

Advies van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht betreffende het conceptwetsvoorstel Kind, draagmoederschap en afstamming

1. Adviesaanvraag

Bij brief van 24 april 2020 (kenmerk:) heeft de Minister voor Rechtsbescherming de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht (hierna: de Staatscommissie) om advies gevraagd over het conceptwetsvoorstel Kind, draagmoederschap en afstamming (hierna: het Conceptwetsvoorstel).

De Staatscommissie begrijpt dat zij wordt verzocht in haar advies aandacht te schenken aan de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de regeling van draagmoederschap in het Conceptwetsvoorstel.

Het advies is voorbereid door de Subcommissie Personen- en familierecht van de Staatscommissie. Het hierbij aangeboden advies is door de Staatscommissie vastgesteld op 1 juli 2020.

2. Inleiding

De internationaal privaatrechtelijke aspecten van de regeling van draagmoederschap in het Conceptwetsvoorstel betreffen:

(i) de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van een verzoek tot gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in artikel 1:214 BW van het conceptwetsvoorstel,

(ii) het recht dat toepasselijk is op de gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap en op de familierechtelijke betrekkingen door draagmoederschap, en

(iii) de erkenning in Nederland van in het buitenland tot stand gekomen beslissingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd, alsmede van in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd en die zijn neergelegd in een door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte.

De Staatscommissie heeft aan de internationaal privaatrechtelijke aspecten van draagmoederschap eerder beschouwingen gewijd in haar advies d.d. 20 februari 2019 aan de Minister van Rechtsbescherming over de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de aanbevelingen en voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap in haar Rapport 'Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw' (hierna: het Advies 2019)¹. De Staatscommissie zal die beschouwingen in het onderhavige advies betrekken en in het bijzonder aandacht schenken aan de punten waarop in het Conceptwetsvoorstel wordt afgeweken van de aanbevelingen van de Staatscommissie in het Advies 2019.

¹ Zie hoofdstuk 2 van het Advies 2019.

3. Internationale bevoegdheid

In het Conceptwetsvoorstel wordt ervoor gekozen, anders dan de Staatscommissie in meerderheid aanbeveelt in het Advies 2019, de internationale bevoegdheid in zaken van draagmoederschap niet in een afzonderlijke bepaling te regelen. De keuze heeft tot gevolg dat, bij gebreke van Nederland bindende internationale verdragen en Europese regelingen op dit terrein, de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van een verzoek tot gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in artikel 1:214 BW van het Conceptwetsvoorstel, alsmede van verzoeken met betrekking tot kwesties die uit de draagmoederschapsovereenkomst kunnen voortvloeien², wordt bepaald door de regeling in artikel 3 Rv, de algemene regeling met betrekking tot de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in zaken die bij verzoekschrift moeten worden ingeleid. Aan de toepassing van artikel 3 Rv in zaken van draagmoederschap kleven bezwaren. In het Advies 2019 wijst de Staatscommissie erop dat toepassing van de ruime algemene bevoegdheidsregeling van art. 3 Rv zou kunnen leiden niet alleen tot 'draagmoederschapstoerisme', maar ook tot niet-erkenning in het buitenland van Nederlandse beslissingen inzake draagmoederschap³.

Aan deze bezwaren beoogt het Conceptwetsvoorstel tegemoet te komen door de materiële regeling van ouderschap door draagmoederschap te binden aan een zogenoemde *scope rule* (reikwijdteregel of eenzijdige conflictregel). De regel is vorm gegeven in artikel 1:215, lid 1, aanhef en onder j en k, van het Conceptwetsvoorstel en houdt in dat de toekenning door de rechtbank van het ouderschap na draagmoederschap wordt gebonden aan voorwaarden die betrekking hebben op verbondenheid van de draagmoeder en ten minste één van de wensouders met Nederland. Die voorwaarden zijn dat "de draagmoeder en tenminste één van de wensouders de gewone verblijfplaats hebben in Nederland en deze naar verwachting gedurende de zwangerschap zullen houden" (onder j) en dat "de draagmoeder en tenminste één van de wensouders de Nederlandse nationaliteit hebben dan wel rechtmatig verblijf in Nederland hebben op grond van artikel 8 onder b, d of e van de Vreemdelingenwet 2000" (onder k).

In de concept Memorie van Toelichting bij het Conceptwetsvoorstel (hierna: de Concept MVT) wordt de keuze om de voorwaarden van verbondenheid met Nederland niet op te nemen als bevoegdheidsgronden in een nieuw op te stellen bijzondere internationale bevoegdheidsregel, maar als samengestelde aanknopingsfactor in een *scope rule*, gemotiveerd met de overweging dat bij de beoordeling van internationale bevoegdheid toetsing van de voorwaarden van verbondenheid met Nederland beperkt blijft tot het moment waarop de tussenkomst van de rechter wordt ingeroepen, het zogenoemde *perpetuatio fori*-beginsel. Daarmee zou onvoldoende tot uitdrukking komen dat aan de voorwaarden van verbondenheid met Nederland niet alleen ten tijde van de inleiding van de procedure, maar ook gedurende het gehele verloop van de procedure moet zijn voldaan⁴.

De Staatscommissie plaatst bij de in het Conceptwetsvoorstel gekozen aanpak (kort gezegd: liever een *scope rule* dan een bijzondere internationale bevoegdheidsregel) de volgende aantekeningen.

In de eerste plaats verdient aandacht dat een *scope rule* weliswaar het risico van 'draagmoederschapstoerisme' naar Nederland kan beperken, maar niet het risico van niet-erkenning van Nederlandse beslissingen in het buitenland. Een internationaal gebruikelijke voorwaarde voor de

² In het Advies 2019 heeft de Staatscommissie aanbevolen dat de bijzondere bevoegdheidsregel een ruim materieel toepassingsbereik zou moeten krijgen en ook betrekking zou moeten hebben op kwesties die uit de draagmoederschapsovereenkomst kunnen voortvloeien. Zie Advies 2019, p. 5/6.

³ Advies 2019, p. 4.

⁴ Concept MVT, p. 39.

erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen is dat de buitenlandse rechter zich op een internationaal aanvaardbaar geachte grond internationaal bevoegd heeft verklaard. In veel landen wordt de erkenning niet afhankelijk gesteld van de vraag welk recht de buitenlandse rechter heeft toegepast, noch van de vraag op grond van welke (meerzijdige of eenzijdige) conflictregel, de buitenlandse rechter het toepasselijke recht heeft vastgesteld. Indien de Nederlandse rechter, die gehouden is ambtshalve de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter aan een onderzoek te onderwerpen⁵, zich in een beslissing over draagmoederschap bevoegd verklaart op grond van de algemene bevoegdheidsregeling van artikel 3 Rv, is de kans dat deze bevoegdheidsregeling in het buitenland te ruim wordt geoordeeld voor beslissingen over draagmoederschap en dat erkenning van de Nederlandse beslissing daarom afstuit op de bevoegdheidstoets, niet denkbeeldig. De omstandigheid dat de grenzen die de *scope rule* stelt aan het toepassingsgebied van de Nederlandse materiële regeling inzake draagmoederschap, de facto de toegang tot de Nederlandse rechter beperkt, kan hieraan niet afdoen. De vraag of de beslissing van de Nederlandse rechter in het buitenland kan worden erkend, wordt immers mede bepaald door de grond waarop de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid heeft aangenomen, en niet door de wijze waarop hij – nadat de bevoegdheidsbeslissing is genomen - de vraag naar het toepasselijke recht heeft beslist.

Voorts wijst de Staatscommissie erop dat, anders dan wellicht uit het Advies 2019 zou kunnen worden opgemaakt⁶ en dan in de Concept MvT kennelijk wordt aangenomen, het *perpetuatio fori*-beginsel geen absoluut beginsel is. In bijvoorbeeld het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996⁷ geldt het beginsel niet bij de toepassing van de algemene bevoegdheidsregel inzake het nemen van maatregelen van ouderlijke verantwoordelijkheid (artikel 5, lid 1) en vervalt bij wijziging van de omstandigheid waaraan bevoegdheid kan worden ontleend de bevoegdheid van de aangezochte rechter (artikel 5, lid 2). Naar het oordeel van de Staatscommissie staat het de wetgever vrij ten aanzien van de door de Staatscommissie in het Advies 2019 voorgestelde bijzondere bevoegdheidsregel⁸ af te zien van het *perpetuatio fori*-beginsel en te bepalen dat bij wijziging van de bevoegdheid scheppende omstandigheden (Nederland als gewone verblijfplaats van de draagmoeder en van één van de wensouders) na de inleiding van de procedure de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid verliest. Wordt voor deze weg gekozen, dan bestaat naar het oordeel van de Staatscommissie geen behoefte aan de in het Conceptwetsvoorstel voorgestelde *scope-rule* en wordt bovendien de erkenbaarheid van Nederlandse beslissingen inzake draagmoederschap in het buitenland beter gewaarborgd.

In de derde plaats verdient aantekening dat indien, zoals in het Conceptwetsvoorstel, ervoor wordt gekozen de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in zaken van draagmoederschap niet te onderwerpen aan een bijzondere bevoegdheidsregeling maar over te laten aan de bestaande algemene bevoegdheidsregeling van artikel 3 Rv, onzeker is of de Nederlandse rechter in deze zaken op de voet van artikel 9, aanhef en onder b, Rv als zogenoemd *forum necessitatis* bevoegdheid zou kunnen toekomen. De Staatscommissie beveelt in het Advies 2019 aan deze mogelijkheid uit het oogpunt van duidelijkheid en rechtszekerheid uit te sluiten. De Staatscommissie meent deze aanbeveling, ook bij de in het Conceptwetsvoorstel gekozen aanpak (liever een *scope rule* dan een bijzondere internationale bevoegdheidsregel), te moeten handhaven en adviseert ook in die aanpak

⁵ Zie HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:443, NJ 2019/259, en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:566, NJ 2019/260 m.nt. L. Strikwerda.

⁶ Advies 2019, p. 4.

⁷ Verdrag van 19 oktober 1996, Trb. 1997, 299, voor Nederland in werking getreden op 1 mei 2011.

⁸ Advies 2019, p. 4.

een voorziening te treffen om de toepassing van artikel 9, aanhef en onder b, in zaken van draagmoederschap uit te sluiten.

Ten slotte wijst de Staatscommissie erop dat in het Conceptwetsvoorstel niet is voorzien in een internationale bevoegdheidsregel met betrekking tot het in het voorgestelde artikel 1:219 BW bedoelde verzoek tot herroeping van de beschikking houdende de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap. Zonder een zodanige voorziening wordt de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van het verzoek tot herroeping bepaald door de algemene regeling van artikel 3 Rv. In gevallen waarin geen van de personen op wier verzoek de beschikking is uitgesproken nog gewone verblijfplaats in Nederland heeft, kan de internationale bevoegdheid inzake het verzoek tot herroeping slechts worden gegrond op de bevoegdheidsregel van artikel 3, aanhef en onder c, Rv. Naar het oordeel van de Staatscommissie is deze 'open' bevoegdheidsregel in dit geval minder geschikt en is uit het oogpunt van duidelijkheid en rechtszekerheid gewenst dat in een afzonderlijke bevoegdheidsregel wordt vastgelegd dat de Nederlandse rechter steeds als vervolgforum internationaal bevoegd is van het verzoek tot herroeping kennis te nemen⁹.

4. Toepasselijk recht

In het Conceptwetsvoorstel wordt een afzonderlijke conflictregel geformuleerd voor draagmoederschap. Deze conflictregel krijgt als artikel 10:98a een plaats in Titel 5 van Boek 10. De regel heeft het karakter van een eenzijdige conflictregel. Zij is gebaseerd op zogenoemde *Gleichlauf*: internationale bevoegdheid en toepasselijk recht zijn gekoppeld zodat de Nederlandse rechter, eenmaal bevoegd, Nederlands recht toepast.

Dit een en ander is in overeenstemming met de aanbevelingen van de Staatscommissie in het Advies 2019¹⁰ en geeft de Staatscommissie geen aanleiding tot opmerkingen.

Wel adviseert de Staatscommissie om, overeenkomstig de aanbeveling in het Advies 2019¹¹, in de memorie van toelichting bij de voorgestelde conflictregel - voor alle duidelijkheid – op te merken dat de draagmoederschapsovereenkomst niet wordt bestreken door artikel 10:154 BW en dat de verwijzingsregeling van de Verordening Rome I¹² dus niet van overeenkomstige toepassing is.

5. Erkenning van in het buitenland tot stand gekomen ouderschap na draagmoederschap

In het Conceptwetsvoorstel wordt ten aanzien van de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen "familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming na draagmoederschap"¹³ gekozen voor een twee sporen-stelsel. Daartoe wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds gevallen waarin aan bepaalde materiële of territoriale voorwaarden is voldaan (het voorgestelde artikel 10:101a, lid 3, BW) en anderzijds alle andere gevallen (het voorgestelde artikel 10:101a, lid 1

⁹ Vgl. Advies 2019, p. 6, waar de Staatscommissie aanbeveelt dat de Nederlandse rechter ook steeds als vervolgforum internationaal bevoegd zou moeten zijn van verzoeken met betrekking tot kwesties die uit de draagmoederschapsovereenkomst kunnen voortvloeien.

¹⁰ Advies 2019, p. 2-3 en 7-9.

¹¹ Advies 2019, p. 8.

¹² Verordening (EG) nr. 593/2008, *PbEU* 2008, L 177.

¹³ Naar het oordeel van de Staatscommissie is met deze omschrijving het onderwerp van de erkenningsregeling voldoende duidelijk afgebakend.

en 2, BW). Erkenning in de eerstbedoelde gevallen vindt van rechtswege plaats. In de andere gevallen vindt erkenning *niet* van rechtswege plaats, en is daartoe een beslissing van de rechter vereist. Zowel in het ene als in het andere spoor zijn, naar de Staatscommissie begrijpt, de algemene erkenningsvoorwaarden genoemd in de bestaande artikelen 10:100 BW (indien het ouderschap na draagmoederschap berust op een buitenlandse rechterlijke beslissing) en 10:101 BW (indien het ouderschap na draagmoederschap is neergelegd in een buitenlandse akte) van toepassing.

Het is de Staatscommissie niet geheel duidelijk geworden welke erkenningsvoorwaarden gelden bij de erkenning die verloopt via de rechter. Gelden hier uitsluitend de algemene erkenningsvoorwaarden van de bestaande artikelen 10:100 en 10:101 BW? Of gelden daarnaast ook de voorwaarden, genoemd in het voorgestelde artikel 10:101a, lid 3, BW, al dan niet als nadere invulling van de openbare orde-toets als bedoeld in de bestaande artikelen 10:100 en 10:101 BW? Als dit laatste juist is, betekent dit dan dat de weg van erkenning van rechtswege op de voet van het voorgestelde artikel 10:101a, lid 3, BW alleen openstaat indien zonder nader onderzoek kan worden vastgesteld dat aan de in deze bepaling genoemde voorwaarden is voldaan¹⁴, en dat de weg van erkenning via de rechter moet worden gevolgd in alle gevallen waarin niet aanstonds duidelijk is of aan die voorwaarden is voldaan? Zonder duidelijkheid op dit punt is de regeling naar het oordeel van de Staatscommissie niet goed bruikbaar. In ieder geval ontraadt de Staatscommissie om de vraag welke voorwaarden gelden bij de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen ouderschap na draagmoederschap te laten afhangen van het spoor dat bij de erkenning wordt gevolgd.

In de voorgestelde regeling wordt naar het oordeel van de Staatscommissie terecht ervan uitgegaan dat erkenning van de afstammingsrelatie via de rechter op grond van het eerste en tweede lid van het voorgestelde artikel 10:101a BW niet een constitutief, maar een declaratoir karakter heeft ("... als de rechter dit verklaart"). Mede in verband met de uit artikel 3 en 4 van de Rijkswet op het Nederlanderschap voortvloeiende nationaliteitsrechtelijke gevolgen van de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming na draagmoederschap, verdient het aanbeveling in de toelichting op het artikel dit declaratoire karakter van de beslissing van de rechter buiten twijfel te stellen.

In het vierde lid van het voorgestelde artikel 10:101a BW is een voorziening getroffen met betrekking tot gezag van de wensouders over het kind¹⁵. De voorziening houdt in dat erkenning van de afstammingsrelatie van de ouders tevens erkenning van het gezag van de wensouders over het kind inhoudt.

Bij de bepaling tekent de Staatscommissie het volgende aan. Bij de beoordeling van de vraag of de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van

¹⁴ De Staatscommissie vraagt zich af of deze situatie zich in de praktijk vaak zal voordoen, nu de beoordeling van sommige voorwaarden vraagt om waardering van feitelijke omstandigheden (a, sub i: 'redelijke termijn' en b: 'gewone verblijfplaats buiten Nederland') of om uitleg van buitenlands recht (a, sub iii: 'er een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de akte', en b: 'is erkend in die staat of staten'). Wat de voorwaarde a, sub iii, betreft, zou aanbeveling verdienen in de toelichting op de bepaling duidelijk te maken op welke rechterlijke beslissingen wordt gedoeld: alleen beslissingen waarbij familierechtelijke beslissingen worden vastgesteld of gewijzigd, of ook beslissingen waarin bijvoorbeeld enkel toestemming wordt gegeven voor het vestigen van een familierechtelijke betrekking of waarin een familierechtelijke betrekking wordt gehomologeerd nadat een akte is opgemaakt?

¹⁵ Kennelijk heeft de bepaling van artikel 10:110, lid 1, aanhef en onder b, BW inzake de erkenning van buitenlandse adopties model gestaan voor deze voorziening. Opmerking verdient dat deze bepaling is overgenomen uit de Wet conflictenrecht adoptie van 3 juli 2003, *Stb.* 2003, 283, welke wet is tot stand gekomen voordat het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 voor Nederland in werking trad.

afstamming na draagmoederschap gevolgen heeft voor het gezag over het kind, moeten naar het oordeel van de Staatscommissie twee categorieën van gevallen worden onderscheiden.

De eerste categorie betreft gevallen waarin in de buitenlandse rechterlijke beslissing (mede) is bepaald wie met het gezag over het kind zijn bekleed. Is deze rechterlijke beslissing gegeven in een staat die, evenals Nederland, partij is bij het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996¹⁶, dan bepaalt de regeling van Hoofdstuk IV van dit verdrag of de beslissing, voor zover daarbij in het gezag over het kind is voorzien, in Nederland kan worden erkend. Is de beslissing afkomstig van een rechter van een staat die geen partij is bij het Haags Kinderbeschermingsverdrag en is tussen deze staat en Nederland ook geen ander verdrag van kracht inzake de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen op het terrein van ouderlijke verantwoordelijkheid, dan bepaalt het commune Nederlandse recht inzake de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen of de beslissing, voor zover daarbij in het gezag over het kind is voorzien, in Nederland kan worden erkend¹⁷.

De tweede categorie betreft gevallen waarin in het buitenland waar het ouderschap na draagmoederschap is tot stand gekomen, niet bij rechterlijke beslissing is voorzien in het gezag over het kind, bijvoorbeeld omdat in dat buitenland ouderschap van rechtswege leidt tot gezag. De vraag of de wensouders in deze gevallen het gezag over het kind toekomt, is een vraag van toepasselijk recht. Deze vraag vindt een regeling in Hoofdstuk III van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. De regeling heeft blijkens artikel 20 van het verdrag een universeel formeel toepassingsgebied. Dit betekent dat ongeacht of de staat waar het gezag is ontstaan partij is bij het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, en ook ongeacht of de wensouders en de draagmoeder door nationaliteit of gewone verblijfplaats al dan niet zijn verbonden met een verdragsluitende staat, aan de hand van het door de verwijzingsregeling van het verdrag als toepasselijk aangewezen rechtsstelsel moet worden bepaald of de wensouders van rechtswege met het gezag over het kind zijn bekleed.

Naar het oordeel van de Staatscommissie volgt uit dit een en ander dat de in het vierde lid van het voorgestelde artikel 10:101a BW getroffen voorziening met betrekking tot gezag van de wensouders over het kind kan worden gemist¹⁸. De voorziening treedt immers ten dele op een terrein dat bestreken wordt door het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, en ten dele op een terrein dat reeds een regeling vindt in het commune internationaal privaatrecht.

6. Overgangsrecht

Tot slot heeft de Staatscommissie nog stilgestaan bij de vraag of ten aanzien van de voorgestelde internationaal privaatrechtelijke bepalingen een overgangsrechtelijke voorziening zou dienen te worden getroffen. Uit de Concept MvT blijkt dat een bijzondere regeling van overgangsrecht niet noodzakelijk wordt geacht, ook niet voor internationale gevallen¹⁹.

¹⁶ Verdrag van 19 oktober 1996, *Trb.* 1997, 299, voor Nederland in werking getreden op 1 mei 2011.

¹⁷ Vgl. Strikwerda/Schaafsma, Inleiding tot het Nederlandse IPR, 2019, nr. 284-290.

¹⁸ Ten overvloede merkt de Staatscommissie op dat dit naar haar oordeel ook zou gelden voor een voorziening overeenkomstig het bestaande artikel 10:110, lid 1, aanhef en onder a, BW, inzake de erkenning van buitenlandse adopties. Ook zonder een zodanige voorziening brengt erkenning van familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming na draagmoederschap mee dat niet alleen de familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en de wensouders maar ook – indien het toegepaste recht daarin voorziet – die tussen het kind en de bloedverwanten van de wensouders.

¹⁹ Concept MvT, p. 30-31.

Naar het oordeel van de Staatscommissie zou het aanbeveling verdienen om ten aanzien van de thans voorgestelde regeling inzake de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen ouderschap na draagmoederschap (het voorgestelde art. 10:101a BW) wel een overgangsrechtelijke voorziening te treffen, nu deze regeling op onderdelen sterk afwijkt van de bestaande erkenningsregeling inzake de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen (art. 10:100 en 10:101 BW). Uit oogpunt van rechtszekerheid en van rechtsgelijkheid beveelt de Staatscommissie aan om in een afzonderlijke bepaling vast te leggen dat de thans voorgestelde erkenningsregeling onmiddellijke werking heeft, zodat buiten twijfel wordt gesteld dat de regeling na de inwerkingtreding ook van toepassing is op de erkenning van vóór de inwerkingtreding in het buitenland tot stand gekomen ouderschap na draagmoederschap.

1 juli 2020

