in het buitenland een rechter is betrokken, wordt aangenomen dat deze de vrije instemming van alle betrokkenen heeft gezien. Blijkt dat aan de beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan, dan kan erkenning evenwel worden geweigerd.

5.4. Europeesrechtelijke aspecten draagmoederschapsregeling

Verhouding tot vrij verkeer van diensten en dienstenrichtlijn

Om onder de reikwijdte van artikel 57 VWEU of de Dienstenrichtlijn te komen, dient sprake te zijn van een economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Naar het oordeel van de regering 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 geld of in natura plaatsvindt. Het draagmoederschap mag geen alternatieve inkomstenbron of bijverdienste vormen. Dit wordt ingegeven door het oogmerk van de regering 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 dat de draagmoeder onder ongewenste druk komt te staan om aan het traject deel te nemen. De genoemde gevaren zijn niet denkbeeldig. Draagmoederschap tegen betaling is thans een maatschappelijke realiteit. Daarbij speelt een rol dat de kinderwens zo sterk kan zijn dat ouders in spe bereid zijn ver te gaan om een kind te krijgen; verwezen zij naar de paragraaf 4. over dilemma's en risico's bij draagmoederschap. Er is een wettelijk systeem opgezet waarin de rechten en belangen van kinderen, draagmoeders (en eventuele partners) en wensouders zijn geregeld en waarbij wensouders worden gestimuleerd om te kiezen voor een verantwoord draagmoederschapstraject. Na onder meer voorlichting en counseling van de draagmoeder en de wensouders en op basis van een overeenkomst tussen wensouders en draagmoeder kan de rechter voorafgaand aan de zwangerschap komen tot een gerechtelijke toekenning van het ouderschap.

De regeling laat de mogelijkheid open 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 niet meer zijn dan de bij amvb vastgestelde maximaal toegestane vergoedingen. Betalingen doen aan de draagmoeder die uitgaan boven het bij amvb vastgestelde maximaal toegestane bedrag leveren een strafbaar feit op.

Naar het oordeel van de regering 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. De regering 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 de regering op het, in juridisch-ethisch opzicht met draagmoederschap vergelijkbare, gebied van de orgaandonatie.⁴⁹ Altruïsme vormt op basis van Europees recht een belangrijke factor bij onder andere orgaandonaties.⁵⁰ 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.⁵¹ Het beginsel van onbetaalde donatie belet lidstaten dus niet om mogelijk te maken dat levende donoren een vergoeding ontvangen.⁵² 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, bijvoorbeeld door bij amvb te bepalen welke maximale vergoedingen aan de draagmoeder zijn toegestaan, dat de financiële compensatie beperkt blijft tot het vergoeden van de kosten en van inkomstenderving die met het draagmoederschap verband houden.⁵³ Vermeden wordt dat er financiële prikkels of voordelen voor potentiële draagmoeders zijn. Onder deze omstandigheden acht de regering de conclusie gerechtvaardigd dat de financiële compensatie geen afbreuk doet aan het uitgangspunt van vrijwillig en onbetaald draagmoederschap. Gelet hierop meent de regering dat draagmoederschap in de voorgestelde regeling niet kan worden gekwalificeerd als een economische activiteit die tegen vergoeding wordt verricht, in de zin van artikel 57 VWEU en de Dienstenrichtlijn.

⁴⁹ 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

⁵⁰ Zie overweging 19 van voornoemde richtlijn.

⁵¹ Artikel 13, eerste lid, van de richtlijn.

⁵² Artikel 13, tweede lid, van de richtlijn.

⁵³ 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.

Proportionaliteits- en subsidiariteitseisen in de draagmoederschapsregeling

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, waarin het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is 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 vereist wordt dat de draagmoeder en tenminste een van de wensouders de gewone verblijfplaats in Nederland 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.

Het doel van de regering 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 het kind, draagmoeders (en hun eventuele partners) en wensouders zijn geregeld. Hierbij is geprobeerd de mogelijke risico's van draagmoederschap zoveel mogelijk te ondervangen en worden wensouders gestimuleerd om te kiezen voor een verantwoord draagmoederschapstraject. Dit traject biedt voorafgaand aan de conceptie en geboorte zekerheid over de 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 (Verordening Brussel II-ter)). De gewone verblijfplaats als aanknopingspunt voor het aannemen van rechtsmacht is ook gebruikelijk voor procedures ten aanzien van afstamming binnen Nederland, zie artikel 3 Rv. De voorgestelde regeling vult die eis enkel in die zin aan dat niet slechts één van de belanghebbenden de gewone verblijfplaats in Nederland 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.⁵⁴ In situaties waarin niet tenminste één van de wensouders en de draagmoeder de gewone verblijfplaats in Nederland hebben, is sprake van te weinig verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer om ouderschap van de wensouders vanaf de geboorte vast te stellen. Het is niet ongebruikelijk –als meerdere personen betrokken zijn– om de gewone verblijfplaats (of zelfs de nationaliteit) van meer dan één van de betrokkenen in ogenschouw te nemen, blijkt bijvoorbeeld uit artikel 3 onderdeel a, onder i) en ii) en onderdeel b van voornoemde verordening. Er bestaat voornamelijk 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 in Nederland tot stand gekomen afstamming van het kind 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 de regering 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 draagmoederschap in Nederland ruimte biedt aan vormen van draagmoederschapstoerisme, in de zin van draagmoeders die voor het doel van

⁵⁴ 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.

draagmoederschap naar Nederland komen, of wensouders die zich vanuit het buitenland wenden tot een Nederlandse draagmoeder; de maximaal toegestane vergoedingen zoals die bij amvb zullen worden vastgesteld, zijn immers gebaseerd op het Nederlands niveau en 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 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 acceptatie van draagmoederschap, variërend van wettelijke geregeld tot een verbod. Van belang om in het oog te houden is hierbij ook dat afstammingsrecht niet Europeesrechtelijk is geregeld; het afstammingsrecht is nauw verbonden met de nationale identiteit van lidstaten (artikel 4 tweede lid, VEU). Als gevolg hiervan moet er rekening mee gehouden worden dat sommige lidstaten het niet 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 te waarborgen en 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 en omtrent de uitkomst van de procedure te waarborgen. In het licht van het voorgaande acht de regering 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. Strafrechtelijk kader draagmoederschap

6.1. Inleiding

Kinderen mogen niet tot handelswaar worden gereduceerd, dat is belangrijk voor de waardigheid van het kind.⁵⁵ 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'.⁵⁶ 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 van onkosten 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

⁵⁵ Zie onder meer het Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap, p. 464 in Bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17, 33836, nr. 18*.

⁵⁶ Artikel 2, onder a, Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK.

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 en de enorme verschillen die bestaan in (financiële) vangnetten die nationale overheden aan hun burgers bieden. Het is dan ook niet goed mogelijk om dezelfde eisen te stellen aan betalingen aan de draagmoeder gedaan binnen Nederland als aan betalingen die worden gedaan aan een draagmoeder in het buitenland.

In het licht van het bovenstaande bestaat het strafrechtelijk kader voor 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 paragraaf 6.3. Dit gaat niet alleen om Nederland, maar ook om gevallen waarin Nederlanders in het buitenland betalen voor het verwerven van het ouderlijk gezag of het anderszins 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 het realiseren van hun kinderwens duidelijkheid: betalingen voor de overdracht van ouderschap over een kind zijn in geen geval toelaatbaar. Met deze wet wordt daarnaast een norm gesteld, voor vergoedingen aan de draagmoeder die in Nederland toelaatbaar zijn, zie paragraaf 6.4. Op grond van artikel 1:215, eerste lid, onder f, BW van dit wetsvoorstel wordt bij amvb vastgesteld welke vergoedingen dit zijn. Dit is een harde grens. Hogere of andere vergoedingen zijn in Nederland niet toelaatbaar. De tweede strafbepaling heeft dan ook betrekking op het meer geven of ontvangen voor het zijn van draagmoeder dan de bij amvb vastgestelde vergoedingen.

6.2. Verhouding strafbaarstelling betalingen tot bestaande strafbaarstellingen

Sommige laakbare en schadelijke handelingen rondom de overdracht van ouderschap en rondom draagmoederschap zijn op dit moment al strafbaar.⁵⁷ Zo is het onzeker maken van de afstamming van een kind op grond van artikel 236 Sr strafbaar als verduistering van staat. Hoewel de met dit wetsvoorstel strafbaar gestelde gedragingen hieraan voorafgegaan kan zijn, betreft dit een andersoortige gedraging omdat betalingen hierbij geen rol hoeven te 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^o, 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. De Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen (NRM) heeft opgemerkt dat zich gevallen kunnen voordoen waarbij 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 bij 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.⁵⁸ In de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka) is bepaald dat de vergunninghouder geen onevenredige

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Artikel 32 Haags Adoptieverdrag.

hoge vergoedingen voor in verband met zijn bemiddeling verrichte diensten mag betalen.⁵⁹ 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 (aspirant-)adoptiefouders zelf. Hoewel (aspirant-)adoptiefouders worden geacht de biologische ouders 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 adoptie⁶⁰, kunnen (aspirant-)adoptiefouders die hen toch een betaling geven daarvoor niet worden bestraft.

Het beroeps- of bedrijfsmatig optreden als tussenpersoon bij draagmoederschap of de overdracht van het ouderschap over een kind is reeds strafbaar (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 de hiervoor kort besproken strafbepalingen niet omdat zij niet zien op het geven van betalingen voor de overdracht van het ouderschap over een kind of voor de fysieke overdracht van een kind.

6.3. Strafbaarstelling betalen overdracht ouderschap

Tegen de achtergrond van het voorgaande is de regering van mening dat de belangen van kinderen op meer afdoende wijze door de wet moeten worden beschermd. Om deze reden wordt in artikel 151ca Sr een afzonderlijke strafbaarstelling voorgesteld voor het betalen voor de overdracht van het ouderschap over 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 het verlenen van medewerking aan de overdracht van het juridisch ouderschap over een kind. Vergoedingen die bijvoorbeeld worden uitgekeerd nadat een kind gezond ter wereld is gebracht en daadwerkelijk wordt overgedragen aan de 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.

Artikel 151ca Sr betreft een misdrijf, strijdig met de fundamentele rechten van het kind. Een strafmaximum van twee jaren gevangenisstraf of geldboete van de vierde categorie acht de regering 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, 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.⁶¹

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 en assisteert bij de juridische vormgeving van het ouderschap van de wensouders. 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; dergelijke betalingen blijven ook onder dit wetsvoorstel toegestaan. De genoemde afhankelijkheid kan echter ook misbruik in de hand werken door de kwetsbare positie van de wensouders en/of draagmoeder. Bovendien kan de marktwerking er bij bemiddeling voor zorgen dat commerciële belangen voorop worden gesteld in plaats van het

⁵⁹ Artikel 20, derde lid, WOBKA.

⁶⁰ Kwaliteitskader Vergunninghouders Interlandelijke Adoptie, mei 2013, http://www.nederlandseadoptiestichting.nl/files/5615/5360/6865/kwaliteitskader_VHs_2e_herziene_versie_27_mei_2013.pdf.

⁶¹ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap, december 2016, p. 458.

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 over een kind. Als zij dit wel doen kunnen ook tussenpersonen zich schuldig maken aan de strafbaar gestelde gedraging. Nederlandse wensouders dienen ook in het buitenland de fundamentele rechten van het kind te respecteren. Bij draagmoederschapstrajecten is het toegestaan een vergoeding aan de draagmoeder te betalen voor onkosten als dit op grond van de betreffende nationale wet- en regelgeving mag. 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. Betaling voor de overdracht van het ouderschap over een kind is echter in geen enkele situatie acceptabel. Indien Nederlandse wensouders betalen 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 151ca Sr strafbaar gestelde gedragingen begaan, in Nederland te vervolgen. Ook indien deze gedragingen in het desbetreffende land niet strafbaar zijn gesteld. Dit geldt eveneens voor Nederlandse tussenpersonen die in het buitenland opereren.

Verschillende organisaties, waaronder het Openbaar Ministerie (OM) 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 gealerteerd. In buitenlandse trajecten zal deze complexiteit toenemen vanwege de afhankelijkheid van buitenlandse autoriteiten die doorgaans niet snel zullen meewerken aan rechtshulpverzoeken als het land waar het om gaat geen vergelijkbare strafbaarstelling kent.

De regering acht normstelling op dit gevoelige terrein reeds om principiële redenen van belang, ook waar opsporing en vervolging niet eenvoudig zullen 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. Daarom wordt voorgesteld het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind aan te merken als een feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Hierdoor kunnen in het belang van het onderzoek bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals het vorderen van gegevens bij derden (artikel 126nd Sv), worden toegepast. Op de website van de Rijksoverheid zal informatie worden opgenomen teneinde wensouders bewust te maken van onwenselijke situaties die kunnen ontstaan wanneer naar het buitenland wordt uitgeweken voor draagmoederschap.⁶² 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.

6.4. Strafbaarstelling hogere vergoeding aan draagmoeder

Vergoedingen aan draagmoeders 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 merkte op dat de grenzen hierbij ethisch en juridisch onduidelijk zijn.⁶³ 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 fungeren als draagmoeder, worden bij amvb de kostenposten aangewezen die bij draagmoederschap in Nederland voor vergoeding in aanmerking komen en wordt de wijze bepaald waarop de hoogte van de maximale vergoeding per kostenpost kan worden vastgesteld. Naast vergoeding van daadwerkelijk gemaakte kosten is in de amvb ruimte voor een beperkte tegemoetkoming aan de draagmoeder als compensatie voor de inspanningen en het eventuele ongemak en leed dat gepaard is gegaan met de zwangerschap. Het betalen van hogere vergoedingen dan de bij de amvb vastgestelde bedragen is in Nederland niet

⁶² www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/draagmoeder/draagmoederschap-buitenland.

⁶³ Rapport Staatscommissie Herijking ouderschap, december 2016, p. 123-124.

toegestaan.

Nogmaals zij benadrukt dat de toegestane maximale vergoedingen moeten worden onderscheiden van betalingen voor de overdracht van het ouderschap over een kind (zie paragraaf 6.3). De onkostenvergoeding en tegemoetkoming zijn immers gelijk als het kind niet gezond is of komt te overlijden tijdens de geboorte. Dat geldt niet voor betalingen voor de overdracht van het ouderschap over een kind waarbij een (gezond) kind door de wensouders als voorwaarde wordt gesteld voor de betaling. Het doen van een dergelijke betaling is te allen tijde strafbaar op grond van artikel 151ca Sr.

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 amvb 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 amvb bepaalde maximale vergoedingen te boven gaan, wordt strafbaar gesteld in het voorgestelde artikel 442b Sr. De wensouders en de draagmoeder kunnen beiden worden aangesproken op grond van dit artikel. Het betreft een overtreding waarvoor hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie kan worden opgelegd.

Zoals hierboven is aangegeven zal opsporing en vervolging van de strafbaar gestelde gedragingen niet eenvoudig zijn. Aangezien dit artikel alleen betrekking heeft op Nederlandse draagmoederschapstrajecten kunnen zich 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.

6.5. Verhouding strafbaarstellingen

Hoewel de twee strafbepalingen betrekking hebben op verschillende gedragingen kunnen zij in sommige situaties beide toepassing vinden. Daarom wordt in deze paragraaf de verhouding tussen de artikelen 151ca en 442b Sr verduidelijkt.

Voor strafbaarheid op grond van artikel 151ca Sr is vereist dat 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 gaat dan om betalingen voor de overdracht van het ouderschap over het kind. Het oogmerk van degene die de betaling of het voordeel geeft of de belofte doet is gericht op het verwerven van het ouderschap over een kind. Bij draagmoederschapstrajecten kan het bijvoorbeeld gaan om betalingen, zoals een bepaald percentage van een totaalbedrag, die enkel worden gedaan als een (gezond) kind aan de wensouders wordt overgedragen of betalingen die moeten worden teruggegeven als van de overdracht van het ouderschap wordt afgezien. Wensouders en tussenpersonen die voor dit doel betalingen of voordelen geven of daartoe beloften doen zijn strafbaar indien zij deze gedraging in Nederland, of, als het Nederlanders zijn, in het buitenland begaan. Artikel 151ca Sr kan betrekking hebben op betalingen aan een draagmoeder voor de overdracht van het ouderschap over een kind, maar deze bepaling is hier niet toe beperkt. Het kan bijvoorbeeld ook gaan om betalingen voor meewerken aan de adoptie van het kind.

In Nederland is een van de voorwaarden voor de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap dat niet uit de draagmoederschapsovereenkomst of anderszins blijkt dat aan de draagmoeder meer dan een maximaal toegestane vergoeding is of zal worden uitgekeerd of anderszins blijkt van een afhankelijkheidsrelatie die de vrije instemming van de draagmoeder negatief kan beïnvloeden (artikel 1:215 BW). Bij amvb worden de kostenposten aangewezen die voor vergoeding in aanmerking komen, wordt de wijze bepaald waarop de hoogte van de maximale vergoeding per kostenpost kan worden vastgesteld en wordt de maximale hoogte bepaald van de aanvullende tegemoetkoming die maandelijks aan de draagmoeder kan worden

betaald. Artikel 442b Sr dient ertoe om de naleving van deze norm te kunnen afdwingen. Wensouders die de draagmoeder een vergoeding geven die meer bedraagt dan de op grond van artikel 1:215, derde lid, BW bij amvb vastgestelde vergoeding en draagmoeders die een dergelijk bedrag in ontvangst nemen zijn strafbaar. De bepaling is beperkt tot draagmoederschapstrajecten in Nederland.

Bij Nederlandse draagmoederschapstrajecten kunnen beide strafbepalingen in beeld komen als aan een draagmoeder een vergoeding is gegeven die meer bedraagt dan de op grond van artikel 1:215, derde lid BW bij amvb vastgestelde vergoeding en de vergoeding met het draagmoederschap samenhangt. Dit is immers strafbaar op grond van artikel 442b Sr. Als hierbij vast komt te staan dat het oogmerk van degene die de betaling heeft gedaan was gericht op het verwerven van het ouderschap over het kind is dit eveneens strafbaar op grond van artikel 151ca Sr. De hoogte van het extra bedrag dat aan de draagmoeder wordt betaald kan een indicatie zijn voor het oogmerk van de wensouders en daarmee voor de toepasselijkheid van deze bepalingen. Indien bijvoorbeeld honderd euro meer dan de toegestane vergoeding wordt gegeven aan een draagmoeder zal hiermee doorgaans niet worden beoogd het ouderschap over het kind te verwerven. Daarvoor zal dit bedrag in Nederland in de meeste gevallen te laag zijn. Dit is echter wel een betaling die de bij amvb vastgestelde vergoeding overschrijdt. In dit voorbeeld zijn de wensouders strafbaar op grond van artikel 442b Sr.

Het is aan het OM om te beslissen voor welke gedraging of gedragingen vervolging wordt ingesteld. Daarbij zal de kern en achtergrond van deze strafbepalingen een belangrijke rol kunnen spelen. Artikel 442b Sr dient er primair toe de naleving van de wettelijke vereisten voor een draagmoederschapstraject te verzekeren. Artikel 151ca Sr dient primair de bescherming van de fundamentele rechten van het kind. Gelet op het verschil in ratio van beide strafbepalingen is hier geen sprake van een specialis-generalis-verhouding. Het ligt dan ook in de rede dat het OM in de gevallen waarin wordt vastgesteld dat het oogmerk van degene die de betaling heeft gedaan was gericht op het verwerven van het ouderschap over een kind, gezien de ernst van het strafbare feit, in elk geval vervolging ter zake van artikel 151ca Sr in overweging zal nemen.

6.6. Versoepeling bemiddelingsverbod

Commerciële bemiddeling bij draagmoederschap is op dit moment verboden in Nederland. Dat verandert niet met het huidige 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 om zelf draagmoeder te worden of een draagmoeder te vinden is na inwerkingtreding van het wetsvoorstel niet langer verboden. Voor beroepsmatig niet-commerciële bemiddeling in Nederland kan ontheffing worden verleend aan een of meer door de Minister voor Rechtsbescherming aangewezen rechtsperso(n)nen. Deze werkzaamheden dienen te worden uitgevoerd zonder winstoogmerk. De regering hecht eraan op te merken dat het hierbij gaat om initiatieven die vanuit de samenleving worden ingezet. Hierbij is geen actieve rol weggelegd voor de overheid, anders dan het beoordelen of eventuele initiatieven voor ontheffing in aanmerking komen.

7. Overige onderdelen

7.1. 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/genetische bijdrage hebben geleverd aan de geboorte van het kind.⁶⁴ Het geven van voorlichting aan een kind over diens afstamming is belangrijk voor het geestelijk welzijn en de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het kind.⁶⁵ Hierin ligt in de eerste plaats een verantwoordelijkheid van de met gezag belaste ouder(s) of, indien het gezag elders is belegd, bij die andere gezagsdrager(s). Om deze verantwoordelijkheid te benadrukken, wordt in de wet de verplichting opgenomen voor

⁶⁴ 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).

⁶⁵ Zie ook HR 18 maart 2016, ECLI:HR:2016:452.

degene die het gezag over het kind uitoefent om zorg te dragen voor de afstammingsvoorlichting. Hiermee wordt onderstreept dat het in het belang van élk kind is om op te groeien met kennis van zijn afkomst. Degelijke kennis over de afkomst van een kind betreft in ieder geval informatie over de genetische ouders van het kind (waaronder mogelijke zaadcel- of eiceldonoren) en over de eventuele niet-genetisch verwante geboortemoeder. Het kan dan gaan om 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 deze niet van de juridische ouders zelf afkomstig is, en informatie over het bestaan van eventuele genetische (half-)broers of zussen. Daarnaast behoort ook informatie over de ontstaansgeschiedenis tot afstammingsinformatie, waarbij gedacht kan worden aan de gegevens over instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend tijdens het draagmoederschapstraject. De regering onderkent dat de mogelijkheden tot controle op deze informatieplicht beperkt zullen zijn. Het opnemen van deze plicht in de wet wordt wél wenselijk geacht, aangezien het een duidelijke aanwijzing geeft wat in onze samenleving van ouders of anderen die belast zijn met het gezag over een kind wordt verwacht.

7.2. Draagmoederschapsregister

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 – in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wd kb) - een regeling bij medische assistentie bij het gebruik van donorzaadcellen of –eicellen. Voor interlandelijke adoptie bestaat eveneens een regeling voor de opslag van informatie met betrekking tot de adoptie. Om die reden wordt ook een register ingericht voor kinderen die zijn geboren uit draagmoederschap. In dit register zullen naast gegevens over de biologische afstamming ook juridische documenten worden opgenomen, zoals bij draagmoederschapstrajecten in Nederland de beschikking van de rechter en de draagmoederschapsovereenkomst. Voor buitenlandse draagmoederschapstrajecten zijn dit de gegevens op basis waarvan de beslissing voor erkenning is genomen door de rechter of betrokken instantie, bijvoorbeeld de buitenlandse rechterlijke uitspraak.

Voor het draagmoederschapsregister worden de hoofdlijnen neergelegd in een nieuwe paragraaf 4 van Afdeling 7. Draagmoederschap in Titel 11 van Boek 1 BW. Daarbij is waar mogelijk aansluiting gezocht bij de Wd kb. In paragraaf 4 wordt bepaald welke gegevens in ieder geval worden opgenomen in het register. Daarnaast wordt een grondslag geboden voor de noodzakelijke verwerking van bijzondere persoonsgegevens van de betrokkenen. Het doel van het register wordt tevens bepaald: het kind toegang bieden tot informatie over diens biologische/genetische afstamming en ontstaansgeschiedenis. Dit doel impliceert ook dat persoonsidentificerende gegevens van de draagmoeder worden opgeslagen om de voorwaarden te scheppen waaronder – indien gewenst – het zoeken van contact tussen kind en draagmoeder mogelijk is. Daarnaast wordt vastgelegd dat het kind vanaf de leeftijd van 16 jaar en, voor zover het kind die leeftijd nog niet heeft bereikt, de wettelijke vertegenwoordiger, kosteloos toegang heeft tot de gegevens in het register.⁶⁶ De bewaartermijn voor de gegevens wordt gesteld op 100 jaar na de geboorte van het kind. Tevens wordt een verplichting neergelegd voor de houder van het register tot het bieden van op maat gesneden begeleiding bij de toegang tot het register. Het karakter van deze begeleiding zal verschillen al naar gelang de leeftijd en behoefte van het kind. Daarnaast zullen de gegevens in het register ook worden gebruikt voor statistische doeleinden zodat een beter beeld kan worden verkregen van de omvang van het gebruik van draagmoederschap in Nederland. Hiervoor is een afzonderlijke grondslag opgenomen. Ten slotte biedt de paragraaf een grondslag voor een verdere uitwerking van het register bij of krachtens amvb.

⁶⁶ In het onderzoeksrapport 'Zorgvuldigheid in de omgang met leeftijdsgrenzen in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting' wordt geadviseerd om de leeftijdsgrenzen in de Wd kb los te laten. De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zal vóór de zomer van 2023 een reactie op de uitkomsten van het onderzoeksrapport aan de Tweede Kamer aanbieden. In die reactie zullen ook de leeftijdsgrenzen van dit wetsvoorstel worden betrokken.

De overheid heeft uitsluitend een faciliterende rol door de opslag van gegevens mogelijk te maken. De houder van het register controleert niet of deze gegevens kloppen. In het wetsvoorstel wordt niet gekozen voor een verplichte DNA-test om de juistheid van de afstammingsinformatie voorafgaand aan opslag in het register te controleren. 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 worden straks stukken bewaard die zien op de afstamming en ontstaansgeschiedenis op een wijze die op termijn voor het kind toegankelijk is. In de begeleiding bij de dossierinzage zal het kind worden geïnformeerd over de mate van betrouwbaarheid van de gegevens. Daarbij is het voor ouders en kind altijd mogelijk om naderhand een DNA-test uit te voeren. Eventuele onzekerheid die daarnaast kan bestaan over de biologisch/genetische afstamming is vergelijkbaar met de onzekerheid die feitelijk voor iedereen bestaat. 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. Het belang van juiste afstammingsinformatie wordt benadrukt in de voorlichting die betrokkenen volgen.

7.3. 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 vermoedelijke datum van bevalling van de draagmoeder. 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 Wazo. Met de introductie van wensouderverlof wordt geregeld dat wensouders in de periode rond de geboorte 6 weken betaald verlof kunnen genieten.

Het geboorteverlof en aanvullend geboorteverlof hebben als doelstellingen het bevorderen van de band tussen de partner en het kind en het faciliteren van een balans tussen werk en privé. Tevens maakt het (aanvullend) geboorteverlof een meer evenwichtige verdeling van zorgtaken tussen partners mogelijk. 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 te komen tot een verdeling van (werk en) zorgtaken. De partner van de draagmoeder zal daarom geen (aanvullend) geboorteverlof kunnen genieten.

Verder 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 heeft, het recht op verlof om bij de geboorte van hun kind aanwezig te zijn.

7.4. Blijvende risico's en mogelijke neveneffecten regeling

Hoewel met het wetsvoorstel wordt getracht misstanden zoveel mogelijk te voorkomen, kan geen enkele regeling misstanden helemaal voorkomen. Zo kunnen er alsnog onderhands betalingen plaatsvinden, kunnen vrouwen zich onder druk gezet voelen deel te nemen aan een draagmoederschapstraject en kan er – net als bij kinderen die op andere wijze worden geboren – geen absolute zekerheid worden gegeven wat betreft de betrouwbaarheid van de geregistreerde afstammingsgegevens. Hoewel met het wetsvoorstel niet wordt beoogd draagmoederschap te laten toenemen, kan de regeling er (onbedoeld) wel voor zorgen dat meer mensen kiezen voor draagmoederschap. Er zal maatschappelijke aandacht zijn voor het wetsvoorstel en dit kan mensen die eerder niet dachten aan draagmoederschap op ideeën brengen. In de voorlichting rond

draagmoederschap zullen mensen bewust worden gemaakt van de zwaarte van het aangaan van een dergelijk traject zodat zoveel mogelijk voorkomen wordt dat mensen er lichtvoetig voor kiezen. Bij de voorkoming van misstanden wordt een beroep gedaan op (wens)ouders. Zij maken keuzes in het vervullen van een kinderwens. Van hen wordt gevraagd hierbij ethisch te handelen in het belang van het (toekomstige) kind en het welzijn van de draagmoeder.

Naast deze regeling zet de Nederlandse overheid zich ook op internationaal vlak in om misstanden rond draagmoederschap zo veel mogelijk te voorkomen. Nederland is betrokken bij internationale ontwikkelingen op het gebied van draagmoederschap en volgt deze nauw. Zoals vermeld onderzoekt de HcCH de haalbaarheid van een mogelijk protocol voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap. Hoewel het in de praktijk lastig blijkt om op internationaal niveau te komen tot een instrument op het gebied van draagmoederschap, omdat landen uiteenlopende standpunten hebben op dit terrein, kunnen deze ontwikkelingen in de toekomst mogelijk een bijdrage leveren aan het verder voorkomen of beperken van misstanden op dit terrein. Verder maakt Nederland deel uit van de European Multidisciplinary Platform Against Criminal Threats (EMPACT) waarin door de EU lidstaten tussen politie- en justitiediensten, EU agentschappen en andere partners operationeel wordt samengewerkt in de aanpak van de georganiseerde misdaad. Nederland is de Driver van EMPACT THB (Trafficking in Human Beings). EMPACT THB heeft het onderwerp illegaal commercieel draagmoederschap en 'verkopen van baby's' opgenomen in het Operational Action Plan (OAP) van 2023. Bulgarije is leider van dit programma en Nederland is een van de deelnemers. Het programma richt zich op het identificeren en verstoren van criminele samenwerkingsverbanden die binnen de EU op dit gebied actief zijn.

7.5. Overgangsrecht

Er wordt geen bijzondere regeling van overgangsrecht getroffen in de voorgestelde 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 amvb, zijn ook de 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 deze bepalingen ligt overgangsrecht op dit punt niet in de rede.

Indien voor inwerkingtreding van de (nieuwe) strafbaarstelling afspraken zijn gemaakt tussen draagmoeders en wensouders, en is afgesproken dat de draagmoeder een kind zal dragen voor de wensouders en welke voorwaarden hieraan zijn verbonden, kan na inwerkingtreding van die strafbaarstelling geen vervolging worden ingesteld voor het uitvoeren van de gemaakte afspraken. Voor internationale gevallen geldt eveneens het uitgangspunt van onmiddellijke werking. De erkenning van rechtswege na draagmoederschap op grond van artikel 10:101a, derde lid, onder a, BW is steeds mogelijk voor de bij wet bepaalde gevallen, ongeacht het moment van de totstandkoming van het ouderschap. De Staatscommissie voor het 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.

7.6. Evaluatie

Gelet op ervaringen uit het verleden, bijvoorbeeld op het terrein van adoptie en het gebruik van zaadcel- en eiceldonoren, acht de regering het van belang dat de regeling wordt geëvalueerd. Doel van de evaluatie is te bezien of de regeling de problemen in de praktijk van kinderen, draagmoeders en (wens)ouders helpt op te lossen, als ook het aantal trajecten dat wordt doorlopen. Hiervoor zal na vijf jaar een evaluatie plaatsvinden. Ook is onderzoek naar de gevolgen voor de sociaalpsychologische ontwikkeling van de kinderen belangrijk. Bij de evaluatie zal de dan actuele wetenschappelijke kennis over de gevolgen voor het welzijn van kinderen in kaart worden gebracht.

Het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) bereidt nu een zogenoemde nulmeting (hoe vaak komt draagmoederschap voor en wat zijn de karakteristieken/kenmerken) voor. Zo kunnen te zijner tijd in kaart worden gebracht wat de effecten van de introductie van de regeling zullen zijn.

8. 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 de strafbaarstelling van betaling voor de overdracht van ouderschap en de verlofregeling zijn geconsulteerd van 19 juni t/m 19 juli 2020. De reacties worden hieronder ook in dezelfde volgorde behandeld.

8.1. 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 IPR en de Raad voor de rechtspraak (Rvdr). 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 Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) heeft geen advies uitgebracht, maar op een later moment de wens geuit voor de financiële consequenties een impact-analyse uit te voeren (zie voor deze impactanalyse paragraaf 11.3). 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. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft geadviseerd te voorzien in een nadere uitwerking van het wetsvoorstel voor zover dat ziet op het draagmoederschapsregister. In die nadere uitwerking is voorzien en deze uitwerking is vervolgens aan de AP voor advies voorgelegd. De AP is in zijn advies ingegaan op het opnemen in het register van gegevens van kinderen geboren voor de inwerkingtreding van de wet, de opname in het register van (bijzondere) persoonsgegevens van de partner van de draagmoeder, de verwerking van persoonsgegevens in het register voor statistische doeleinden en de bewaartermijn. Ook dat advies is verwerkt in de tekst van het wetsvoorstel en de toelichting (verwezen wordt in het bijzonder naar de toelichting op de nieuwe paragraaf 4 van Afdeling 7. Draagmoederschap in Titel 11 van Boek 1 BW). Verder is door verschillende respondenten ingegaan op de vormgeving van het draagmoederschapsregister en de regeling voor toelaatbare vergoedingen bij draagmoederschap. Deze aspecten zullen worden geregeld in een amvb, 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 draagmoederschapsregister, is een voorwaarde voor de inwerkingtreding van deze wet.

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 paragraaf 4. 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 wijst de regering erop 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. Draagmoederschap komt nog relatief weinig voor. Het beschikbare onderzoek is dan ook kleinschalig. Uit onderzoek uit het Verenigd Koninkrijk blijkt dat kinderen ontstaan uit draagmoederschap over het algemeen een goed psychosociaal aanpassingsvermogen ontwikkelen.⁶⁷ Benadrukt dient te worden dat draagmoederschap nu reeds voorkomt en dat het

⁶⁷ Golombok e.a., 'Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment', *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2013, 54, p. 653-660, Golombok e.a., 'Love and Truth: What Really Matters for Children Born Through Third-Party Assisted Reproduction', *Child Development Perspectives* 2021, vol. 15, nr. 2, , p. 103-109 en Golombok e.a., 'A longitudinal Study of Families Formed Through Third-Party Assisted Reproduction: Mother-Child Relationships and Child Adjustment From Infancy to Adulthood', in: *Developmental Psychology* 2023, vol. 59, nr. 6, p. 1059-1073.

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.⁶⁸

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. Door sommige respondenten is gevraagd naar de zelfstandige toegang van het kind tot afstammingsinformatie 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 amvb, 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 van wie 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 zijn 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 principiële 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 echter bij de aangifte van geboorte 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, tweede lid, 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 de gegevens betreffende donoren van genetisch materiaal, rechterlijke uitspraken en eventuele resultaten van genetische tests. In de geboorteakte is, naast de vermelding van de juridische ouders, 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 jonge 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

⁶⁸ 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.

controleren. Bij de voorbereiding van de regeling is een dergelijke verplichting overwogen, maar hiervan is afgezien. Voor de onderbouwing hiervan wordt verwezen naar paragraaf 7.2. hiervoor. 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 anoniem gedoneerde 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 in een Nederlandse kliniek 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.⁶⁹ Hiermee wordt feitelijk ontmoedigd om in het buitenland gebruik te maken van anonieme geslachtscellen. De voorgestelde regeling zet in aanvulling daarop substantiële stappen ter versterking van het recht van het kind op die informatie. Hoewel deze informatie zonder meer van groot belang kan zijn 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 toekenning 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 lagere regelgeving op grond van artikel 1:215, tweede lid, BW 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 regelgeving.⁷⁰ Vanuit de Stichting Wensouders en de 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 of nietigverklaring 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 erkenning van rechtswege na draagmoederschap 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

⁶⁹ 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.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2019-2020, 33836, nr. 54.

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 1:220 BW (herroeping gerechtelijke toekenning ouderschap na draagmoederschap) of, na de meerderjarigheid van het kind, op grond van artikel 1:222 BW. 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 boven andere juridische procedures in het familierecht.

Door de 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 voor de rechter de mogelijkheid komen te ontbreken om ook indien aan alle voorwaarden is voldaan, in het belang van het kind de toekenning van het ouderschap na draagmoederschap toch 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 kindbescherming en desnoods het verzochte ouderschap af te wijzen. Dit vormt een belangrijke waarborg dat de rechterlijke beslissing niet strijdig is met het belang van het toekomstige kind.

Onder andere Fiom betreurt 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 draagmoederschapsregister.

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 kindbescherming plaatsvindt. Andere reacties, waaronder die van de NVvB, wijzen er juist op dat de vereiste VOG 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 kindbescherming 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 kindbescherming. 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 genetische verwantschap met ten minste één van de wensouders enkel kan worden afgeweken indien die 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 met deze organisaties eens dat draagmoederschap door een zeer jonge draagmoeder zonder voltooid gezin onwenselijk is. 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 en deze kan ook een rol spelen bij de beslissing van de rechter om zijn fiat te geven aan het traject. Om het uitgangspunt van een zekere mate van rijpheid van de draagmoeder beter tot uitdrukking te brengen is de tekst van de toelichting evenwel aangescherpt. 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 wensouder(s) en draagmoeder afspraken maken over bijvoorbeeld niet roken, geen alcohol en het zich door professionals laten begeleiden gedurende de zwangerschap. Afhankelijk van de afspraken kunnen daaraan ook gevolgen worden verbonden. De rechter zal bij de toekenning 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 1:214, derde lid, 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 1:221, tweede 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. Allereerst is de term 'eenvoudige erkenning' in het wetsvoorstel gewijzigd in basisvoorwaarden voor erkenning van rechtswege na buitenlands draagmoederschap. Eenvoudig dekt niet de lading nu er juist voorwaarden worden gesteld om ouders te stimuleren te kiezen voor 'goede' landen en in geen geval is bedoeld het draagmoederschap in het buitenland voor wensouders gemakkelijker te maken.

Wat betreft betaald draagmoederschap 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 op de een of andere manier juridisch vormgeven van de afstammingsrelatie. Dat neemt niet weg dat wensouders zich kwalijk, zelfs strafwaardig, gedragen indien zij betalen voor de overdracht 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. Enerzijds wordt het ouderschap na draagmoederschap in Nederland beter geregeld en wordt beter mogelijk gemaakt dat een draagmoederschapstraject in Nederland vorm kan krijgen. Waar desondanks wordt gekozen voor een buitenlands traject, wordt de keuze voor een regeling in een land dat eveneens goede waarborgen biedt voor kind, draagmoeder en wensouders gestimuleerd door duidelijke basisvoorwaarden te stellen voor de acceptatie in Nederland van de buitenlandse geboorteakte van het aldaar uit een draagmoeder geboren kind. Voor de duidelijkheid: een land als de Oekraïne, waar draagmoederschap mogelijk is zonder rechterlijke tussenkomst, voldoet niet aan die voorwaarden. Anderzijds 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 en nationaliteitsrechtelijke aspecten van draagmoederschap. Uitgangspunt van de draagmoederschapsregeling is dat deze in beginsel geen gevolgen heeft voor de regeling in de Rijkswet op het Nederlanderschap. 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 1:215, eerste lid, sub i, BW 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 die de nationaliteit hebben van landen waar draagmoederschap niet wordt geaccepteerd, dat deze regeling niet voor hen open zal staan. Tevens is denkbaar dat het 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 Nederlanderschap 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.⁷¹ 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, eerste lid, onder j, 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 de wensouders. Dit zou onder meer kunnen leiden tot een erkenning van in Nederland ontstaan ouderschap na draagmoederschap in het buitenland. Tevens zou dit een aantal kwesties oplossen rond de rechtsmacht bij vervolgpcedures. Aan dit advies van de Staatscommissie IPR is gehoor gegeven. Het voorstel is daartoe aangevuld met een specifieke rechtsmachtregeling in een nieuw artikel 3a van 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 is 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 erkenning op grond van het derde lid.

Door sommige respondenten is gevraagd waarom niet is gekozen voor een systeem vergelijkbaar met interlandelijke 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, behoudens in hoge uitzonderingsgevallen, een genetische band met tenminste één van de wensouders. Een stelsel van toestemming vooraf zou daarmee –ook gelet op de jurisprudentie van het EHRM– 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 tot 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

⁷¹ 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, 33836, nr. 42, bijlage.

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 geboorteaakte 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.⁷² Een afzonderlijke procedure tot vaststelling van geboortegegevens is niet nodig, mits voldaan wordt aan de voorwaarden voor de erkenning zoals opgenomen in artikel 10:101a, derde lid, 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, eerste lid, onder a, sub iv, BW). Naar aanleiding hiervan wordt benadrukt dat een eis van wettelijke mogelijkheid verder gaat dan beoogd is 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 te overleggen, 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 1:220 en 1:221 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 toekenning van 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 draagmoederschapstraject 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 benadrukt dat de keuze voor het voldragen of beëindigen van de zwangerschap altijd aan de draagmoeder is. De toelichting stelt hierover bij artikel 1:216 BW reeds dat afspraken over omstandigheden waaronder 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 de 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 1:220, tweede lid, BW) wel en bij een zelfde verzoek van een wensouder (artikel 1:220, derde lid, BW) geen beoordeling plaatsvindt in het belang van het

⁷² Rechtbank Amsterdam 12 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1628, *RFR* 2020/102.

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 is ontstaan of bij vernietiging van een erkenning op verzoek van een ouder, 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 de vraag gesteld of het vereiste dat in de draagmoederschapsovereenkomst afspraken zijn opgenomen over de beschikbaarheid van juridisch advies voor de draagmoeder 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 drie maanden 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 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. De werking van de beschikking tot de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap is beperkt tot drie jaar nadat deze beschikking in kracht van gewijsde is gegaan. Wordt na die periode van drie jaar een kind geboren dan 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 van 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. De regering is – in overeenstemming met de Raad – 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, conform de aankondiging in de kabinetsbrief. Daarmee ontstaat ook voor het kind na draagmoederschap op termijn een mogelijkheid tot aanpassing van de afstammingsrelatie die het heeft met een niet-genetische ouder. 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 een band met de oorspronkelijke ouders, aangezien er binnen de draagmoederschapregeling geen oorspronkelijke ouders bestaan: de wensouders staan vanaf de geboorte als juridische ouders op de geboorteakte. Een meerderjarig 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 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 1:220 BW (verzoek tot herroeping van de gerechtelijke toekenning van 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 of als het reeds is geboren. 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, eerste lid, 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. Het WODC is in november 2022 begonnen met de voorbereidingen van de uitvoering van een zogenoemde nulmeting (hoe vaak komt draagmoederschap voor en wat zijn de karakteristieken/kenmerken). De suggestie over de instelling van een centraal registratiepunt draagmoederschap 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 hoe vaak draagmoederschap voor komt, zonder dat daarmee overigens een totaaloverzicht/exacte aantallen van het voorkomen van draagmoederschap in Nederland kan worden gekregen. 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 het noodzakelijk vast te kunnen stellen 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 wel 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 toestemming 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, eerste lid, 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 VOG 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 werklust van de rechtspraak en de RvdK. Deze gevolgen zijn opgenomen onder paragraaf 11.2.

8.2. Consultatie strafbaarstelling en wensouderverlof

Op 19 juni 2020 is een strafbaarstelling en de verlofregeling in dit wetsvoorstel 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, de 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 de geconsulteerde strafbaarstelling. 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. 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 dit onderdeel van het wetsvoorstel. Door onder meer de NOvA, de Stichting DuRF en enkele particulieren wordt de onderbouwing van nut en noodzaak van de geconsulteerde strafbaarstelling als onvoldoende ervaren.

De regering 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 een 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. De 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 te herformuleren naar een duidelijke delictsomschrijving 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 151ca Sr betreft een algemene strafbaarstelling van het betalen

voor de overdracht van het ouderschap van een kind. In artikel 151ca 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 voor 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 6.3. 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 1:215, derde lid, BW bij amvb vastgestelde vergoeding. Het gaat hierbij om draagmoederschapstrajecten in Nederland. Daarvoor geldt dat de maximale vergoedingen die aan een draagmoeder mogen worden uitgekeerd bij amvb worden vastgesteld. Een mogelijkheid tot strafrechtelijk optreden indien hogere vergoedingen worden betaald is noodzakelijk als stok achter de deur. In paragraaf 6.4. 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 op het moment van consultatie van de strafbaarstelling nog niet was, 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 in die situatie een strafbare gedraging wordt begaan. De RSJ vraagt waarvoor wensouders precies betalen en of het verschil maakt 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 de regering 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. 151ca Sr). Uiteraard mag er geen sprake zijn van het kopen van een kind. 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. De vergoedingen die aan een draagmoeder in Nederland mogen worden betaald worden bij amvb vastgesteld, het betalen van meer dan de vastgestelde vergoedingen is niet toegestaan (art. 442b Sr). Een ieder zal gedurende de internetconsultatie van de amvb in de gelegenheid worden gesteld te reageren op de voorgestelde bepalingen. Daarnaast zal bij het indienen van onderhavig wetsvoorstel bij de Tweede Kamer tevens een voorontwerp van de hiervoor genoemde amvb aan de Tweede Kamer worden aangeboden. Ten slotte is voorzien in voorhang voor deze amvb, waardoor parlementaire betrokkenheid is gewaarborgd. De door de RSJ opgeworpen vraag waar precies voor wordt betaald 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 afkomstig 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 (ook) uit zou moeten gaan naar de tussenpersoon. Een belangrijk signaal dat uit de consultatiereacties naar voren komt is dat er op dit moment onvoldoende mogelijkheden zijn om op treden tegen tussenpersonen. Zij kunnen behulpzaam zijn bij het plegen van de 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 een sterk bevorderende en vergemakkelijkende rol kunnen 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 151ca 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 in artikel 236 Sr wordt gemaakt wezenlijk anders is, namelijk het onzeker maken van iemands afstamming, terwijl het in artikel 151ca 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 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. De regering 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. Dat zou er ook toe leiden dat bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast, waardoor deze zaken volgens het OM beter kunnen worden opgespoord en vervolgd. De NP adviseert eveneens om de strafmaat aan te passen met hetzelfde argument van de bijzondere opsporingsbevoegdheden die dan kunnen worden toegepast. 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 151ca Sr is verhoogd naar een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of een 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 mate acht geslagen op hetgeen in bovengenoemde consultatiereacties is aangegeven. Naar aanleiding van de door het OM en de NP geuite noodzaak om bijzondere opsporingsbevoegdheden toe te kunnen passen om de strafbaar gestelde gedraging op te kunnen sporen en vervolgen, wordt daarnaast voorgesteld het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind aan te merken als een feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. 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 hechtenis van ten hoogste zes maanden of 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 151ca 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 kunnen worden aangesproken. Bovendien kan, naast dat hechtenis of 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 dan in de consultatieversie het geval was. Bespreking van die onderdelen van de adviezen is daarom achterwege gelaten. In de artikelsgewijze toelichting komen de in het voorstel opgenomen onderdelen van de strafbepalingen nog expliciet 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 NOVA wijst er daarbij op dat de betrokkenen in geval van een veroordeling achterblijven met een strafblad waardoor een 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. Aan de andere kant is er – meer in abstracto - het algemene belang van het kind, dat strafrechtelijke bescherming verdient. Het voorgaande afwegende acht de regering 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 deze wensouders, tussenpersonen en draagmoeders extra zullen stimuleren om bij het vervullen van kinderwensen binnen de grenzen van het toelaatbare zullen opereren.

c. Vergoedingen aan de draagmoeder

Verschiedende 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 fungeren als 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 op 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 4 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 de regering regulering van de vergoedingen aan de draagmoeder in Nederland van belang. Bij amvb zullen kostenposten worden 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 amvb gemaximeerd. 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 gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap blijkt.

Aan betalingen aan een draagmoeder in het buitenland kunnen niet dezelfde eisen worden 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 de Stichting DuRF, COC Nederland en de 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 die in het buitenland worden gedaan als in Nederland. De harde eis dat er nooit betaling mag worden afgesproken en 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 op andere wijze ontmoedigd dat wensouders kiezen voor een niet zorgvuldig traject. Met name door voorwaarden te stellen voor erkenning van rechtswege van de geboorteakte na draagmoederschap

in het buitenland, wordt beoogd wensouders te stimuleren te kiezen voor landen waarin het traject 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 draagmoeder. 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 draagmoeders 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 de regering dan ook niet. In het geval wensouders toch kiezen voor draagmoederschap in het buitenland wordt met het stellen van basisvoorwaarden voor de erkenning van in het buitenland ontstaan ouderschap van wensouders getracht wensouders te stimuleren richting landen die voldoen aan bepaalde basisvoorwaarden. Op de website van de Rijksoverheid worden wensouders geïnformeerd over onwenselijke situaties die naar het buitenland uitwijken voor draagmoederschap kunnen opleveren.⁷³ Ook in de vereiste voorlichting zal hieraan aandacht worden besteed. Wensouders zijn verantwoordelijk om bij buitenlands 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 de regering 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 7.6. 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. De Stichting Durf acht de voorgestelde ongeclausuleerde extraterritoriale werking op basis van het actief personaliteitsbeginsel juist veel te ver gaan. Daarbij wordt erop gewezen dat het ook personen betreft die na het plegen van het feit Nederlander worden. De NOvA merkt op dat toepassing van het onbeperkt 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 151ca Sr zouden overtreden.

De extraterritoriale werking die aan artikel 151ca Sr wordt gegeven draagt bij aan het effect van deze maatregel. De wijziging van artikel 7 Sr is aangepast: artikel 151ca wordt opgenomen in het tweede lid, onderdeel a, in plaats van het tweede lid, onderdeel e. Gevolg hiervan is dat het niet langer vreemdelingen betreft die na het plegen van het feit Nederlander worden. Deze wijziging heeft geen gevolgen 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 151ca Sr strafbaar gestelde gedraging. Dit is ook wenselijk, nu het kind Nederlander kan worden als het

⁷³ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/draagmoeder/draagmoederschap-buitenland>.

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.⁷⁴ 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 151ca Sr strafbaar gestelde gedraging – het betalen voor de overdracht van het ouderschap van een kind – is een ernstig misdrijf en 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 6.1. 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 versie van de strafbaarstellingen in het wetsvoorstel zoals ter consultatie werd voorgelegd en die in dit ingediende wetsvoorstel niet langer voorkomen. Hier wordt enkel ingegaan op de opmerkingen die ook voor de aangepaste strafbaarstellingen in de huidige versie van het wetsvoorstel van belang zijn.

De NVvR noemt dat het OM met aanzienlijke bewijsproblemen kan worden geconfronteerd, onder meer omdat alle betrokkenen 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 151ca 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

⁷⁴ 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.

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. Zoals is toegelicht onder a wordt aan de opmerking van de NP tegemoetgekomen door het betalen voor de overdracht van het ouderschap over een kind aan te merken als een feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Hierdoor kunnen in het belang van het onderzoek bijzondere opsporingsbevoegdheden worden toegepast. De regering 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 de regering, gelet op het belang van het te beschermen rechtsgoed, echter zeker niet redengevend zijn om de voorgestelde normstelling achterwege te laten.

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 destijds problemen voorzag met betrekking tot de handhaving en bewijsvoering.⁷⁵ 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 151 ca 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 erop 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. De regering acht normstelling echter ook in die gevallen van belang en wil een signaal afgeven dat laakbaar gedrag ten zeerste wordt afgekeurd. De regering acht het van belang om dit zo duidelijk mogelijk te maken aan partijen die aan een draagmoederschapstraject willen beginnen. Dat neemt niet weg dat de mogelijkheden om enkel met het Nederlandse strafrecht criminaliteit in het buitenland te bestrijden, ook door de regering niet worden 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 6.2.).

In reactie op de vraag van de Stichting DuRF over overgangsrecht wordt opgemerkt dat paragraaf 7.5. is aangevuld. Voor de strafbepaling wordt niet voorzien in overgangsrecht. Vanaf het moment van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel en de amvb op grond van artikel 1:215, derde lid, 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.

⁷⁵ Kamerstukken II 1990/91, 21968, nr. 3, p. 2-3.

Door een aantal respondenten is de wens geuit voor zeer ruime voorlichting van overheidswege. In paragraaf 6.3. 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 basisvoorwaarden voor de erkenning in Nederland van het in het buitenland ontstaan ouderschap van wensouders. Het doel van de strafbaarstelling is dan ook niet om internationaal draagmoederschap te bestrijden, maar bestraffing mogelijk te maken indien dat op niet verantwoorde wijze wordt gedaan.

g. Wensouderverlof

Het UWV heeft in 2020 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 wensouders. Ook is ervoor gepleit voor een uitgebreid verlof voor de alleenstaande wensouder. Daarvan is eveneens afgezien. Nu voor een alleenstaande geboortemoeder evenmin een dergelijke uitbreiding geldt, is er geen aanleiding om wel een uitbreiding toe te kennen aan de alleenstaande wensouder. Begin 2023 heeft UWV de eerdere uitvoeringstoets herijkt en het wensouderverlof wederom uitvoerbaar bevonden. In de herijkte uitvoeringstoets benadrukt UWV het belang van de vereenvoudiging van het gehele verlofstel en de samenhang van deze vereenvoudiging met de invoering van het wensouderverlof.

9. Uitvoerings- en handhavingsaspecten

Dit wetsvoorstel brengt als belangrijkste aanpassing van de huidige rechtspraak mee 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 het verslag van de verplicht door ouders te volgen voorlichting en counseling. Heeft de rechter hieraan behoefte ten behoeve van de beslissing, dan kan hij een beroep doen op de raad voor de kindbescherming voor nader onderzoek. Voor wensouders en draagmoeders die geen gebruik maken van de regeling waarmee zij het ouderschap van de wensouders direct vanaf de geboorte van het kind tot stand kunnen laten komen, blijft het thans bestaande kader op zich van toepassing. Wel zal bijvoorbeeld voor de toewijzing van een adoptieverzoek onder meer de extra voorwaarde gelden dat voorlichting en counseling gevolgd moet zijn. Hiermee wordt voorkomen dat het aantrekkelijker zou lijken om geen gebruik te maken van de draagmoederschapregeling. Voor internationaal draagmoederschap geldt dat de regeling leidt tot meer duidelijkheid over de erkenning van het daaruit in het buitenland ontstane ouderschap. Gelet op het ontbreken van een internationale regeling en de veelvormigheid van draagmoederschapregelingen in het buitenland is het onmogelijk om een sluitende regeling te bieden voor de erkenning van in het buitenland ontstaan ouderschap na draagmoederschap. De voorgestelde 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 van het ouderschap door bijvoorbeeld

een ambtenaar van burgerlijke stand of consulaire post in geval van twijfel over de gevolgde procedure dan wel de overeenstemming met de Nederlandse openbare orde.

10. Verwerken persoonsgegevens

Voor het verwerken van persoonsgegevens is in lijn met artikel 10 van de Grondwet een wettelijke grondslag vereist. Daarbij moet voor wat betreft de feitelijke uitwerking ook rekenschap worden gegeven van de door artikel 8 EVRM beschermde rechten. Dit voorstel biedt die grondslag en hoofdlijnen voor het draagmoederschapsregister. Dit register zal gegevens bevatten over de (biologische/genetische) afstamming en ontstaansgeschiedenis van kinderen die uit draagmoederschap worden geboren. Het register wordt opgericht ten behoeve van het kind; namelijk om inzicht te bieden in diens biologische afkomst. Om die reden is het register niet openbaar toegankelijk, maar kan slechts worden geraadpleegd door het kind of -als dat nog niet de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt- de wettelijk vertegenwoordiger van het kind. Bij amvb zal nader worden uitgewerkt welke andere gegevens dan de beschikking(en) van de rechtbank en de draagmoederschapsovereenkomst kunnen worden opgenomen in het draagmoederschapsregister. Tevens zal de amvb zien op nadere concretisering van de wijze van aantekening, de specifieke maatregelen ter bescherming van deze gegevens, de wijze van bewaring, de verstrekking van opgenomen gegevens en het gebruik van gegevens voor statistische doeleinden.

De wet geeft daarbij op meerdere plaatsen een verplichting tot opname van gegevens in dit register: artikel 1:217, tweede lid, 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, vierde lid, BW bevat een vergelijkbare regeling voor ouderschap van wensouders 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.⁷⁶ De griffier, de ambtenaar burgerlijke stand en het draagmoederschapsregister verwerken persoonsgegevens als bedoeld in artikel 4 van de AVG. Het gaat in ieder geval om persoonsgegevens betreffende het kind, de draagmoeder en de wensouders. Verwerking van persoonsgegevens is rechtmatig mits zij op een van de in artikel 6, eerste lid, AVG genoemde 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 de beschikbaarheid van afstammingsinformatie voor het kind. Het voorstel biedt met artikel 1:223 BW en verder tevens een wettelijke grondslag voor de verwerking. Het draagmoederschapsregister is een proportioneel middel om ervoor te kunnen zorgen dat ook op termijn afstammingsinformatie beschikbaar is voor het kind. Met het enkel toegankelijk maken van het register voor het kind zelf of -als dat nog niet de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt- de wettelijk vertegenwoordiger wordt ook voldaan aan de eisen van proportionaliteit. Er zijn geen andere, minder ingrijpende middelen om te waarborgen dat de in het register opgeslagen informatie op termijn ook beschikbaar is voor het kind. Daarmee is tevens voldaan aan de eis van subsidiariteit. Daarmee voldoet de verwerking aan artikel 6, eerste lid, onderdeel c, en derde lid, AVG voor zover het gaat om de verzending naar en bewaring van de beschikking en de draagmoederovereenkomst en eventueel andere gegevens voorgeschreven in de wet (zie artikel 1:20e, eerste lid, BW en de nieuwe artikelen 1:217 en 10:101a, vierde lid, BW), en artikel 6, eerste lid, onderdeel a, van de AVG voor zover het gaat om andere persoonsgegevens die worden opgenomen in het register zonder dat daarvoor een wettelijke verplichting geldt. Artikel 1:223, vierde lid, BW biedt daarbij tevens een grondslag voor de opslag van bijzondere persoonsgegevens. Bij de opslag van gegevens omtrent draagmoederschap kan het gaan om gegevens over gezondheid, de uitslag van het onderzoek waarmee aan de hand van DNA de biologische verwantschap is vastgesteld tussen kind en wensouder(s)) en indirecte gegevens over de seksuele gerichtheid van betrokkenen (uit bijvoorbeeld de gegevens over geslacht en partnerrelatie van de wensouders, is informatie over de

⁷⁶ Zie voor een beschrijving van de systematiek van de AVG Kamerstukken II 2017/2018, 34 851, nr. 3, p. 52 e.v.

seksuele gerichtheid van deze personen af te leiden). Het waarborgen van de beschikbaarheid van afstammingsinformatie voor het kind is in dit verband het zwaarwegend algemeen belang op grond waarvan deze verwerking noodzakelijk is.⁷⁷ In de op artikel 1:225 BW berustende amvb zal de verwerkingsverantwoordelijke worden aangeduid. Ook zullen de relevante uitgangspunten van de AVG hierin verder hun beslag krijgen, zoals een specificatie en daarmee beperking van de opslag tot die persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor de 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, eerste lid, 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, derde lid, BW; het belang van het kind en de vrije instemming van alle betrokkenen. Eventueel uit de counseling voortvloeiende contra-indicaties zullen deel uitmaken van het verslag. De manier waarop het verslag wordt ingericht zal worden vastgesteld bij of krachtens amvb, op grond van het tweede lid van artikel 1:215 BW. 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 en ook het eventuele alternatief van een adoptieverzoek kan worden afgewezen.

Ten slotte dient de rechter, bij het ontbreken van een VOG van betrokkenen of indien een van de wensouders zijn gewone verblijfplaats buiten Nederland heeft, hieromtrent advies in te winnen bij de adoptie. 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. Daarbij worden verwerkt onder andere de NAW-gegevens, 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 draagmoeder en wensouders. Met het onderzoek voert de raad zijn wettelijke taak uit. Voor het verwerken van strafrechtelijke gegevens is er een grondslag in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (artikel 42, vierde lid, onder c) en het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens (artikel 17), jo. 33, eerste lid, onder a, UAVG. 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 draagmoederschapsregister en bij de verslaglegging rond de counseling gaan om de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, namelijk gezondheidsgegevens met betrekking tot de Ivf-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, tweede lid, 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 de rechter 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, tweede lid, 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.

⁷⁷ Artikel 9, tweede lid, onder g, AVG

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 wensouders, draagmoeders en eventuele levensgezellen van de wensouder die het traject alleen aangaat die zich willen laten informeren over een draagmoederschapstraject de duizend per jaar niet zal overstijgen en dat bij benadering 100 tot 150 keer per jaar een draagmoederschapstraject in gang zal worden gezet. Exacte en betrouwbare cijfers van hoe vaak draagmoederschap thans voorkomt ontbreken en draagmoederschap als verschijnsel is in ontwikkeling. Het is evenmin bekend hoe vaak thans sprake is van situaties van kinderkoop. De adviesorganisaties⁷⁸ hebben hun inschattingen gebaseerd op voormelde aantallen. Het WODC is overigens gevraagd om een zogenoemde nulmeting uit te (laten) voeren; een onderzoek naar hoe vaak draagmoederschap voor komt en wat de karakteristieken en kenmerken zijn. Dit mede ook met het oog op de te zijner tijd uit te voeren evaluatie naar de effecten van de wet.

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 laten gaan naar 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 de gerechtelijke 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 bij het verzoek aan de rechtbank een VOG over te leggen. Voorts dienen wensouders en draagmoeder de procedure bij de rechtbank 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 basisvoorwaarden voor erkenning van rechtswege 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(s) zoals dat thans het geval is. Bovendien is de regeldruk verantwoord vanwege het belang kind en dat van de draagmoeder. De kosten voor de voorlichting, counseling en het voldoen aan de andere voorwaarden voor de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap, alsmede de proceskosten bij de rechtbank komen voor rekening van de wensouders.

De in het wetsvoorstel opgenomen wettelijke plicht voor degenen die met het gezag over het kind zijn belast om kinderen afstammingsvoorlichting te geven treft in beginsel alle gezagsdragers, maar zal feitelijk 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.

⁷⁸ De volgende organisaties hebben laten weten welke werklastgevolgen en/of financiële gevolgen worden verwacht: de Raad voor de rechtspraak, raad voor rechtsbijstand, Politie, raad voor de kindbescherming en de Uitvoeringsorganisatie Werknemersverzekeringen. Hierbij is van belang te vermelden dat deze organisaties de financiële en/of werklastgevolgen 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 werklastgevolgen naar aanleiding van de nieuwe strafbaarstelling(en) (substantieel) anders zullen zijn. Het OM en de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken benoemen geen werklastgevolgen en/of financiële gevolgen. Ook het Adviescollege Toetsing Regeldruk heeft advies uitgebracht.

Het wetsvoorstel heeft geen substantiële gevolgen voor de Rvdr. De Rvdr noemt dat de invoering van een nieuw strafbaar feit zou kunnen leiden tot extra zaken en daarmee tot extra werklast voor de rechtspraak. Om hoeveel zaken het gaat, kan de Rvdr niet inschatten. De regering verwacht dat de mogelijk extra werklast beperkt zal zijn, aangezien bij draagmoederschap onder het huidige stelsel de rechter doorgaans ook al is zijn betrokken. De raad voor rechtsbijstand voorziet op basis van de informatie van de Rvdr geen substantiële werklastgevolgen van het wetsvoorstel.

De raad voor de kindbescherming verwacht dat het wetsvoorstel aanzienlijke kosten met zich brengt indien zij in alle genoemde 150 zaken een onderzoek uitvoeren. De raad hoeft echter alleen in die gevallen waarin de rechter dat vraagt onderzoek te doen. Naar verwachting zal dit een beperkt aantal betreffen. Zoals in paragraaf 11.1 is aangegeven betreft dit aantal bovendien een hoge inschatting. De werkzaamheden van de raad 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 werklast van de raad. Dit geldt ook voor erkenningszaken van het ouderschap na internationaal draagmoederschap. Omdat duidelijk is voor wensouders wanneer (van rechtswege) acceptatie van het in het buitenland ontstaan ouderschap van de wensouders na draagmoederschap kan plaatsvinden, wordt verwacht dat hierover minder procedures worden gevoerd waardoor de werklast van de raad afneemt. De raad verwacht verder dat de kostprijs van een onderzoek bij draagmoederschap op grond van de regeling hoger zal liggen dan die van de onderzoeken die de raad 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 raad toeneemt en/of de kostprijs van het onderzoek hoger is dan het afstandsonderzoek, dan zal de raad 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 er niet veel aangiften zullen worden gedaan. Het OM 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 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, gedurende de adviesprocedure bij de Afdeling advisering van de Raad van State, in een zogenoemde impactanalyse in kaart gebracht wat de verwachte financiële en/of werklastgevolgen zijn voor gemeenten. De inschatting is dat de daarmee gemoede kosten zo'n € 1 mln bedragen.

De kosten voor het ontwerp en de bouw van het draagmoederschapsregister alsmede de kosten voor het beheer en onderhoud van dit register en het klantencontact/begeleiding bij inzageverzoeken worden gedekt binnen beleidsartikel 34 van de Rijksbegroting voor het Ministerie van Justitie en Veiligheid. De verwachte jaarlijkse kosten van het draagmoederschapsregister bedragen € 85.000. Naast de beheerkosten van het register, omvat dit bedrag ook de jaarlijkse kosten voor het scannen en de opslag van de documenten. Voor de realisatie van het register wordt uitgegaan van een incidentele kostenpost van € 100.000. De bedragen zijn gebaseerd op een eerste indicatie. Aan de hand een definitieve impactanalyse zullen de kosten verder worden uitgewerkt. Bij het ontwerp van genoemd 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 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.

Als het kind dat is geboren uit draagmoederschap op enig moment inzage in gegevens uit het register en 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 deze 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. Eventuele begeleiding behelst onder meer het aanvragen van het dossier, screening vooraf, de daadwerkelijke inzage en nazorg. In totaal bedragen de verwachte kosten per begeleidde inzage € 600 naar het huidige prijsniveau. Met het oog op de benodigde minimumleeftijd voor inzage in zijn/haar dossier door het kind geboren na draagmoederschap, zullen de kosten verbonden aan begeleidde inzage zich overigens over 12 jaar voor het eerst kunnen voordoen.

De kosten voor de 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 draagmoederschapsregister worden gedekt binnen beleidsartikel 34 van de Rijksbegroting voor het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Omdat de omvang van het aantal draagmoederschapstrajecten onzeker is en de werkzaamheden rondom de voorlichting en counseling nog moeten worden uitgewerkt en belegd, is het lastig in dit stadium de kosten in te schatten, maar er wordt rekening gehouden met maximaal € 1,5 mln. per jaar. De kosten voor algemene voorlichting en eventuele kosten rondom de counseling aan draagmoeders en wensouders kunnen (deels) worden verdisconteerd in de kostprijs van het draagmoederschapstraject die voor rekening van betrokkenen komen.

De aanpassingen in dit wetsvoorstel leiden ertoe dat betrokken ouders recht krijgen op wensouderverlof. Gegeven de zeer kleine aantallen betrokkenen zijn de financiële gevolgen wat betreft de uitkeringslasten beperkt (circa € 0,6 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 € 2,1 miljoen. 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 uitvoeringskosten voor het wensouderverlof schat het UWV jaarlijks op € 0,2 miljoen. De incidentele kosten van het UWV worden gedekt binnen de begroting van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW). De structurele uitvoeringskosten vangt het UWV op binnen de eigen middelen.

Om met gezag belaste ouders en andere 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 geven. Deze voorlichting kan door middel van het verspreiden van folders en ander voorlichtingsmateriaal en het aanpassen van de informatievoorziening op de website van de Rijksoverheid.

12. Regeling in Caribisch Nederland

In lijn met de kabinetsreactie op de Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State en het Interdepartementaal Beleidsonderzoek Koninkrijksrelaties⁷⁹ is bezien of en hoe de voorgestelde regeling ook in Caribisch Nederland kan gaan gelden. Daarbij is ook gekeken of differentiaties nodig en wenselijk zijn. Op de BES is ten aanzien van draagmoederschap sprake van een andere context. De daar mogelijk voorkomende risico- en aandachtspunten zijn nog onvoldoende in kaart gebracht. Reden waarom niet wordt voorgesteld onderhavige regeling ook te doen gelden in Caribisch Nederland. Mogelijk dat op een later moment als daar meer zicht op is, voorliggende regeling ook aldaar kan worden geïntroduceerd.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel I Boek 1 BW

A Artikel 3

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 5

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. Mocht vermelding van de verklaring abusievelijk toch ontbreken 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 20

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 de 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 in die gemeente berustende geboorteakte een latere vermelding aangaande de herroeping dient te worden toegevoegd. Daarnaast wordt een grondslag geboden voor het aan de geboorteakte van het kind toevoegen van een rechterlijke uitspraak tot beëindiging van het ouderschap. Voor de situatie waarin een geboorteakte moet worden opgesteld, terwijl de rechter de beslissing tot gerechtelijke toekenning van ouderschap reeds voor de geboorte van het kind heeft herroepen, terwijl de beroepstermijn pas na de geboorte van het kind vervalt, geldt het volgende. Voor de toezending van de beschikking door de griffier op grond van artikel 20e, eerste lid, alsmede voor de opname als latere vermelding door de ambtenaar op grond van artikel 20, eerste lid, is

⁷⁹ *Kamerstukken I 2019/20, 35300 IV, D.*

voorgeschreven dat dit niet plaatsvindt voordat drie maanden zijn verstreken na de uitspraak. Daarmee is voorzien in de mogelijkheid van het instellen van beroep tegen een dergelijke beschikking. Dat heeft tot gevolg dat tot de herroeping onherroepelijk is geworden de ambtenaar van de burgerlijke stand de geboorteakte zal dienen op te maken alsof die herroeping niet heeft plaatsgevonden. Dit waarborgt ook dat in deze gevallen de herroeping voor het kind is terug te vinden op de geboorteakte. Zodra de herroeping in kracht van gewijsde is gegaan, zal deze alsnog als latere vermelding aan de geboorteakte worden toegevoegd.

In het tweede lid wordt geregeld dat de ambtenaar van de burgerlijke stand bericht van de geboorte doorgeeft aan het draagmoederschapsregister. Dit stelt het register in staat om de van de griffier ontvangen gegevens te koppelen aan het geboren kind. In overeenstemming met aanwijzing 3.8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving is daarbij een seksneutrale persoonsaanduiding gekozen.

D Artikel 22

Artikel 22 wordt aangepast aan het gegeven dat, indien op grond van deze wet het ouderschap na draagmoederschap wordt toegekend aan wensouders, de draagmoeder niet de moeder van het kind is .

E Artikel 198

Artikel 198 wordt aangepast om rekening te houden met de gerechtelijke toekenning van het ouderschap. Het uitgangspunt dat de geboortemoeder de moeder van het kind is, wordt met deze aanpassing verlaten. Er is tevens voorzien in een bepaling waardoor ook het ontstaan van moederschap van de duomoeder niet intreedt als het ouderschap na draagmoederschap gerechtelijk is toegekend.

F Artikel 199

Artikel 199 wordt aangepast om te regelen dat ook het vaderschap van de echtgenoot of de geregistreerde partner van de draagmoeder niet intreedt als het ouderschap na draagmoederschap gerechtelijk is toegekend.

G Artikel 204

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 thans ook mogelijk is, indien de eerste ouder het kind heeft geadopteerd.

H Afdeling 7 – Binnenlandse regeling voor draagmoederschap

Artikel 213

Dit betreft een definitiebepaling. Waar mogelijk is gekozen voor genderneutrale formuleringen. Zo is de definitie van draagmoeder genderneutraal geformuleerd. De definitie van wensouders maakt duidelijk dat de regeling open staat voor twee wensouders samen of voor één wensouder alleen.

Artikel 214

Artikel 214 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 204, eerste lid, onder a) en de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap (artikel 207, tweede lid, onder b).

Het derde lid bevat de twee centrale beoordelingscriteria bij draagmoederschap: het belang van het kind en de vrije instemming van partijen. Dit zijn zelfstandige gronden ter beoordeling van de rechter, los van de criteria in het vierde lid, artikel 215 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 heeft daarbij een ruime beoordelingsruimte van de omstandigheden van het specifieke geval. Voor de formulering van de afwijzingsgrond is aansluiting gezocht bij artikel 227, vierde lid. 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), geregistreerde 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 geregistreerde partner nog aanvullend vastgelegd in artikel 215, eerste lid onder I 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. Artikel 215 en verder vullen artikel 214, derde lid, aan met voorwaarden die in ieder geval vervuld dienen te zijn voor toewijzing van het verzoek. Dit derde lid bevat een vangnetnorm die de rechtbank de ruimte biedt om te komen tot een eigen beoordeling, in aanvulling op de eisen die expliciet in de wet zijn opgenomen. 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 draagmoederschapsovereenkomst moet bevatten die voldoet aan de eisen van artikel 216. De draagmoederschapsovereenkomst vormt een centraal onderdeel in het waarborgen van de vrije instemming van de draagmoeder en de wensouders. De in artikel 216 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 geregistreerde partner van de draagmoeder dient, voor zover de afspraken hem of haar raken, ook partij te zijn bij deze overeenkomst. Overigens kan ook een bekende gametendonor partij zijn bij de 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 215, lid 1, onder a. Met deze vereisten wordt nadere invulling gegeven aan 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 nadere eisen stellen aan stukken die bij een verzoekschrift zouden moeten worden aangeleverd. Hierbij kan bijvoorbeeld gewezen worden op het ook door de Raad voor de rechtspraak 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 waarin geen recente VOG van de wensouders of de levensgezel van een wensouder die het verzoek alleen doet wordt overgelegd. In dat geval zal telkens advies moeten worden ingewonnen van de raad voor de kindbescherming. De verklaring mag op het moment van indienen van het verzoek niet ouder zijn dan drie maanden. Bij de afgifte van de VOG wordt bezien of de wensouders (en levensgezel) eerder zijn veroordeeld voor onder meer een relevant zedendelict. Wordt een VOG niet overgelegd, dan is er aanleiding om de raad hieromtrent om advies te vragen. Het onderzoek betreft in dat geval een antecedentenonderzoek gericht op contra-indicaties voor toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. Voor personen die niet de gewone verblijfplaats hebben in Nederland geldt dat een VOG op dit punt weinig informatie oplevert. Daarom is in dat geval een onderzoek van de raad voor de kindbescherming telkens noodzakelijk.

Artikel 215

In dit artikel worden nadere voorwaarden gegeven voor de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. De aanhef maakt expliciet dat het gevolg van 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 216).

De eis onder b expliciteert dat de draagmoeder nog niet zwanger van het kind mag 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 Rv. Een behandeling ter zitting in aanwezigheid van de draagmoeder 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. Ouderschap na draagmoederschap is een zaak voor volwassenen.

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 wensouders de identiteit van de donor op termijn voor het kind te achterhalen moet kunnen zijn. Wordt geen 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 draagmoederschapsregister en is voor het kind als zodanig op termijn te achterhalen. Bij medische assistentie binnen Nederland kan op grond van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wd kb) alleen gebruik gemaakt worden van een bekende donor. Op termijn kan het kind overeenkomstig de in de Wd kb neergelegde regels de persoonsidentificerende gegevens van de donor opvragen bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting.

Uitgangspunt daarbij is dat het kind moet kunnen achterhalen van wie het afstamt. Verstrekking blijft, indien de donor niet met verstrekking van zijn gegevens instemt, uitsluitend achterwege indien, in aanmerking genomen de gevolgen die niet-verstrekking voor de verzoeker zou kunnen hebben, zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet behoort plaats te vinden (artikel 3 lid 2 Wd kb). Het feit dat het kind is geboren na draagmoederschap zal meewegen in deze belangenafweging. Dit maakt dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen van niet-verstrekking van de identificerende donorgegevens aan het kind sprake zal kunnen zijn.

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 amvb, waarvoor de grondslag wordt geboden in het derde lid. Deze regeling zal vrij uitgebreid en technisch aard van aard zijn, hetgeen nadere invulling bij amvb vergt. Gelet op het principiële en politieke karakter van de keuze voor en de hoogte van de vergoeding is in het derde lid van dit artikel voorzien in een voorhangprocedure, waardoor beide Kamers betrokken zullen worden 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 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 214, lid 3, 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 in het Europese deel van het Koninkrijk 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 214 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 I wordt vereist dat vaststaat dat de echtgenoot, echtgenote of geregistreerde 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 tweede en derde lid wordt een grondslag geboden voor verschillende nadere regelingen bij amvb. Het tweede lid doet dit ten aanzien van de voorlichting en counseling, waarbij tevens wordt voorzien in de mogelijkheid om eisen te stellen aan personen en instellingen die de counseling en voorlichting kunnen verzorgen. Tevens biedt dit lid een grondslag voor het stellen van eisen aan (niet commerciële) bemiddelaars bij draagmoederschap, in relatie met de mogelijkheid van een aanwijzing van rechtspersonen op grond van artikel 151b, vierde lid, Sr, waarvoor de strafbaarstelling van bemiddeling bij draagmoederschap niet geldt.

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 216

Artikel 216 regelt wat minimaal dient te worden opgenomen in de draagmoederschapsovereenkomst. Het samenstel van de artikelen 214, 215 en 216 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.

In de eerste plaats zullen daarin de afspraken over de vergoeding van kosten, hieronder begrepen de eventuele aanvullende tegemoetkoming, aan de draagmoeder moeten worden opgenomen. Hoe specifiek partijen daarbij zijn, hoe meer zekerheid zij daarbij hebben over de toelaatbaarheid van de vergoedingen. Het besluit aangaande de voor vergoeding in aanmerking komende kosten dat wordt vastgesteld op grond van artikel 215, derde lid, stelt daarbij de grenzen aan de mogelijke vergoeding.

Door erin te voorzien dat financiële risico's die de zwangerschap en bevalling voor de draagmoeder met zich kunnen brengen zoveel mogelijk worden afgedekt, wordt tevens een waarborg geboden voor verantwoord draagmoederschap. De rechter zal dienen te toetsen of aan deze verplichting in redelijke mate wordt voldaan. Verder dienen afspraken gemaakt te worden over de plaats van de draagmoeder in het leven van het kind na de geboorte. Indien de draagmoeder een levensgezel heeft, is het raadzaam dat ook de levensgezel wordt betrokken bij de totstandkoming van deze overeenkomst, en voor zover afspraken de levensgezel raken, dat deze ook partij is bij de overeenkomst. Zie in dat verband ook de eis die wordt gesteld in artikel 214, vierde lid, die dit

vereist voor de echtgenoot, echtgenote of geregistreerde partner. Ook de gametendonoren kunnen partij zijn bij deze overeenkomst.

De overeenkomst kan leiden tot wederzijdse aanspraken. Die afspraken worden evenwel ingekaderd door de regeling over draagmoederschap en de algemene uitgangspunten voor het rechtsverkeer, meer in het bijzonder artikel 40 van Boek 3 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 door de draagmoeder een abortus zou moeten worden overwogen, of over het afbreken van de zwangerschap op verzoek van de wensouders. Dit soort afspraken zijn nooit 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 in het tweede lid van dit artikel en de regeling voor de herroeping van de gerechtelijke toekenning ouderschap na draagmoederschap (artikel 220). Voor nakoming van afspraken omtrent de omgang tussen kind en draagmoeder geldt na de geboorte de regeling in artikel 377a. 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 377a worden afgeleid.⁸⁰ Daarmee zal de draagmoeder in beginsel ontvankelijk zijn in een omgangsverzoek. Indien een dergelijk verzoek pas na langere tijd wordt gedaan, zal de rechter dienen te beoordelen of nog steeds sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking tussen de draagmoeder en het uit haar geboren kind. De rechter zal voor de beoordeling van die vraag 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 daarbij een rol kunnen spelen.

In artikel 221, tweede lid, is daarbij geregeld dat door de herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap geen vordering ontstaat tot teruggave van de vergoeding van de kosten die waren verbonden aan het draagmoederschap en de reeds ontvangen tegemoetkoming. Zie hiervoor verder de toelichting bij artikel 221.

In het tweede lid van artikel 216 is voorts geregeld dat vanaf de indiening van het verzoek tot gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap, de wijziging van de draagmoederschapsovereenkomst op de onderdelen a, b, c en e genoemd in het eerste lid enkel mogelijk is door de rechtbank op verzoek van de draagmoeder of een of beide wensouder(s). Daarmee wordt verzekerd dat de rechtbank beslist op basis van de actuele afspraken tussen partijen. De afspraken over kostenvergoeding, tegemoetkoming, beschikbaarheid van juridisch advies, verzekering van de draagmoeder en herkomst van zaad- of eicellen zijn belangrijke randvoorwaarden voor de beoordeling van zowel het belang van het kind als de positie van draagmoeder en wensouders binnen het draagmoederschapstraject. Wijziging van deze onderdelen is daarom vervolgens enkel mogelijk door de rechtbank. Wijziging van de draagmoederschapsovereenkomst na toewijzing van het verzoek om gerechtelijke toekenning van ouderschap is om dezelfde reden eveneens alleen mogelijk door de rechtbank. Voor wijziging van afspraken over de omgang tussen kind en draagmoeder geldt de eis van rechterlijke tussenkomst niet. Afspraken op dit punt worden met name vereist om te verzekeren dat partijen een gelijk beeld hebben over het al dan niet bestaan van contact na de geboorte, niet om daarbij te verzekeren dat wordt afgesproken dat er daadwerkelijk contact plaatsvindt. Dergelijke afspraken zullen veelal om praktische redenen aan wijziging onderhevig zijn. Wil men in onderling overleg die afspraken aanpassen, dan voegt rechterlijke interventie daar niets aan toe.

Artikel 217

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

⁸⁰ Vergelijk in dit verband EHRM 5 juni 2014 (I.S. tegen Duitsland) nr. 31021/08, par. 68 - 69 en 84 - 85.

andere gemeente 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 gerechtelijke 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 Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken 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. Het is primair aan de betrokkenen om bij de geboorteaangifte te wijzen op het bestaan van de gerechtelijke toekenning van ouderschap aan de wensouders.

De beschikking en de (eventueel door de rechtbank gewijzigde) overeenkomst worden tevens opgenomen in het draagmoederschapsregister als bedoeld in artikel 223. Daartoe zendt de griffier de beschikking en de (gewijzigde) overeenkomst aan het register. Als de rechtbank na toekenning van het ouderschap na draagmoederschap de draagmoederschapsovereenkomst heeft gewijzigd, zendt de griffier de beschikking en de gewijzigde overeenkomst eveneens aan het register.

Artikel 218

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 2 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 nieuw draagmoederschapstraject zal dan ook opnieuw een gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap moeten worden verzocht. De rechter zal alsdan opnieuw alle vereisten afzonderlijk toetsen. Aan het verslag van de voorlichting en counseling is een geldigheidsduur verbonden van vier jaar. Het verslag dat ten behoeve van de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap met betrekking tot het verzoek is overgelegd, zal daarmee ook in een eventueel kort daarop volgend draagmoederschapstraject dienst kunnen doen, maar gelet op de waarde van de counseling is een zekere geldigheidsduur wenselijk geacht.

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 wensouders na de toekenning kunnen veranderen en het wenselijk is dat deze periodiek op nieuw aan een beoordeling worden onderworpen. Een periode van drie jaar impliceert dat de draagmoeder zwanger dient te zijn geworden in de periode tot ca. 26 maanden na het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking houdende toekenning van het ouderschap. Hiermee is het ook voor de burgerlijke stand duidelijk tot wanneer de beschikking werkt, zodat op een geboorteakte van het uit de draagmoeder geboren kind de juiste personen als ouders worden vermeld.

Het tweede lid maakt duidelijk dat de gerechtelijke toekenning van het ouderschap werkt vanaf de geboorte. Met de verwijzing naar artikel 2 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 2 van rechtswege erfgenaam van de draagmoeder.

Artikel 219

Deze bepaling is gebaseerd op artikel 229, vierde lid, 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 220

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 *lex 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 of – als een verzoek na de geboorte van het kind wordt gedaan – de ouders. 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 gehad, bestaat een niet te ontlopen verantwoordelijkheid voor het kind. Daar is bij draagmoederschap in beginsel sprake van. De ontstane afstammingsband is dan ook niet zonder meer aan te tasten. 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 twijfelen aan de omstandigheden van de totstandkoming van de zwangerschap, tijdig een DNA-test te doen uitvoeren.

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 wensouders. 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 geregeld in artikel 221. 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 drie maanden. Is de wensouder of ouder overleden dan kan een kind of ouder van de wensouder/ouder een dergelijk verzoek doen. 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 drie maanden 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 beperkte 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 Raad voor de rechtspraak heeft nog gewezen op de mogelijkheid van een uitzondering op de termijn, 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 drie maanden 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. Daarbij is ook gekeken naar de ervaringen van de raad voor de kindbescherming bij binnenlandse adoptie; als wordt teruggekomen op het voornemen tot afstand komt dit het meest voor gedurende de eerste drie maanden na de geboorte van het kind. 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 kunnen 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 220 lid 2 en verder is er reeds een al dan niet geboren kind. Daarom is, anders dan bij het verzoek tot gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap, artikel 212 wel van toepassing. Er zal in deze zaken dus een bijzondere curator moeten worden benoemd die het kind in de procedure vertegenwoordigt.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft erop gewezen dat onduidelijkheid kan bestaan over de verhouding tussen de herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap en de ontbinding of opzegging van de draagmoederschapsovereenkomst. Met name werd de vraag gesteld of ontbinding en opzegging mogelijk is, en wat het gevolg daarvan zou zijn. Het zevende lid maakt duidelijk dat de overeenkomst enkel opgezegd of ontbonden kan worden in het kader van de herroeping. Omdat het ontbinden van de overeenkomst kan leiden tot vragen over de betekenis voor lopende verplichtingen tussen wensouders en draagmoeder, is tevens opgenomen dat de rechtbank de gevolgen van de herroeping voor de draagmoederschapsovereenkomst regelt. De rechtbank is daarbij niet gebonden aan het verzoek van de draagmoeder of wensouders. Ook ambtshalve kan de rechter een regeling treffen als de wenselijkheid daarvan blijkt bij de behandeling van het herroepingsverzoek.

Artikel 221

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 vergoeding van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap en de reeds ontvangen tegemoetkoming. Hiermee wordt de vrije instemming van de draagmoeder gewaarborgd tot en met de termijn van drie maanden 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 als ook de betaalde tegemoetkoming. 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 ontvangen tegemoetkoming of het krachtens vruchtgenot genotene. Dit betekent bijvoorbeeld 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. 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 die reeds verbruikt of verteerd zijn.

In het vierde lid is artikel 217 van overeenkomstige toepassing verklaard. Daardoor zal een herroeping van de toekenning tevens worden opgenomen in het draagmoederschapsregister, waardoor deze gegevens voor het kind op termijn achterhaalbaar zullen zijn. Tevens is duidelijk dat de herroeping wordt gezonden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van de draagmoeder. Deze zal de herroeping verwerken op de geboorteakte, dan wel ter verwerking aldaar doorzenden aan de gemeente waar de geboorteakte van het kind is opgemaakt.

Artikel 222

Dit artikel regelt de mogelijkheid om op verzoek van het kind het ouderschap ontstaan door de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap te beëindigen. Gelet op de in artikel 220 en 221 geregelde herroeping van de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap, welke terugwerkende kracht heeft, is hier gekozen voor de term beëindiging om duidelijk te laten uitkomen dat de beëindiging geen terugwerkende kracht heeft. De mogelijkheid van beëindiging van het ouderschap staat enkel open voor het geval er geen genetische band bestaat tussen de ouder en het kind, net zoals het geval is bij ouderschap dat van rechtswege is ontstaan door een huwelijk of geregistreerd partnerschap of ouderschap na erkenning. Anders dan bij deze laatste twee vormen van ouderschap, heeft in dit geval een rechter de wenselijkheid van het ontstaan van het ouderschap al eerder beoordeeld. Dit rechtvaardigt dat de mogelijkheid van beëindiging van het ouderschap op verzoek van een kind pas open komt te staan na het bereiken van de meerderjarigheid. De termijn voor de indiening van het verzoek tot beëindiging is in beginsel drie jaar. Uit de jurisprudentie blijkt dat op grond van artikel 8 EVRM hiervan kan worden afgeweken wanneer dit in bijzondere gevallen in het belang van het kind noodzakelijk is.⁸¹ Het neerleggen van een termijn in het nieuwe artikel 222 beoogt niet om een verandering aan te brengen in de bestaande jurisprudentielijn. Die lijn is van overeenkomstige toepassing op de in dit artikel gestelde termijn. Tevens is met het oog op het verzamelen van statistische gegevens ten behoeve van wetenschappelijk en statistisch onderzoek voorzien in verwerking van de beëindiging van het ouderschap in het register bedoeld in artikel 223.

§4 Draagmoederschapsregister

Artikel 223

Artikel 223 biedt in het eerste lid een algemene grondslag voor het draagmoederschapsregister. Dit register wordt gehouden door de Minister voor Rechtsbescherming of een bij amvb aan te wijzen houder, waarbij genoemde Minister in het kader van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) verwerkingsverantwoordelijke is en de aan te wijzen houder de verwerker. Op het moment van opstellen van het voorstel van wet is nog niet duidelijk waar het register zal worden gehouden, reden waarom de keuze hiervoor nog open wordt gehouden. Het derde lid omvat de doelbepaling van het register. Het primaire doel van het draagmoederschapsregister, opgenomen onder a, is het toegang bieden aan het kind, al dan niet via diens wettelijke vertegenwoordiger, tot informatie over diens biologische of genetische afstamming en ontstaansgeschiedenis. Dit doel omvat tevens het verstrekken van gegevens van betrokkenen aan het kind om mogelijk toekomstig contact te faciliteren.

Onder b is het secundaire doel van het register opgenomen: het verkrijgen van meer inzicht in het aantal keer en de voorwaarden waaronder draagmoederschap voorkomt in Nederland of in het buitenland plaatsvindt op verzoek van inwoners van Nederland. Vanuit het oogpunt van transparantie en rechtszekerheid is, op advies van de Autoriteit persoonsgegevens, dit doel expliciet in de wet opgenomen. Met de mogelijkheid van statistisch en wetenschappelijk onderzoek kan recht worden gedaan aan de in artikel XIII van de wet aangekondigde evaluatie van de doeltreffendheid en effecten van de wet in de praktijk. Zonder gebruik van de gegevens uit het register is een dergelijk onderzoek niet goed mogelijk. Een dergelijk onderzoek wordt noodzakelijk geacht om te bezien of de wet voldoet aan de daarmee beoogde doelstelling van het bieden van voldoende bescherming aan kind, draagmoeder en andere betrokkenen. Ter bescherming van het recht op privacy van betrokkenen van wie de persoonsgegevens zijn opgenomen in het register, is in artikel 224 voorgescreven dat een verstrekking van gegevens aan derden enkel mogelijk is op zodanige wijze dat de anonimiteit is gewaarborgd.

In het vierde lid wordt tevens een grondslag geboden voor het opnemen van bijzondere persoonsgegevens. De verwerking van deze gegevens is noodzakelijk in het belang van de toegang tot de afstammingsgegevens en ontstaansgeschiedenis van het kind, hetgeen een zwaarwegend algemeen belang is in de zin van artikel 9, lid 2, onder 9 van de AVG. Op voorhand is niet limitatief op te sommen welke bijzondere persoonsgegevens hierbij verwerkt zullen kunnen worden, maar in

⁸¹ EHRM 20 december 2007 (Phinikaridou tegen Cyprus) nr. 23890/02, EHRM 6 juli 2010 (Backlund tegen Finland) nr. 36498/05 en EHRM 6 juli 2010 (Grönmark v. Finland) nr. 17038/04

ieder geval zal het kunnen gaan om gezondheidsgegevens verband houdend met de redenen voor het draagmoederschap, eventueel genetische gegevens in het kader van DNA-verwantschapsonderzoek, en indirect zal soms ook informatie over ras of etnische afkomst en over iemands seksuele gerichtheid af te leiden kunnen zijn uit deze gegevens. De tenminste op te nemen gegevens zullen bij of krachtens amvb worden bepaald, op grond van artikel 225. In het vierde lid wordt tevens een opsomming gegeven van de betrokkenen van wie gegevens kunnen worden opgenomen. Van de levensgezel van de draagmoeder kunnen persoonsgegevens worden opgenomen, gelet op de eis van instemming van die persoon op grond van artikel 215, eerste lid, onder I. Voor de opname van bijzondere persoonsgegevens van deze persoon is geen aanleiding. In het vijfde lid worden documenten genoemd die in ieder geval in het draagmoederschapsregister worden opgenomen, voor zover beschikbaar. In het zesde lid wordt ten slotte de bewaartermijn bepaald. Met een termijn van honderd jaar vanaf de dag dat het kind wordt geboren, wordt gewaarborgd dat een kind in alle levensfasen toegang kan verkrijgen tot deze gegevens.

Artikel 224

Artikel 224 regelt de verstrekking van gegevens aan het kind (vanaf 16 jaar) en diens wettelijke vertegenwoordiger (voordat het kind 16 jaar of ouder is). Voor de bepaling van de leeftijdsgrens is aangesloten bij artikel 3 Wdcb. De houder van het register is ervoor verantwoordelijk dat wordt voorzien in een deskundige begeleiding bij de verstrekking, vergelijk artikel 2 lid 7 Wdcb. De verstrekking geschiedt kosteloos. Anders dan onder de Wdcb worden betrokkenen van wie de gegevens worden verstrekt hiervan niet afzonderlijk op de hoogte gesteld. Bij draagmoederschap gaat het om de verstrekking van gegevens die al bekend zijn bij betrokkenen. Er bestaat geen mogelijkheid voor betrokkenen om bezwaar te maken tegen verstrekking van de gegevens aan het kind of diens wettelijke vertegenwoordiger.

Artikel 224 biedt ten slotte ook een grondslag voor de verstrekking van gegevens aan derden, voor wetenschappelijke en statistische onderzoeksdoeleinden. In dat geval is verstrekking enkel mogelijk op een wijze dat de anonimiteit van de betrokkenen is gewaarborgd.

Artikel 225

In het eerste lid van dit artikel wordt de grondslag geboden voor een nadere regeling van het draagmoederschapsregister bij of krachtens amvb. In navolging van artikel 9, lid 2, onder g, AVG wordt daarbij tevens een grondslag geboden voor het nemen van passende en specifieke maatregelen ter bescherming van de belangen van diegenen van wie persoonsgegevens zijn opgenomen. Deze verplichting geldt sowieso voor de bijzondere persoonsgegevens opgenomen in het register, maar gelet op de aard van de gegevens ligt het in de rede om een vergelijkbaar hoog beschermingsregime te voorzien voor alle persoonsgegevens opgenomen in het register.

In het tweede lid wordt een grondslag geboden voor de mogelijkheid dat opname van gegevens in het register zich niet beperkt tot kinderen geboren na een gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap. Ook kinderen geboren uit een draagmoeder bij wie van een gerechtelijke toekenning in de zin van deze wet geen sprake is, kunnen belang hebben bij de mogelijkheid van het achterhalen van de eigen ontstaansgeschiedenis. Of, en onder welke voorwaarden opname van gegevens van ook deze groep in het register mogelijk kan worden gemaakt staat op dit moment nog niet vast. Daarom is voor deze groep, die zich ook uitstrekt tot draagmoederschap vóór inwerkingtreding van deze wet, in het tweede lid enkel een grondslag opgenomen om rekening te houden met de mogelijkheid van toekomstige opname van gegevens. In dat geval is, overeenkomstig het daartoe strekkende advies van Autoriteit persoonsgegevens, wel de uitdrukkelijke toestemming van iedere betrokkene van wie gegevens worden opgenomen in het register vereist. Daarmee wordt recht gedaan aan het verschil tussen een situatie waarin alle betrokkenen hebben meegewerkt aan het verzoek tot gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap, hetgeen ook instemming met de opname van gegevens in het register impliceert, en overige situaties waarin betrokkenen niet op voorhand hiermee rekening hebben kunnen houden.

I 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 op basis van de amvb maximale redelijke vergoeding. Daarmee wordt voorkomen dat eenvoudig voorbij gegaan kan worden aan de in de draagmoederschapsregeling gestelde eisen. Tevens is opname van de beschikking en andere stukken in het draagmoederschapsregister gewaarborgd. De rechter zal deze eisen dienen te betrekken bij zijn toetsing van het kennelijke belang van het kind bij de adoptie. Het recht van betrokkenen op eerbiediging van hun familie- en gezinsleven, zoals gewaarborgd in artikel 8 EVRM, kan daarbij in overeenstemming met vaste rechtspraak in een individueel geval voor de rechter aanleiding vormen voor afwijking van een eis.

J en K Artikelen 247 en 248

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 18 maart 2016⁸² 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 247. De door de Staatscommissie geopperde term 'informatie over de ontstaansgeschiedenis' is niet overgenomen, omdat deze term onvoldoende aansluit bij het normale spraakgebruik. Daarom is gekozen voor 'voorlichting over de afstamming'. In lijn met het advies van de Staatscommissie moet 'voorlichting over de afstamming' in dit verband ruim worden uitgelegd. Met informatie over de afstamming wordt hierbij in ieder geval bedoeld: gegevens over de genetische ouders van het kind (waaronder mogelijke 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 of personen 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 draagmoederschapsregister, bedoeld in artikel 223. 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.⁸³ Dit betreft een mogelijk bestaande morele verplichting voor ouders om mee te werken aan de voorlichting indien de voogd of ouder met gezag de tijd gekomen acht voor die voorlichting. Een zelfstandige juridische verplichting voor de ouder zou evenwel het primaat doorkruisen van de gezagsdrager bij de zorg voor het geestelijk welzijn en persoonlijke ontwikkeling van het kind. Om die reden is afgezien van een juridische verplichting voor de (biologische) ouder zonder gezag.

Op grond van artikel 248 rust ook 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 is aan de voogd om hier op zorgvuldige wijze invulling aan te geven. 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.

⁸² ECLI:NL:HR:2016:452, NJ 2016/210 m.nt. S.F.M. Wortmann.

⁸³ In die zin: W.M. Schrama, 'Het recht op afstammingsinformatie in draagmoederschapszaken', FJR 2019/50.

Artikel II Boek 7 BW

A Artikel 635

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 wensouderverlof 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 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 wensouderverlof geldend maakt. Dit geldt ook voor andere verlofvormen uit de Wet arbeid en zorg.

Artikel III Boek 10 BW

A Artikel 94

Aan artikel 94 wordt gewijzigd om buiten twijfel te stellen dat in geval er sprake is van gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap, uitsluitend familierechtelijke betrekkingen tussen de wensouders en het kind ontstaan.

B Artikel 98a

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. 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 154, de verwijzingsregeling van de Verordening Rome I⁸⁴ 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 rechtssfeer is verbonden. Hierbij past een eenzijdige conflictregeling waarin de Nederlandse rechter het Nederlandse recht toepast. Een ander bepalend argument om te kiezen voor toepassing van het *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.

C Artikel 101a

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 98a) en de erkenning van een beslissing dan wel akte waaruit de afstamming van een kind geboren uit een draagmoeder in het buitenland blijkt (artikelen 100, 101 en 101a). Dit onderscheid sluit aan bij het onderscheid tussen de regeling van artikelen 92-99 die verwijzingsregels bevatten voor andere wijzen waarop afstammingsrelaties tot stand komen (geboorte binnen huwelijk, erkenning, gerechtelijke vaststelling ouderschap) en de

⁸⁴ Verordening (EG) nr. 593/2008, *PbEU* 2008, L177.

bestaande regeling in artikel 100 en 101 waarin is neergelegd hoe omgegaan wordt met buitenlandse rechterlijke beslissingen en akten.

De Staatscommissie IPR overwoog eerder dat de artikelen 100 en 101 beide voorzien in de mogelijkheid omerkenning 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 nieuw artikel 101a voor de erkenning van draagmoederschap, dat deels een afwijking vormt op (leden een en twee) en deels een aanvulling biedt (leden drie en vier) op het algemene regime van artikelen 100 en 101. 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 die 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 100 of artikel 101 van toepassing: is de rechter, de ambtenaar van de burgerlijke stand, 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 van de buitenlandse rechterlijke beslissing of akte geweigerd. Dit geldt ook als het de erkenning van een rechterlijke beslissing betreft en er wordt vastgesteld dat er kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de rechtssfeer van het land van de rechter voor het aannemen van rechtsmacht. Hieronder worden de verschillende leden en onderdelen van artikel 101a afzonderlijk behandeld.

Leden 1 en 2

Erkenning van afstamming na draagmoederschap zal in veel gevallen alleen mogelijk zijn na tussenkomst door de rechter. Dit is, zoals ook wel in de rechtspraak is overwogen, gerechtvaardigd gelet op de complexiteit van deze zaken en het maatschappelijk belang.⁸⁵ De erkenningsvraag kan aan de orde komen als voorvraag in het kader van een procedure, of zelfstandig worden verzocht op grond van artikel 26 van Boek 1 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 100 of 101, waaronder de vraag of er voor de rechtsmacht van de rechter die een of meerdere beslissingen over het ouderschap van wensouder(s) heeft genomen kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de rechtssfeer van diens land, of een behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging aan de beslissing vooraf is gegaan en voorts of de erkenning mogelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Mede in verband met de uit artikel 3 en 4 van de Rijkswet op het Nederlanderschap voortvloeiende nationaliteitsrechtelijke gevolgen van de erkenning van in

⁸⁵ Rb. Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7708.

het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming na draagmoederschap wordt hier expliciet opgemerkt dat de beslissing van de rechter op grond van artikel 101a lid 1 of lid 2 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.

In het voorstel is de term 'familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap' opgenomen. Daarbij is niet bedoeld een wijze van totstandkoming of wijziging van die betrekkingen uit te sluiten. Bepalend is dat sprake is geweest van draagmoederschap in de zin van deze wet. Voor de verhouding tot adopties die in het buitenland hebben plaatsgevonden zij verwezen naar het vijfde lid van dit artikel.

Lid 3 onderdeel a

In het derde lid zijn de uitzonderingen geformuleerd op de verplichte rechterlijke toetsing van in het buitenland ontstaan ouderschap na draagmoederschap. Deze voorwaarden zijn normstellend van aard en leggen vast waaraan naar het oordeel van de regering draagmoederschap - waar ook ter wereld uitgevoerd - ten minste zou moeten voldoen. 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, door de wensouders gevolgde voorlichting en indien de rechterlijke 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 de van rechtswege erkenning van het ouderschap na draagmoederschap aan de orde via het algemene regime van artikel 100 of 101. 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 kan 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 101a, lid 3, onder a 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 basisvoorwaarden voor de van rechtswege erkenning van ouderschap na draagmoederschap 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 aanknopingspunt bestond met de rechtssfeer van diens land, dan wel aan die beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan (artikel 100 lid 1, onder a en b) of indien er ondanks het voldoen aan deze voorwaarden aanwijzingen zijn van strijd met de openbare orde (artikel 100 lid 1, onder c).

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 overigens 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 101a, lid 3, onder a 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 100 en 101.

'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 erkenning van rechtswege niet mogelijk. In de consultatiefase werd voorgesteld dat deze gegevens bij voorkeur zouden worden opgenomen in het draagmoederschapsregister, 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 door de wensouders 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.

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 erkenning van rechtswege na draagmoederschap 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 aanvullende rechtshandeling. Ook kunnen de wensouders de juridische ouders zijn geworden na een gerechtelijke adoptieprocedure.

Net als bij de binnenlandse procedure wordt voor de erkenning van rechtswege vereist dat wensouders de verplichte voorlichting hebben gevolgd. Die voorlichting moet zijn gevolgd voordat de rechterlijke procedure in het buitenland is afgerond. Op die manier wordt verzekerd dat wensouders zich bewust zijn van de noodzakelijke waarborgen bij een draagmoederschapstraject, ook in het buitenland. De datum van de rechterlijke uitspraak vormt in dit kader een duidelijk, door de ambtenaar van de burgerlijke stand eenvoudig vast te stellen, moment.

Ten slotte zal moeten blijken dat er, net als bij de Nederlandse binnenlandse procedure, een mogelijkheid heeft bestaan voor de draagmoeder om het ouderschap te betwisten. Het bestaan van deze mogelijkheid is een van de randvoorwaarden voor verantwoord draagmoederschap. Om het bestaan hiervan aan te tonen, 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 108 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 199 van Boek 1 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 die een of meerdere beslissingen over het ouderschap van wensouder(s) heeft genomen kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de rechtssfeer van diens land, dan wel aan die beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan (artikel 100 lid 1, onder a en b).

Vierde lid

Ten slotte wordt in het laatste lid bepaald dat de gegevens die ten grondslag liggen aan de beslissing tot erkenning worden gezonden aan het draagmoederschapsregister. 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 met de toepasselijkheidsverklaring van artikel 25f van Boek 1 BW 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.

Vijfde lid

Artikel 101a 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 anders indien er geen genetische band bestaat tussen kind en wensouders. Een draagmoederschap zonder een genetische band met de wensouders onderscheidt zich in ieder geval te weinig van adoptie. Daarmee wijkt de regeling voor buitenlands draagmoederschap af van de regeling binnen Nederland, waarin wel ruimte bestaat om in uitzonderlijke gevallen waarin een zwangerschap met een aan de wensouders genetisch verwant kind onmogelijk blijkt, toch de draagmoederschapsregeling te gebruiken. Daarbij speelt een rol dat in dat geval vooraf door de rechter die onmogelijkheid wordt vastgesteld, terwijl dit bij buitenlands draagmoederschap niet het geval is. Het verschil is gerechtvaardigd ten behoeve van de duidelijkheid van de reikwijdte van het wettelijke kader voor buitenlands draagmoederschap en omdat voorkomen moet worden dat de bestaande regels voor interlandelijke adoptie worden omzeild met behulp van de regeling voor draagmoederschap.

Artikel IV Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

A, B en C Artikel 3, 3a en 9

Overeenkomstig het advies van de Staatscommissie IPR is aan artikel 3 Rv een speciale bevoegdheidsregeling toegevoegd voor draagmoederschap (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 215 van Boek 1 BW bij de rechter wordt ingediend. Deze bevoegdheidsregeling geldt als een *lex specialis*: de bevoegdheidsregeling derogeert aan artikel 3 Rv (algemene bevoegdheidsregel voor verzoekschriftprocedures) en aan artikel 9 Rv. Dat waarborgt dat er voldoende band is met de Nederlandse rechtssfeer.

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 215 van Boek 1 BW, 'draagmoederschapstoerisme' te voorkomen.

D Artikel 800

Aan artikel 800 wordt een nieuw lid toegevoegd waarmee buiten twijfel wordt gesteld dat een verzoek tot gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap steeds op zitting

behandeld dient te worden. Deze eis volgt eveneens uit artikel 215, lid 1, onder b, van Boek 1 BW, maar wordt voor de duidelijkheid ook afzonderlijk neergelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

E Artikel 810

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 kindbescherming bij de beoordeling van een verzoek tot gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap of andere procedures die hiermee verband houden maar waarbij er nog geen (ongeboren) kind is.

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 151 ca 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 kindwens 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 151 ca 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 of 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 voor de al dan niet-beroepsmatige bemiddelaar als voor de draagmoeder en wensouder. Het doel van deze strafbaarstelling is om te voorkomen dat commercieel draagmoederschap zich als maatschappelijk verschijnsel in Nederland ontwikkelt.⁸⁶ 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.⁸⁷

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 artikel 151b Sr tot gevolg. Ten eerste wordt in een nieuw vierde lid een mogelijkheid van een vrijstelling gecreëerd voor bevordering en bemiddeling bij draagmoederschap door rechtspersonen die hiertoe zijn aangewezen door de Minister voor Rechtsbescherming. Met de term 'aangewezen' is aansluiting gezocht bij artikel 151c Sr. Artikel 215, tweede lid, BW biedt een mogelijkheid om bij aanwijzing van een rechtspersoon

⁸⁶ Zie Kamerstukken II 1990/91, 21 968, nr. 3, p. 3.

⁸⁷ Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30, p. 2.

voorwaarden te stellen aan de bemiddeling. Aangewezen rechtspersonen die bemiddelen dienen straffeloos te zijn. De nieuwe bijzondere strafuitsluitingsgrond in artikel 151b, vierde lid, Sr strekt hiertoe. Aangewezen rechtspersonen zijn niet strafbaar als zij teweegbrengen of bevorderen dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, met een ander onderhandelt of een afspraak maakt om draagmoeder te worden (artikel 151b, eerste lid, Sr). Zij zijn ook niet strafbaar indien zij deze diensten in het openbaar aanbieden (artikel 151b, tweede lid, onderdeel a, Sr) of openbaar maken dat een vrouw draagmoeder wil worden of dat een draagmoeder wordt gezocht (artikel 151b, tweede lid, onderdeel b, Sr). De strafuitsluitingsgrond laat de strafbaarheid van de beroeps- of bedrijfsmatige bevordering van draagmoederschap 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. Bemiddeling door anderen, niet zijnde aangewezen rechtspersonen, 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. Met de gewijzigde strafbaarstelling van het openbaar maken van de wens van een ander om draagmoeder te worden of een draagmoeder te vinden 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.

C Artikel 151ca Sr

Eerste lid

In een nieuw artikel 151ca, 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 twee jaren gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie wordt de ernst van dit feit tot uitdrukking gebracht en een passende bestraffing mogelijk gemaakt.

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 geboorteparenten 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 geven aan de draagmoeder ook strafbaar zijn op grond van het voorgestelde artikel 442b Sr, namelijk indien zij een vergoeding aan de draagmoeder geven die meer bedraagt dan de op grond van het voorgestelde artikel 215, derde lid, van Boek 1 van het BW bij amvb vastgestelde vergoeding. Het onderscheid tussen de artikelen 151ca Sr en 442b Sr betreft het oogmerk van degene die de betaling geeft. 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, zoals een bepaald percentage van een totaalbedrag waarvan wordt afgesproken dat dit enkel wordt gegeven als een (gezond) kind wordt overgedragen, of een bedrag dat moet worden teruggegeven als dit niet plaatsvindt – is dit strafbaar op grond van artikel 151ca Sr. Het geven van een extra vergoeding aan de draagmoeder is in ieder geval – ook als voornoemd oogmerk ontbreekt of niet kan worden bewezen – strafbaar op grond van artikel 442b Sr.

De verwachting is dat van deze strafbaarstelling een afschrikwekkende werking uitgaat en tot gevolg heeft dat bij de vervulling van een kinderwens door Nederlanders in Nederland en in andere landen (zie voorgestelde wijziging artikel 7, tweede lid, onderdeel a, Sr), wordt gekozen voor een procedure waarbij het belang van het kind centraal staat.

Tweede lid

Het tweede lid van het voorgestelde artikel 151ca 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 doorsluis.

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 6.3 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 215, derde lid, van Boek 1 BW bij amvb 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 hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie worden opgelegd.

In voornoemde amvb worden de kostenposten aangewezen die bij draagmoederschap voor vergoeding in aanmerking komen en wordt geregeld op welke wijze de hoogte van de maximale vergoeding per kostenpost moet worden vastgesteld. Daarin wordt ook bepaald wat de maximale hoogte is van de aanvullende tegemoetkoming die maandelijks aan de draagmoeder kan worden betaald. Voor een ieder is kenbaar wat door de wensouders kan worden vergoed. Dit betekent dat ook duidelijk is wanneer deze grens wordt overschreden en een overtreding wordt begaan.

Hoewel artikel 215 van Boek 1 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 amvb is vastgesteld niet toegestaan.

In paragraaf 6.3 en de artikelsgewijze toelichting bij het voorgestelde artikel 151ca 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 151ca 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 amvb vastgestelde vergoeding, het oogmerk van degene die de betaling geeft is daarbij niet relevant. In de situatie dat door het OM het in artikel 151ca 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 hechtenis of 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 Artikel 67 Wetboek van Strafvordering

Artikel 67 Sv wijst de gevallen aan waarin een bevel tot voorlopige hechtenis kan worden gegeven, te weten in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld of bij verdenking van een aantal specifiek opgesomde misdrijven. Uit de aanwijzing van deze misdrijven in artikel 67 Sv vloeit niet alleen voort dat bij een verdenking van die feiten voorlopige hechtenis is toegelaten, het betekent ook dat de meer ingrijpende bevoegdheden zoals de aanhouding buiten heterdaad en de inverzekeringstelling kunnen worden toegepast. Daarnaast zal met name de inzet van de eveneens ter beschikking staande bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals het vorderen van gegevens bij derden, vrijwel onmisbaar zijn om het misdrijf van artikel 151ca Sr te kunnen opsporen en vervolgen, redenen waarom wordt voorgesteld dit misdrijf, gelet op het daarop gestelde wettelijk strafmaximum, afzonderlijk in artikel 67, eerste lid, onder b, Sv aan te wijzen.

Artikel VII Wensouderverlof

Artikel VII 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 uitkering in verband met wensouderverlof 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 1:3 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 de artikelen 213 en 214 van Boek 1 BW en artikel 101a van Boek 10 BW. De draagmoeder is de persoon 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. De wensouder is de persoon die ouder wenst te worden van een kind geboren uit een draagmoeder. Een aanvullende voorwaarde is een gerechtelijke toekenning van het ouderschap op grond van artikel 214 van Boek 1 BW of een erkenning van het ouderschap op grond van artikel 101a van Boek 10 BW.

Het begrip "kind" is niet overgenomen uit artikel 213 van Boek 1 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 tot 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 en bestaat gedurende de tijdvak van zesentwintig weken. Mocht de werkelijke datum van de bevalling eerder gelegen zijn dan vier weken vóór de vermoedelijke bevallingsdatum, dan geldt het tijdvak van zesentwintig weken vanaf de werkelijke datum van de bevalling.

Mocht de gerechtelijke 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 pleegzorgverlof, is het verlof gekoppeld aan het moment van opname van het kind in het gezin. In het geval dat twee of meer kinderen tegelijkertijd in het gezin worden opgenomen, bijvoorbeeld in het geval van een meerling, bestaat slechts ten aanzien van één van deze kinderen recht op verlof. Spreiding van het wensouderverlof is ook op soortgelijke wijze geregeld als het adoptie- en pleegzorgverlof.

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 of is geworden aan de werkgever bewijsstukken overleggen van de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap (als het draagmoederschapstraject in Nederland is doorlopen) of van de erkenning (als het draagmoederschapstraject in het buitenland is doorlopen). Bij het overleggen van bewijsstukken als het draagmoederschapstraject in het buitenland is doorlopen, kan worden gedacht aan de buitenlandse rechterlijke beslissing waarbij het ouderschap na draagmoederschap aan de aanvrager is toegekend, samen met een bewijs dat het kind is ingeschreven in de Basisregistratie personen of dat de buitenlandse geboorteakte op de voet van artikel 25 Boek 1 BW is ingeschreven in het register van geboorten van de gemeente Den Haag.

In alle bewijsstukken worden de gegevens van de draagmoeder geanonimiseerd. 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 als het draagmoederschapstraject in Nederland wordt doorlopen een zwangerschapsverklaring met de vermoedelijke datum van de bevalling van de draagmoeder aan de werkgever worden overgelegd. Deze verklaring is vormvrij en zonder vermelding van persoonsgegevens van de draagmoeder. Dit kan een verklaring van de arts of verloskundige zijn. Mocht de gerechtelijke toekenning van het draagmoederschapstraject door de draagmoeder 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. Dat wordt toegevoegd aan artikel 3:7 van de Wet arbeid en zorg.

Onderdeel I

Artikel 3:9a regelt het recht op een uitkering bij een wensouderverlof 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 pleegzorgverlof. Bij de aanvraag, die via de werkgever loopt, wordt aangegeven wanneer het wensouderverlof ingaat. Indien het kind nog niet is geboren bij de aanvraag, 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 Basisregistratie personen of het kind daadwerkelijk bij de wensouders is ingeschreven. Is dit niet het geval dan kan de eventueel al verstrekte uitkering door UWV worden 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 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 vierde lid van genoemd artikel, moet bij de aanvraag worden gevoegd. In de toelichting op artikel VII onderdeel E is aangegeven aan welke bewijsstukken in dat geval kan worden gedacht. 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.

Ten slotte is in het vierde lid van artikel 3:11 Wet arbeid en zorg ook geregeld dat als de gerechtelijke toekenning wordt herroepen de wensouder dit, door tussenkomst van de werkgever, onverwijld moet melden bij het UWV, waarna de uitkering wordt stopgezet.

Het vijfde lid gaat over het toekennen van de uitkering bij een niet tijdige aanvraag. Dit lid ziet op een uitkering bedoeld in artikel 3:11 Wet arbeid en zorg. Een wensouderverlof valt hier ook onder.

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 pleegzorgverlof. 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 van de volgende uitkeringen: een uitkering op grond wensouderverlof, aanvullend geboorteverlof, zwangerschaps- en bevallingsverlof of adoptie- en pleegzorgverlof, dan wordt over die periode maar eenmaal een uitkering betaald door UWV. Bij de uitbetaling van de uitkering wordt de volgende rangorde gehanteerd: 1. een uitkering in verband met zwangerschaps-

en bevallingsverlof, 2. een uitkering in verband met wensouderverlof, 3. een uitkering in verband met adoptieverlof of ter zake van vervanging in verband met adoptieverlof, 4. een uitkering in verband met pleegzorgverlof of ter zake van vervanging in verband met pleegzorgverlof en 5. een uitkering in verband met aanvullend geboorteverlof. Met andere woorden: als een persoon in de betreffende periode samenloop heeft met een uitkering in verband met zwangerschaps- en bevallingsverlof en een uitkering vanwege wensouderverlof, dan wordt de uitkering in verband met zwangerschaps- en bevallingsverlof uitbetaald en de uitkering vanwege wensouderverlof niet. Bij deze rangorde is aangesloten bij de hoogte van de uitkering, de duur van de uitkering en het tijdvak waarin de uitkering kan worden opgenomen. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat in dat in deze samenloopbepaling ook het aanvullend geboorteverlof is opgenomen. In de Wet betaald ouderschapsverlof is deze bepaling abusievelijk niet gewijzigd. Tenslotte is samenloop met een van deze uitkeringen en betaald ouderschapsverlof geregeld in artikel 6:3, achtste lid, van de Wet arbeid en zorg. Zie ook de toelichting bij onderdeel P.

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. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat artikel 4:7, eerste lid, van de Wet arbeid en zorg van toepassing is. Net als bij ander calamiteiten- en kort verzuimverlof, bedoeld in artikel 4:1 van de Wet arbeid en zorg, kan in bepaalde gevallen voor wat betreft de loondoorbetaling ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

Onderdeel O

Dit onderdeel regelt dat een (eventuele) partner van de draagmoeder geen recht heeft op geboorteverlof. Als er geen recht is op geboorteverlof is er op grond van de Wet arbeid en zorg ook geen recht op het aanvullend geboorteverlof. Daarentegen hebben de wensouders recht op wensouderverlof. Zie ook paragraaf 7.3.

Onderdeel P

Dit onderdeel betreft artikel 6:3, achtste lid, van de Wet arbeid en zorg. Mocht er een periode van samenloop zijn met verschillende uitkeringen en het betaald ouderschapsverlof, dan wordt het betaald ouderschapsverlof niet uitbetaald. Toegevoegd wordt dat dit ook geldt voor de samenloop met wensouderverlof.

Onderdeel Q

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 VIII 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 (uitkering vanwege wensouderverlof). Daarnaast is het artikel aangepast met het aanvullend geboorteverlof en het betaald ouderschapsverlof, artikel 4:2b en artikel 6:3a van de Wet arbeid en zorg. De Wet betaald ouderschapsverlof wijzigde deze bepaling abusievelijk niet.

Artikel IX Wet lidmaatschap koninklijk huis

De vernummering van de leden van artikel 5 van Boek 1 BW werkt ook door in de verwijzing naar die leden in artikel 9 van de Wet lidmaatschap koninklijk huis.

Artikel X Wet Inkomstenbelasting 2001

In het voorgestelde artikel 1:215, derde lid, BW is een delegatiebevoegdheid opgenomen voor een amvb waarin de aard en de maximale hoogte worden vastgesteld van betalingen van de wensouders aan de draagmoeder in verband met het draagmoederschap. Dit ziet onder meer op de vergoeding van (on)kosten. Naast deze specifieke onkostenvergoedingen zal de amvb ruimte bieden voor een

beperkte tegemoetkoming draagmoederschap. Deze tegemoetkoming ziet op een vast bedrag voor een vaste periode. Voor de vaststelling van dit bedrag in de amvb zal aansluiting worden gezocht bij de hoogte van de geldende vrijwilligersregeling, die uitgaat van maximaal € 190,- per maand (in 2023) voor een maximale periode die afhankelijk is van de wijze van totstandkoming van de zwangerschap. Bij laagtechnologisch draagmoederschap gaat het om een periode van circa 15 maanden die start drie maanden voorafgaand aan de zwangerschap en eindigt drie maanden na het einde van de zwangerschap. Bij IVF-draagmoederschap gaat het om een periode vanaf de aanvang van de fertiliteitsbehandeling tot drie maanden na het einde van de zwangerschap. Het bedrag van € 190,- zal jaarlijks worden geïndexeerd op dezelfde manier als dat gebeurt met de hoogte van onderhoudsbijdragen (zie artikel 1:402a BW). De afspraken die de wensouders en de draagmoeder hierover maken moeten worden vastgelegd in de draagmoederschapsovereenkomst. Het bedrag en de periode die in de amvb worden opgenomen betreffen het maximale bedrag en de maximale termijn. De wensouders en de draagmoeder kunnen er ook voor kiezen een lager bedrag en/of een kortere periode overeen te komen, dan wel af te zien van een betaling. Om zeker te stellen dat de door de wensouders en de draagmoeder overeengekomen tegemoetkoming draagmoederschap onverkort aan de draagmoeder ten goede zal komen, wordt in artikel 3.13, eerste lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 in een nieuw onderdeel k een vrijstelling opgenomen voor deze tegemoetkoming, voor zover deze qua bedrag en periode de maxima in de amvb niet overschrijdt. Door de vrijstelling wordt de betreffende tegemoetkoming niet in de heffing van inkomstenbelasting betrokken en heeft deze tegemoetkoming ook geen gevolgen voor een eventueel recht op toeslagen van de draagmoeder. Dit is niet per definitie het geval bij de overige vergoedingen die de wensouders aan de draagmoeder (kunnen) betalen. Voor betalingen die zien op vergoeding van inkomstendering geldt dat deze als inkomen in de heffing worden betrokken bij de bron waar de derving zich voordoet (winst uit onderneming, loon uit dienstbetrekking of resultaat uit overige werkzaamheden). Ook voor betalingen die zien op het vergoeden van kosten kan – afhankelijk van de beoordeling of sprake is van een bron van inkomen – heffing van inkomstenbelasting aan de orde zijn. Bij een bron van inkomen zal doorgaans sprake zijn van resultaat uit overige werkzaamheden. Het verschil tussen de van de wensouders ontvangen bedragen en de door de draagmoeder daadwerkelijk gemaakte kosten – voor zover deze fiscaal als aftrekbare kosten in aanmerking worden genomen – wordt in de heffing betrokken. Voor de vaststelling of sprake is van een bron van inkomen wordt de tegemoetkoming draagmoederschap van maximaal een bedrag van € 190 per maand (bedrag voor 2023; bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd) meegenomen. Bij de daaropvolgende vaststelling van het belastbare resultaat blijft deze tegemoetkoming vanwege de vrijstelling buiten beschouwing.

Artikel XI Participatiewet

In het voorgestelde artikel 1:215, derde lid, BW is een delegatiebevoegdheid opgenomen voor een amvb waarin de aard en de maximale hoogte worden vastgesteld van betalingen van de wensouders aan de draagmoeder in verband met het draagmoederschap. Dit ziet onder meer op de vergoeding van (on)kosten. Naast deze specifieke onkostenvergoedingen zal de amvb ruimte bieden voor een beperkte tegemoetkoming draagmoederschap. Deze tegemoetkoming ziet op een vast bedrag voor een vaste periode. In de amvb zal aansluiting worden gezocht bij de hoogte van de geldende vrijwilligersregeling, die uitgaat van maximaal € 190,- per maand (in 2023) voor een maximale periode die afhankelijk is van de wijze van totstandkoming van de zwangerschap. Het bedrag van € 190,- zal jaarlijks worden geïndexeerd op dezelfde manier zoals dat gebeurt met de hoogte van onderhoudsbijdragen (zie artikel 1:402a BW). Om zeker te stellen dat de door de wensouders en de draagmoeder overeengekomen tegemoetkoming draagmoederschap onverkort aan de draagmoeder ten goede zal komen, wordt in artikel 31, tweede lid, van de Participatiewet in een nieuw onderdeel bepaald dat deze tegemoetkoming niet wordt gerekend tot de middelen waarover de alleenstaande of het gezin beschikt of redelijkerwijs kan beschikken. Dit geldt voor zover deze tegemoetkoming qua bedrag en periode de maxima in de amvb niet overschrijdt.

Artikel XII Wet basisregistratie personen (Wet BRP)

Met de voorgestelde wijzigingen wordt geregeld dat in gevallen waarin een kind is geboren nadat de rechter een verzoek tot toekenning van ouderschap na draagmoederschap heeft toegewezen, dat

kind vanaf geboorte kan worden ingeschreven op het adres van de wensouder(s). Het kind wordt ingeschreven op het adres van de (wens)ouder die als eerste op de geboorteakte staat vermeld. In het Besluit Burgerlijke Stand (BBS) zal worden bepaald welke gegevens en in welke volgorde op een geboorteakte van een kind geboren na draagmoederschap worden opgenomen. Als de wensouders niet op hetzelfde adres staan ingeschreven en het kind gaat op het adres van de als tweede op de geboorteakte vermelde (wens)ouder verblijven, zal een aangifte van adreswijziging moeten plaatsvinden (art. 2.20 Wet BRP). Ditzelfde geldt voor de situatie waarin het kind bij de draagmoeder gaat wonen.

Artikel XIII Evaluatiebepaling

Voor een toelichting op deze bepaling wordt verwezen naar par. 7.6 van het algemeen deel van deze toelichting.

Artikel XIV Samenloopbepaling wetsvoorstel introductie gecombineerde geslachtsnaam

Met deze bepaling wordt de samenloop geregeld met het wetsvoorstel tot introductie van een gecombineerde geslachtsnaam.

Artikel XV Samenloopbepaling wetsvoorstel wijziging van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting

Deze bepaling regelt de samenloop met het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb) (Kamerstukken 35 870). Op grond van dat wetsvoorstel wordt de naam van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting gewijzigd in College donorgegevens kunstmatige bevruchting. Deze naamswijziging noopt ook tot aanpassing van verwijzingen in bepalingen van het onderhavige wetsvoorstel respectievelijk naar aanleiding daarvan ingevoerde bepalingen.

Verder geldt in onderhavig wetsvoorstel ten aanzien van de gegevens in het draagmoederschapsregister een bewaartermijn van honderd jaar vanaf de dag dat het kind wordt geboren. Gelet op de samenhang met het in de Wdkb geregelde register is het wenselijk om voor de in dat register opgenomen gegevens eveneens een bewaartermijn van honderd jaar aan te houden. Daartoe strekt de onderhavige samenloopbepaling.

Artikel XVI Inwerkingtreding

Bij de inwerkingtreding van dit voorstel zullen de vaste verandermomenten in acht worden genomen, tenzij vanwege de benodigde implementatietermijn voor betrokken organisaties of overwegingen van efficiëntie bij de invoering van wensouderverlof door het UWV een ander moment meer aangewezen is.

Deze toelichting wordt ondertekend mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

De Minister voor Rechtsbescherming,