Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2022–2023

36 390 Wijziging van Boek 1 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van onder meer een regeling voor draagmoederschap en de versterking van het recht van het kind op afstammingsinformatie (Wet kind, draagmoederschap en afstamming)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT[1]

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 2 juni 2021 en het nader rapport d.d. 30 juni 2023, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Minister van Onderwijs Cultuur en Wetenschap. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

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

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

Bij Kabinetsmissive van 15 december 2020, no. 2020002588, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 1 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van met name een regeling voor draagmoederschap en een versterking van het recht van het kind op afstammingsinformatie (Wet kind, draagmoederschap en afstamming), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel introduceert eerst en vooral een regeling voor toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland en een regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland. Blijkens de toelichting is het doel van deze regelingen het bieden van een betere bescherming van het kind, de draagmoeder en de

[1] De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

kst-36390-4
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2023

wensouders. In samenhang hiermee worden ook het wensouderschapsverlof en enige strafbaarstellingen voorgesteld. Daarnaast beoogt het wetsvoorstel het recht op afstammingsinformatie te versterken, de mogelijkheden tot beëindiging van het ouderschap te verruimen, de termijnen voor de ontkenning van het ouderschap of de vernietiging van de erkenning te schrappen, en de bescherming van minderjarige ouders te versterken.

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

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

(i) *het belang van het kind een eerste overweging vormt en mede met het oog daarop voorkomen wordt dat het kind «tussen wal en schip terechtkomt» en*

(ii) *de (potentiële) draagmoeder wordt beschermd tegen ongeoorloofde druk voorafgaand aan en tijdens een zwangerschap, evenals bij de afstand van het kind.*

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

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

Leeswijzer

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

In deel II gaat de Afdeling over tot een beoordeling van het wetsvoorstel. In dat verband maakt zij eerst opmerkingen over de reikwijdte (punt 3) en

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

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

DEEL I – INHOUD EN CONTEXT VAN HET WETSVOORSTEL

1. Inhoud van het wetsvoorstel

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

a. Voorgestelde regelingen m.b.t. draagmoederschap

Het wetsvoorstel biedt zowel een regeling voor toekenning van ouderschap na draagmoederschap binnen Nederland als een separate regeling voor de erkenning van ouderschap na draagmoederschap uit het buitenland. Volgens de toelichting moeten de regelingen ten aanzien van draagmoederschap zoveel mogelijk al vóór de conceptie waarborgen dat het traject van draagmoederschap zorgvuldig en transparant verloopt en dat rechtszekerheid wordt geboden aan alle betrokkenen.[2]

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

---

[2] Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.
[3] Voorgesteld artikel 1:214–1:215 BW; memorie van toelichting, paragraaf 4.5, en artikelsgewijze toelichting op voorgesteld artikel 1:214–1:215 BW.
[4] Voorgesteld artikel 1:216 BW en de artikelsgewijze toelichting op die bepaling.
[5] Voorgestelde wijziging van artikel 1:20 BW en memorie van toelichting, paragraaf 4.6.
[6] Voorgestelde wijziging van artikel 1:22 BW en memorie van toelichting, paragraaf 4.6.

toekenning van het ouderschap te herroepen. Daarvoor is uiterlijk zes weken na de geboorte een gang naar de rechter nodig.[7]

De voorgestelde regeling voor eenvoudige erkenning van buitenlandse beslissingen na draagmoederschap beoogt wensouders te stimuleren gebruik te maken van draagmoeders in landen die voldoen aan bepaalde basisvoorwaarden.[8] *Voorwaarden voor deze erkenning zijn, onder meer, dat gegevens over de afstamming van het kind beschikbaar zijn voor opname in een register en een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de buitenlandse geboorteakte van een kind dat geboren is uit draagmoederschap.*

Het wetsvoorstel bevat tevens enkele strafbaarstellingen om binnenlands en buitenlands draagmoederschap te reguleren. Zowel betalingen voor de overdracht van ouderschap als onkostenvergoedingen voor het draagmoederschap die bij algemene maatregel van bestuur bepaalde maxima te boven gaan, worden strafbaar gesteld.[9] *Daarnaast wordt het bemiddelingsverbod dat nu bestaat, versoepeld.*[10]

Ook regelt het wetsvoorstel dat de wensouders die werknemer of gelijkgestelde zijn, recht hebben op verlof dat zesmaal de wekelijkse arbeidsduur bedraagt.[11] *Wensouders die werknemer zijn, zullen daarnaast expliciet worden vermeld als rechthebbenden op calamiteiten- en ander kort verzuimverlof wegens zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden, zoals de bevalling van de draagmoeder.*[12]

b. Versterking van het recht op afstammingsinformatie

Het wetsvoorstel bevat een verplichting voor ouders en andere personen met gezag om kinderen afstammingsvoorlichting te geven.[13] *Volgens de toelichting ziet dergelijke voorlichting in ieder geval op gegevens over de genetische ouders van het kind en de eventueel niet-genetisch verwante geboortemoeder, waaronder persoonsidentificerende gegevens, medische gegevens en gegevens die een beeld geven van de persoon van de betrokkene. Wanneer van een donor gebruik is gemaakt, betreft het ook informatie over eventuele genetische broers en zussen. Verder betreft het informatie over instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend.*[14]

Daarnaast bevat het wetsvoorstel een algemene grondslag voor een register waarin in ieder geval gegevens met betrekking tot draagmoederschap worden opgeslagen.[15] *Naast gegevens over de biologische afstamming, worden bijvoorbeeld ook de beschikking van de rechter en de draagmoederschapsovereenkomst opgenomen. Uit de toelichting blijkt verder dat uiteindelijk wordt beoogd om aan (alle) kinderen met vragen over hun afstamming een centrale toegang te geven tot biologische en genetische gegevens, ongeacht de wijze waarop de afstammingsrelatie tot stand is gekomen.*

---

[7] Voorgestelde wijziging van artikel 1:219 BW en memorie van toelichting, paragraaf 4.7.
[8] Voorgesteld artikel 10:101a BW en memorie van toelichting, paragraaf 4.8.
[9] Respectievelijk voorgesteld artikel 151ca Sr voorgesteld artikel 442b Sr; memorie van toelichting, paragraaf 5.1, 5.3 en 5.4.
[10] Voorgesteld artikel 151b, vierde lid, Sr en memorie van toelichting, paragraaf 5.5.
[11] Zie met name voorgesteld artikel 3:2a Wet arbeid en zorg; en memorie van toelichting, paragraaf 6.2.
[12] Memorie van toelichting, paragraaf 6.2.
[13] Voorgesteld artikel 1:247 en artikel 1:248 BW. Nu is voor erkenning en toestemming tot erkenning door 16- en 17-jarigen geen toestemming van de rechter nodig.
[14] Memorie van toelichting, paragraaf 6.1.
[15] Voorgesteld artikel 1:199a BW en memorie van toelichting, paragraaf 6.1.

c. Verruiming mogelijkheden beëindiging ouderschap

Het wetsvoorstel creëert een algemene grondslag voor de beëindiging van ouderschap op verzoek van een meerderjarig kind.[16] Volgens het voorstel kan een verzoek slechts worden ingewilligd, indien de beëindiging in het kennelijk belang van het kind is en de rechtbank van de redelijkheid van de beëindiging in gemoede overtuigd is.

d. Vervallen van termijnen voor ontkenning of vernietiging erkenning ouderschap

Voorgesteld wordt om de bestaande termijnen voor de ontkenning van het ouderschap of vernietiging van de erkenning te laten vervallen. De toelichting vermeldt dat de huidige regelingen voor het tenietgaan van ouderschap knellen en dat de thans gehanteerde termijnen niet in lijn zijn met de vereisten van artikel 8 EVRM.[17]

e. Versterking bescherming minderjarige ouders

Tot slot wordt geregeld dat voor erkenning of toestemming voor erkenning van een kind tijdens de minderjarigheid van de ouder of aspirant-erkenner eerst om toestemming van de rechter moet worden verzocht. Een verzoek hiertoe is mogelijk vanaf het bereiken van de leeftijd van 16 jaar.[18] Daarnaast wordt de mogelijkheid geïntroduceerd voor de minderjarige erkenner van 16 jaar of ouder om een verzoek te doen tot meerderjarigverklaring, waarmee het mogelijk wordt voor minderjarige ouders om gezamenlijk het gezag over hun kind op zich te nemen.[19]

2. Context van de regeling met betrekking tot draagmoederschap

a. Terminologie

Van draagmoederschap is sprake wanneer een vrouw, de draagmoeder, een kind draagt en baart met de intentie het kind na de geboorte af te staan aan een ander: de wensouder of wensouders. Als zodanig is het vóór de conceptie de bedoeling te bewerkstelligen dat familierechtelijke betrekkingen worden gevestigd tussen het kind en de wensouders. Van draagmoederschap is derhalve geen sprake als een vrouw zwanger wordt en tijdens de zwangerschap of na de geboorte besluit tot afstand van het kind.[20]

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

---

[16] Voorgesteld artikel 1:222 BW en memorie van toelichting, paragraaf 6.4.
[17] Voorgestelde wijzigingen van artikel 1:200, 201, 202a, 205 en 231 BW en memorie van toelichting, paragraaf 6.4.
[18] Voorgestelde wijziging van artikel 1:204 BW en memorie van toelichting, paragraaf 6.3.
[19] Voorgesteld artikel 1:253ha BW en memorie van toelichting, paragraaf 6.3.
[20] Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

waar IVF-draagmoederschap plaatsvindt.[21] Het betreft voor alle betrokkenen een complexe en ingrijpende behandeling.

b. (Wetgevings)beleid t.a.v. draagmoederschap door de jaren heen[22]

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

i. Eerste kabinetsstandpunt

In 1988 werd voor het eerst een kabinetsstandpunt ingenomen over draagmoederschap en IVF.[23] Hoewel er op dat moment nog geen onderzoeksgegevens bestonden over de psychosociale en lange termijn gevolgen van draagmoederschap, werden onder meer als mogelijke risico's genoemd: emotionele problemen voor de draagmoeder, identiteitsproblemen voor het kind en het risico dat het kind tussen wal en schip valt indien wensouders vóór de geboorte terugkomen op hun intentie. Deze risico's leidden het kabinet destijds tot het standpunt dat draagmoederschap een ongewenst verschijnsel was. Het kabinet kondigde tevens aan bemiddeling omtrent draagmoederschap strafbaar te zullen stellen.[24]

ii. Strafbaarstelling en ideëel IVF-draagmoederschap

Die strafbaarstelling kwam begin jaren '90 tot stand.[25] Bij de totstandkoming daarvan werd ingegaan op de vraag of de mogelijkheden voor adoptie door wensouders zouden moeten worden verruimd. Volgens het kabinet paste dit echter niet bij het streven om draagmoederschap te ontmoedigen.[26] Ook toen kinderrechters bij de Tweede Kamer aandacht vroegen voor de wijze waarop gezag werd overgedragen bij draagmoederschap, werd hierop terughoudend gereageerd. Een wettelijke regeling zou draagmoederschap kunnen bevorderen, hetgeen onwenselijk werd geacht.[27] In 1997 gaf de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) wel toestemming voor ideëel IVF-draagmoederschap in het kader van onderzoek.

iii. Berichten over misstanden

In 2008 verscheen in de Nederlandse pers een reeks verontrustende berichten over illegale praktijken rondom draagmoederschap. Zo werd bericht over Nederlandse draagmoeders die grof geld verdienen met het illegaal afstaan van kinderen en een Nederlands echtpaar dat een Belgische baby kocht. Ook verschenen berichten over Nederlanders die met gebruikmaking van een Amerikaans bemiddelingsbureau à raison de $ 150.000,- via een draagmoeder naar Amerikaans recht ouder werden van een kind, terwijl onbekend was wie de genetische moeder is.[28]

iv. WODC-onderzoek

In reactie op de hiervoor genoemde berichten herhaalde de Minister van Justitie dat het Nederlandse beleid gericht is op het voorkomen van commercieel draagmoederschap. Tevens kondigde hij een onderzoek aan

---

[21] Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 2.
[22] Voor een uitgebreidere beschouwing, zie Staatscommissie Herijking ouderschap, «Kind en ouders in de 21e eeuw», bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17, 33 836, nr. 18, paragraaf 8.6.
[23] Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2, p. 30 e.v.
[24] Idem.
[25] Artikelen 151b en 151c Sr.
[26] Kamerstukken II 1990/91, 21 968, nr. 5, p. 8.
[27] Aanhangsel Handelingen II 1994/95, nr. 622.
[28] Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30, p. 1.

naar de aard en omvang van commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen, zodat inzichtelijk wordt wat zich afspeelt op dit terrein in landen waar meer mogelijk is dan in Nederland en wat de gevolgen hiervan zijn bij terugkeer van de wensouders in Nederland.[29]

Het resultaat van dat onderzoek, dat in opdracht van het WODC werd uitgevoerd door onderzoekers van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, verscheen in 2011.[30] *Het bleek voor de onderzoekers moeilijk vast te stellen op welke schaal draagmoederschap in Nederland plaatsvindt.*[31] *Wel werd onder andere geconcludeerd dat het Nederlandse recht ten aanzien van draagmoederschap wordt gekenmerkt door rechtsonzekerheid. Die wordt enerzijds veroorzaakt door een consistent ontmoedigingsbeleid dat ook in het strafrecht vorm heeft gekregen, terwijl er anderzijds voor een beperkte groep wel mogelijkheden bestaan om via draagmoederschap een gezin te stichten, zonder dat daar rekening mee is gehouden in het afstammings- of adoptierecht. De onderzoekers brachten vervolgens enkele (juridische) onduidelijkheden in kaart.*

In december 2011 presenteerde de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een voorstel voor nieuw beleid ten aanzien van buitenlands draagmoederschap. Ook werd betere voorlichting over de bestaande regels voor draagmoederschap aangekondigd.[32] *Pas in februari 2015 werd dit beleid besproken met de Tweede Kamer.*[33] *Tot een aangepaste wettelijke regeling kwam het op dat moment evenwel niet, aangezien men in afwachting was van de bevindingen van de in 2014 ingestelde Staatscommissie Herijking ouderschap.*[34]

v. Staatscommissie Herijking ouderschap

Tegen de achtergrond van maatschappelijke en medisch-technologische ontwikkelingen, kreeg de Staatscommissie Herijking ouderschap als opdracht de regering te adviseren over de wenselijkheid van een wijziging van de bestaande regelingen over het ontstaan van juridisch ouderschap en de invoering van een wettelijke regeling voor meerouderschap en meeroudergezag. Ook werd de Staatscommissie gevraagd te adviseren over de wenselijkheid van een specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap.[35]

In december 2016 bracht zij onder voorzitterschap van de heer A. Wolfsen haar rapport «Kind en ouders in de 21e eeuw» uit. Daarin ging de Staatscommissie onder meer in op maatschappelijke ontwikkelingen omtrent nieuwe gezinsvormen. De geschetste ontwikkelingen betroffen evenwel niet het draagmoederschap.[36] *Tegen de achtergrond van maatschappelijke en medische ontwikkelingen, ethische vragen en pedagogische gezichtspunten daaromtrent,*[37] *analyseerde de Staatscommissie vervolgens de juridische aspecten van ouderschap, gezag en*

---

[29] Idem, p. 2.
[30] K. Boele-Woelki e.a., Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen, WODC 2011.
[31] Idem, p. 88.
[32] Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 4.
[33] Kamerstukken II 2014/15, 28 638, nr. 131.
[34] De Staatscommissie werd ingesteld naar aanleiding van de Motie Quick-Schuijt c.s., die tijdens de behandeling van een wetsvoorstel over lesbisch ouderschap in de Eerste Kamer werd ingediend en verzocht om het instellen van een brede, multidisciplinaire staatscommissie «familierecht». Zie Kamerstukken I 2013/14, 33 032/33 514 (R1998), G.
[35] Staatscommissie Herijking ouderschap, «Kind en ouders in de 21e eeuw», bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17, 33 836, nr. 18, bijlage VI (instellingsbesluit, artikel 2).
[36] Idem, hoofdstuk 3.
[37] Idem, hoofdstuk 3–5.

draagmoederschap.[38] Deze analyse leidde tot 68 aanbevelingen.[39] De belangrijkste van deze aanbevelingen zien op meerouderschap en meeroudergezag (van maximaal 4 personen). Daarnaast zijn aanbevelingen gedaan over het draagmoederschap. Deze vormen de aanleiding voor het voorliggende wetsvoorstel (zie punt 2f hierna).

vi. Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie

Tot slot kan worden gewezen op het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, dat onder voorzitterschap van de heer T. Joustra in februari 2021 werd uitgebracht. De Commissie wees daarin op de transformatie van het adoptiesysteem in de richting van commercieel draagmoederschap.[40] Hoewel draagmoederschap strikt genomen buiten de taakomschrijving van de Commissie viel, vond zij het vanwege de parallellen met interlandelijke adoptie toch geëigend om hier kort op in te gaan.

Volgens de Commissie zijn wetgeving en toezicht bij commercieel draagmoederschap – evenals bij interlandelijke adoptie – onvoldoende geregeld. Mede daardoor wees de Commissie op financiële uitwassen en maatschappelijke en politieke druk die een systeem creëren waarin het belang van het kind ondergeschikt is.[41] De Commissie pleitte ervoor om de lessen uit het onderzoek naar de adoptiemisstanden ook in deze context ter harte te nemen.[42]

In de beleidsreactie op het rapport van de Commissie, liet de Minister voor Rechtsbescherming weten de aanbeveling van de Commissie om een onafhankelijk landelijk experticecentrum in te stellen over te nemen.[43] Tevens werd toegezegd bij de uitwerking van de dienstverlening van dit expertisecentrum vragen rondom afstamming en identiteit van kinderen uit nieuwe gezinsvormen, zoals ten gevolge van draagmoederschap, te betrekken.[44]

c. Huidig wettelijk kader draagmoederschap

i. Nationaal kader

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

---

[38] Idem, hoofdstuk 6–10.
[39] Idem, hoofdstuk 11.
[40] Rapport Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, februari 2021, p. 21.
[41] Idem, p. 22.
[42] Idem, p. 5.
[43] Kamerstukken II 2021/21, 31 265, nr. 79, p. 2.
[44] Idem, p. 3.
[45] Artikel 1:198 BW.

Na de overgang van het gezag vindt adoptie van het kind door de wensouder(s) plaats.[46]

Ook het Nederlandse internationaal privaatrecht kent geen specifieke regeling voor de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap. De erkenning wordt daarom behandeld aan de hand van de algemene regels voor de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen en akten.[47]

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

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

ii. Internationaal- en Europeesrechtelijk kader

Op het internationale niveau bestaat geen kader voor de regulering van draagmoederschap, hoewel de mogelijkheden daartoe wel worden verkend binnen de context van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. De totstandkoming van een mondiaal verdrag in dit verband is echter niet op korte termijn te verwachten.[48]

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

Staten zijn daarnaast verplicht om passende maatregelen te nemen ter voorkoming van de verkoop van of van de handel in kinderen (artikel 35 IVRK).[49] *Verder speelt het recht op respect voor het privéleven en familie- en gezinsleven (artikel 16 IVRK en artikel 8 Europees Verdrag voor de*

---

[46] Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69, p. 2.

[47] Zie artikel 10:100 BW en artikel 10:101 BW.

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

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

Rechten van de Mens (EVRM)) een belangrijke rol bij draagmoederschap. Het recht op het privéleven en familie- en gezinsleven kan niet alleen toekomen aan het kind en de (al dan niet genetische) wensouders, maar ook aan de (al dan niet genetische) draagmoeder. Daarnaast moet met het recht op zelfbeschikking van de draagmoeder rekening worden gehouden (artikel 8 EVRM en artikel 16 VN-Vrouwenverdrag) en kunnen in extreme gevallen verplichtingen omtrent de bestrijding van mensenhandel aan de orde komen (artikel 5 Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel).[50]

Tot dusver heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) slechts enkele zaken behandeld aangaande de erkenning van ouderschap na internationaal draagmoederschap.[51] *Uit deze jurisprudentie is af te leiden dat wanneer buitenlands draagmoederschap volgens de aldaar geldende regels tot stand is gekomen en de wensouders in het buitenland worden beschouwd als de juridische ouders van het kind, de weigering een ouder-kindrelatie bij draagmoederschap juridisch te erkennen, een inmenging is in het recht op respect voor het privéleven van het kind. De weigering het ouderschap te erkennen is in een dergelijke situatie ook een inmenging in het familie- en gezinsleven van de wensouders en het kind. Enige vorm van juridische erkenning van de ouder-kindrelatie is volgens het EHRM nodig om in deze situatie in overeenstemming te kunnen handelen met het recht op respect voor het privéleven van het kind.*

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

Naast het internationaal en Europees grondrechtelijk kader, vormt ook het Unierechtelijke vrij verkeer van diensten een relevant toetsingskader voor de wettelijke regulering van draagmoederschap.[52] *Het moreel gevoelige karakter van draagmoederschap leidt er niet toe dat toepassing van de bepalingen van het vrij verkeer van diensten is uitgesloten.*[53] *Draagmoe-*

---

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

[51] EHRM 26 juni 2014, Mennesson t. Frankrijk, appl. no. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211; EHRM 26 juni 2014, Labassee t. Frankrijk, appl. no. 65192/11, EHRM 24 januari 2017, Paradiso en Campanelli t. Italië, appl. no. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812; Labassee t. Frankrijk, EHRM 10 april 2019, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, request no. P16-2018-001; en EHRM 16 juli 2020, D. t. Frankrijk, appl. no. 11288/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818.

[52] N. Koffeman, *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan het Europees recht*, Universiteit Leiden 2016.

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

derschap zou als een dienst in de zin van artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) kunnen worden aangemerkt als daar een vergoeding tegenover wordt gesteld. Indien afspraken worden gemaakt over bijvoorbeeld de vergoeding van gederfde inkomsten, kan het substantiële bedragen betreffen. De te ontvangen vergoedingen zouden zo een economische tegenprestatie kunnen vormen, zodat gesproken kan worden van dienstverlening. Beperkingen van het vrij verkeer van diensten dienen te worden gerechtvaardigd conform de voorwaarden die daaraan worden gesteld in het Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ).

d. Draagmoederschap in de praktijk

i. Draagmoederschap in Nederland

Mede als gevolg van het hiervoor genoemde (ontmoedigings)beleid is draagmoederschap binnen Nederland een vrij beperkt verschijnsel. Er zijn echter geen betrouwbare gegevens over het exacte aantal keren dat draagmoederschap jaarlijks voorkomt. Het centrum voor IVF-draagmoederschap aan het VUmc – het enige instituut in Nederland dat dergelijke trajecten uitvoert – neemt jaarlijks tien paren in behandeling. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat dergelijke behandeltrajecten langdurig zijn en niet in alle gevallen tot de geboorte van een kind leiden. Op het aantal keren dat traditioneel draagmoederschap voorkomt, is minder zicht. Het vermoeden bestaat dat een deel van de draagmoederschapsconstructies buiten het zicht van (overheids)instanties zoals de Raad voor de Kinderbescherming om plaatsvindt.[54] Naar schatting gaat het in Nederland om enkele tientallen gevallen op jaarbasis.[55]

Door het ontbreken van een specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap, bestaat momenteel rechtsonzekerheid na de geboorte van het kind. Weliswaar staat bij de geboorte vast wie de juridische ouder(s) van het kind is of zijn, maar dat is niet de door de wensouders beoogde situatie. Datzelfde geldt voor de geslachtsnaam van het kind en in sommige gevallen ook voor de nationaliteit van het kind. Die onzekerheid maakt ook dat degenen die het kind zullen verzorgen en opvoeden, in de meeste gevallen (nog) niet degenen zijn die de belangrijke beslissingen over het kind mogen nemen.[56]

Daarnaast zijn de draagmoeder en de wensouders gedurende het proces sterk afhankelijk van elkaar en van een oordeel van de Raad voor de Kinderbescherming en de rechter. «Als één van de betrokkenen zich terugtrekt of van oordeel is dat het traject niet in het belang van het kind is, zijn de uitkomsten van het traject ongewis».[57] Ook het ontbreken van een duidelijke regeling ten aanzien van de aard en hoogte van toegestane vergoedingen aan de draagmoeder, vergroot de kans op oneigenlijke druk of zelfs uitbuiting van de draagmoeder.[58]

---

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

[55] Staatscommissie Herijking ouderschap, «Kind en ouders in de 21e eeuw», bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 4.3.1. Zie ook memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

[56] Staatscommissie Herijking ouderschap, «Kind en ouders in de 21e eeuw», bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, p. 457.

[57] Idem.

[58] Idem, p. 458.

ii. Draagmoederschap in het buitenland

Er zijn aanwijzingen dat het gebruik van draagmoederschap wereldwijd toeneemt.[59] Ook wensouders uit Nederland maken in sommige gevallen gebruik van een draagmoeder in het buitenland, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten (Californië) of Oekraïne. Wanneer zij met het kind in Nederland willen wonen, rijst de vraag of het ouderschap dat is ontstaan in het buitenland ook in Nederland wordt erkend. Doordat in sommige landen standaard gebruik wordt gemaakt van anonieme zaadcel- of eiceldonoren, bestaat de kans dat het kind nooit kan achterhalen wie zijn biologische ouders zijn. Minimale waarborgen voor de positie van draagmoeder en kind zijn door de Nederlandse rechter niet te controleren. Het komt dan ook voor dat wensouders zich bij de Nederlandse autoriteiten melden met een kind dat volgens het recht van het land van geboorte inmiddels het kind van de wensouders is, zonder dat Nederland bereid is om dit buitenlands juridisch ouderschap te erkennen. Dat kan tot onwenselijke situaties leiden, waarbij in het meest ongunstige geval zelfs staatloosheid voor het kind dreigt.[60]

e. Regulering van draagmoederschap in andere landen

In andere landen wordt zeer verschillend omgegaan met draagmoederschap. Uit een rechtsvergelijkend onderzoek van de Staatscommissie Herijking ouderschap blijkt dat er grofweg drie mogelijkheden zijn: draagmoederschap wordt gereguleerd (zoals in het Verenigd Koninkrijk), het wordt verboden (zoals praktisch gezien in Frankrijk het geval is, waar draagmoederschapsovereenkomsten zijn verboden) of regulering ontbreekt (zoals in België).[61] In de meeste staten die partij zijn bij de Raad van Europa zijn draagmoederschapsconstructies impliciet dan wel expliciet verboden. Negen staten staan draagmoederschapsconstructies toe en tien andere staten gedogen deze constructies.[62] In landen (wereldwijd) waar draagmoederschap wel is toegestaan, gaat het in de meeste gevallen enkel om altruïstisch draagmoederschap. Een onkostenvergoeding is daarbij mogelijk, maar betaald draagmoederschap an sich is dan verboden. In Oekraïne en in de Verenigde Staten (Californië) is commercieel draagmoederschap (inclusief bemiddeling) echter wel toegestaan.

In enkele landen (Griekenland, de Verenigde Staten (Californië) en het Verenigd Koninkrijk) bestaan ook regelingen waarbij voorafgaand, gedurende, ofwel na het draagmoederschapstraject toestemming kan worden verkregen van de rechter om het ouderschap van de wensouders na de geboorte te laten ontstaan. Rechters in die landen toetsen aan voorwaarden die vergelijkbaar zijn met de voorwaarden die in het voorstel zijn opgenomen, maar er bestaan ook verschillen. In Californië, bijvoorbeeld, is een genetische band tussen de wensouder(s) en het kind niet

---

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

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

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

[62] In een advies van het EHRM onder Protocol nr. 16 is een rechtsvergelijking uitgevoerd ten aanzien van 43 staten, zie EHRM 10 April 2019, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, request no. P16-2018-001, punten 22–24.

vereist en ook hoeven de wensouders hun gewone verblijfplaats niet in Californië te hebben. In het Verenigd Koninkrijk kan via een parental order het ouderschap overgaan op de wensouders. De rechter beoordeelt dan onder meer of toewijzing in het belang van het kind is. Vereist is dat de draagmoeder instemming verleent, maar dat kan zij pas doen zes weken na de geboorte. Er wordt in dat geval een nieuwe geboorteakte opgemaakt. Voor het specifieke geval dat de eicellen van de draagmoeder zijn gebruikt voor de conceptie van het kind, bestaat in Griekenland de mogelijkheid voor de wensmoeder en de draagmoeder om zes maanden na de geboorte van het kind het juridisch ouderschap te laten aanpassen.

f. Aanleiding wetsvoorstel

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

Hoewel draagmoederschap in Nederland vooralsnog een vrij beperkt verschijnsel lijkt te zijn, acht de Staatscommissie het wenselijk om hiervoor onder strikte voorwaarden een wettelijke regeling in te richten. Door het ontbreken van een wettelijke regeling is er momenteel nauwelijks toezicht op de uitvoering van draagmoederschappen, zo stelt de Staatscommissie. Alleen bij IVF-draagmoederschap wordt het proces binnen Nederland op dit moment gegarandeerd zorgvuldig begeleid. Het gebrek aan toezicht acht de Staatscommissie problematisch gelet op de kwetsbare positie waarin de direct betrokkenen – het kind, de draagmoeder en de wensouders – zich bevinden. Een duidelijke wettelijke regeling zou volgens de Staatscommissie waarborgen en houvast bieden. Met het inrichten van een zorgvuldige binnenlandse regeling zou bovendien een alternatief kunnen worden geboden voor buitenlands draagmoederschap. Dat zijn voor de Staatscommissie de voornaamste redenen om te adviseren om te komen tot een wettelijke regeling voor zowel nationaal als internationaal draagmoederschap.[63]

Het kabinet heeft de Tweede Kamer bij brief van 12 juli 2019 geïnformeerd over de wens om te komen tot een regeling die onder meer ziet op draagmoederschap en de registratie van gegevens over de ontstaansgeschiedenis.[64] Dit wetsvoorstel vormt de uitwerking van die voornemens. Ook de andere regelingen die in dit voorstel zijn opgenomen en betrekking hebben op afstammingsinformatie en ouderschap in meer algemene zin, vloeien voort uit de aanbevelingen van de Staatscommissie.

DEEL I – INHOUD EN CONTEXT VAN HET WETSVOORSTEL

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

DEEL II – BEOORDELING VAN HET WETSVOORSTEL

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

---

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

[64] Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45.

3. Reikwijdte van het voorstel

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

Vanwege de omvang evenals de aard en complexiteit van de materie, rechtvaardigt de regulering van draagmoederschap een afzonderlijk wetsvoorstel.[65] Dat klemt te meer nu de samenhang tussen deze regeling en de andere onderdelen van het voorstel onduidelijk blijft.[66] Bovendien zijn de genoemde regelingen op belangrijke onderdelen onvoldoende uitgewerkt, zoals de Afdeling hierna zal uiteenzetten (zie punten 7 t/m 10). Deze dienen daarom in een afzonderlijk wetsvoorstel te worden uitgewerkt. Zo kan een goede parlementaire behandeling van de verschillende onderdelen beter worden gewaarborgd en belasten de andere regelingen het voorstel tot regulering van draagmoederschap niet.

De Afdeling adviseert om, in het belang van wetgevingskwaliteit, de andere regelingen af te splitsen van het voorstel tot regulering van draagmoederschap.[67] Evenwel wijdt de Afdeling in dit advies diverse inhoudelijke adviesopmerkingen aan de genoemde andere regelingen die van belang zijn bij de nadere uitwerking van en toelichting op die regelingen. Ook wanneer deze regelingen worden afgesplitst en in afzonderlijke wetsvoorstellen nader worden uitgewerkt, ziet de Afdeling een reactie op die punten graag tegemoet.[68]

3. Reikwijdte van het voorstel

De Afdeling adviseert om de regelingen die niet direct verband houden met draagmoederschap af te splitsen van het voorstel. Aan dit advies is, in het belang van de wetgevingskwaliteit, gehoor gegeven. De bedoelde regelingen zijn uit dit voorstel geschrapt. Het betreft de bepalingen die zien op de verruiming van de mogelijkheden voor kinderen om de afstammingsrelatie met ouders te doorbreken en die zien op de bescherming van minderjarige ouders. De regeling van het recht op afstammingsinformatie is niet geschrapt, nu dit naar het oordeel van de kabinet onlosmakelijk is verbonden met een regeling voor verantwoord draagmoederschap. Het is een van de hoofddoelen van de regeling om te waarborgen dat de gegevens omtrent de ontstaansgeschiedenis door kinderen geboren uit draagmoederschap kunnen worden achterhaald. Nu het belang van afstammingsinformatie niet is beperkt tot kinderen die geboren zijn uit draagmoederschap, is ook in de codificatie van de algemene verplichting van gezagdragers tot het geven van statusvoorlichting gehandhaafd. In het navolgende worden de opmerkingen met betrekking tot de verruiming van de mogelijkheden tot beëindiging van het ouderschap, het vervallen van de termijnen voor de ontkenning van het ouderschap en de vernietiging van de erkenning, en een versterking van de bescherming van minderjarige ouders dan ook niet van een reactie voorzien. Bij een eventuele toekomstige voortzetting van deze onderdelen in een afzonderlijk wetsvoorstel worden de betreffende opmerkingen van

---

[65] Zie ook Aanwijzing 6.4, onderdeel b, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
[66] Zie ook Aanwijzing 6.4, onderdeel a, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
[67] Zie in dit verband ook eerdere adviezen van de Afdeling, bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, 35 572, nr. 16 (punt 5).
[68] Zie nr. 41 van het Draaiboek voor de regelgeving.

de Afdeling betrokken. Een dergelijk voorstel zal dan ook weer voor advies aan de Afdeling worden voorgelegd.

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

4. Probleemanalyse

Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in punt 2b is uiteengezet, vormt de voorgestelde regeling ten aanzien van draagmoederschap een belangrijke omslag in het Nederlandse (wetgevings)beleid. Waar opeenvolgende kabinetten er de afgelopen 30 jaar bewust voor kozen geen specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap te creëren en deze keuze gesteund werd door het parlement, beoogt het voorliggende wetsvoorstel een dergelijke regeling nu wel in te richten. Het kabinet volgt daarmee de aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap op.[69]

Het kabinet acht het voor de bescherming van de betrokken kinderen en in het belang van de andere betrokkenen noodzakelijk om het (familie)recht zo goed mogelijk te laten aansluiten op de maatschappelijke werkelijkheid.[70] Blijkens de toelichting is het doel van de voorgestelde regelingen dan ook het bieden van een betere bescherming van het kind, de draagmoeder en de wensouders. Hoewel niet wordt beoogd om draagmoederschap an sich te bevorderen of te ontmoedigen, beoogt de regeling wel om wensouders te stimuleren gebruik te maken van het met waarborgen omkleed draagmoederschap in Nederland. Erkend wordt evenwel dat de vraag naar buitenlands draagmoederschap waarschijnlijk zal blijven.[71]

Volgens de toelichting is de inschatting op basis van signalen uit de praktijk dat in Nederland slechts enkele tientallen keren per jaar gebruik wordt gemaakt van (binnenlandse en buitenlandse) draagmoederschapsconstructies. Betrouwbare gegevens in dit verband ontbreken echter, zo stelt de toelichting, omdat er op dit moment voor wensouders niet één standaardroute naar ouderschap bestaat.[72] De toelichting wijst vervolgens terecht op de (mogelijke) rechtsonzekerheid en risico's die de huidige praktijk van draagmoederschap met zich brengt.[73] Mede door het gebrek aan inzicht in bovengenoemde gegevens, blijft echter onduidelijk in hoeverre en daarnaast welke juridische en maatschappelijke problemen zich precies in de praktijk manifesteren.

Evenals het kabinet acht de Afdeling het van belang dat de voorgestelde regeling op zorgvuldige wijze aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid. De toelichting dient om die reden wel beter inzicht te bieden in die werkelijkheid, met inbegrip van de risico's die zich met een wettelijke regeling als voorgesteld kunnen blijven voordoen en de mogelijke (neven)effecten van deze regeling. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de aanzuigende werking die het voorstel in zijn huidige vorm zou kunnen

---

[69] Zie ook memorie van toelichting, paragraaf 2.1.
[70] Idem, paragraaf 2.3.
[71] Idem, paragraaf 4.1.
[72] Idem, paragraaf 2.3.
[73] Idem, paragraaf 2.5.

veroorzaken. De toelichting gaat op de mogelijke gevolgen en risico's echter niet in. De Staatscommissie herijking ouderschap is hierop evenmin ingegaan. Voor de te maken afwegingen in dit verband is een compleet beeld van de maatschappelijke werkelijkheid in dit opzicht van groot belang.

In dit verband merkt de Afdeling ook op dat de toelichting tevens aandacht dient te besteden aan het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie. Daarin wordt er onder meer voor gepleit de lessen uit het onderzoek naar de adoptiemisstanden ook in de context van draagmoederschap ter harte te nemen.[74] De bevindingen en aanbevelingen van de Commissie plaatsen de voorgestelde regeling voor draagmoederschap in een ander perspectief.[75] Dat is in het bijzonder relevant nu het kabinet naar aanleiding van het rapport heeft besloten interlandelijke adopties op te schorten. Een dragende motivering voor een complexe en ingrijpende regeling als deze, waarin aandacht uitgaat naar de risico's op mogelijke misstanden, klemt in dat verband temeer.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting een duidelijk en volledig beeld te schetsen van de aard en omvang van de juridische en maatschappelijke problematiek ten aanzien van draagmoederschap, evenals de mogelijke (voortdurende) risico's en (neven)effecten van de voorgestelde regeling.[76] In dat verband verdient de verhouding van dit voorstel tot het rapport van de Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie bijzondere aandacht.

4. Probleemanalyse

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

5. Internationaal- en Europeesrechtelijke aspecten

a. Grondrechtelijke aspecten

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

---

[74] Rapport Commissie Onderzoek interlandelijke adoptie, februari 2021, p. 5.
[75] Zie idem, p. 22.
[76] Zie in dit verband Aanwijzing 2.2, 2.3 en 2.9 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

toelichting gaat alleen op hoofdlijnen in op de grondrechtelijke aspecten die in het algemeen zijn verbonden aan draagmoederschap.[77]

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

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

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

a. Grondrechtelijke aspecten

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

b. Verhouding tot het Unierecht

In opdracht van de Staatscommissie Herijking ouderschap is onderzoek gedaan naar de vraag of de kring van personen die gebruik kan maken van een draagmoederschapsregeling wettelijk beperkt kan worden om draagmoederschapstoerisme te voorkomen, gelet onder meer op het vrij verkeer van diensten. Ook de Adviescommissie Vreemdelingenzaken (ACVZ) heeft onderzocht op welke wijze het vreemdelingenrecht eraan kan bijdragen dat Nederland geen «bestemmingsland» wordt voor internationaal draagmoederschap.[78]

---

[77] Memorie van toelichting, paragraaf 3.

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

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

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

Indien het standpunt wordt ingenomen dat geen sprake is van dienstverrichting, dient in het bijzonder te worden uitgelegd hoe het voorstel beoogt te voorkomen dat mogelijke onkostenvergoedingen aan de draagmoeder alsnog een economisch karakter aan het draagmoederschap verlenen (zie ook hierna punt 6c).[79]
Indien wordt aangenomen dat sprake is van dienstverrichting, dient nader te worden toegelicht in hoeverre beperkingen daarvan kunnen worden gerechtvaardigd in het licht van de eisen die de Dienstenrichtlijn daaraan stelt.[80]

Het voorstel bepaalt dat de draagmoeder en ten minste één van de wensouders de gewone verblijfplaats in Nederland dienen te hebben en deze naar verwachting gedurende de zwangerschap zullen houden. Ook dient ten minste één van de wensouders de Nederlandse nationaliteit dan wel rechtmatig verblijf in Nederland te hebben op grond van artikel 8, onder b, d of e van de Vreemdelingenwet 2000.[81] *De toelichting stelt daarover enkel dat deze eisen beogen te voorkomen dat de regeling de deuren opent voor vormen van draagmoederschapstoerisme in Nederland.*

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

b. Verhouding tot het Unierecht

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

---

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

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

[81] Voorgesteld artikel 1:215, eerste lid, onder j en k, BW.

Verhouding tot het vrij verkeer van diensten en de dienstenrichtlijn

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

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

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

Naar het oordeel van het kabinet brengt de voorgestelde regeling mee dat geen sprake is van een economische activiteit die tegen vergoeding wordt verricht, in de zin van artikel 57 VWEU en de Dienstenrichtlijn. Het kabinet ziet overigens duidelijke aanwijzingen dat vanuit Unierechtelijk perspectief het uitgangspunt van een vrijwillige, altruïstische daad, waarvoor geen betaling plaatsvindt, niet in de weg staat aan het bieden van een financiële compensatie. Aanknopingspunten hiervoor vindt het kabinet op het, in juridisch-ethisch opzicht met draagmoederschap vergelijkbare, gebied van de orgaandonatie.[82]. Altruïsme vormt op basis van Europees recht een belangrijke factor bij onder andere orgaandonaties.[83]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.[84] Het beginsel van onbetaalde donatie belet lidstaten dus niet om mogelijk te maken dat levende donoren een vergoeding ontvangen.[85] Aan de lidstaten wordt uitdrukkelijk overgelaten

[82] 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.
[83] Zie overweging van voornoemde richtlijn.
[84] Artikel 13, eerste lid, van de richtlijn.
[85] Artikel 13, tweede lid, van de richtlijn.

de voorwaarden te bepalen waaronder een dergelijke vergoeding mag worden verleend, waarbij wordt vermeden dat er financiële prikkels of voordelen voor potentiële donoren zijn. Net als de richtlijn inzake orgaantransplantatie zorgt de voorgestelde regeling van het draagmoederschap ervoor dat de financiële compensatie beperkt blijft tot het vergoeden van de kosten en van inkomstenderving die met het draagmoederschap verband houden.[86] Vermeden wordt dat er financiële prikkels of voordelen voor potentiële draagmoeders zijn. Onder deze omstandigheden acht het kabinet de conclusie gerechtvaardigd dat de financiële compensatie geen afbreuk doet aan het uitgangspunt van vrijwillig en onbetaald draagmoederschap.

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

In de toelichting is tevens gesteld dat een situatie waarin een staatsburger van een lidstaat zich begeeft naar een andere lidstaat door in zijn hoedanigheid van Unieburger gebruik te maken van zijn recht om vrij in de Unie te reizen, valt binnen de werkingssfeer van de verdragen in de zin van artikel 18 VWEU. Daarin is het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit neergelegd. De voorgestelde regels voor draagmoederschap voeren echter een verschil in behandeling in naargelang de betrokken persoon zijn gewone verblijfplaats heeft in een andere lidstaat, omdat de draagmoeder en tenminste een van de wensouders de gewone verblijfplaats in Nederland moeten hebben. Hierdoor kunnen deze regels de vrijheid van staatsburgers van andere lidstaten om in de Unie te reizen beïnvloeden en vormen zij een beperking van hun recht van vrij verkeer in de zin van artikel 21 VWEU.
Een dergelijk verschil in behandeling kan alleen gerechtvaardigd zijn indien het gebaseerd is op objectieve overwegingen en evenredig is aan de rechtmatige doelstellingen van het nationale recht.
Het doel van het kabinet is om uitbuiting van de draagmoeder en gezondheidsrisico's voor de draagmoeder en het kind zoveel mogelijk te voorkomen. Om dit te bereiken is een wettelijk systeem opgezet waarin de rechten en belangen van draagmoeders (en hun eventuele partners) en wensouders en in het bijzonder het kind zijn geregeld. Daarbij zijn de nadelen van draagmoederschap zoveel mogelijk gemitigeerd, en worden wensouders gestimuleerd om te kiezen voor een verantwoord draagmoederschapstraject. Dit traject biedt voorafgaand aan de geboorte zekerheid over de juridische afstamming en de familie van het kind. Die zekerheid kan echter enkel worden verkregen indien aan strenge voorwaarden is voldaan die erop gericht zijn voornoemd doel te bereiken.
De eis van een voldoende nauwe band met de jurisdictie in de vorm van een eis van gewone verblijfplaats is een algemeen geaccepteerd uitgangspunt in het internationaal privaatrecht, dat ook binnen EU-rechtelijke instrumenten wordt ingevuld (zie bijvoorbeeld artikel 3 en 7 van Verordening (EU) 2019/1111 van de Raad van 25 juni 2019 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kinderontvoering). De gewone verblijfplaats als aanknoping voor het aannemen van rechtsmacht is ook gebruikelijk voor procedures ten aanzien van afstamming binnen Nederland (zie artikel 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). De regeling vult die eis enkel in die zin aan dat niet slechts één van de belanghebbenden de gewone

[86] 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.

verblijfplaats moet hebben, maar tenminste de draagmoeder en een wensouder. Daarmee wordt voorkomen dat erkenning van de rechterlijke beslissing en de daarop gebaseerde afstamming in het buitenland wordt geweigerd omdat Nederland als een exorbitant forum moet worden gezien.[87] Een geval waarin niet tenminste één van de wensouders en de draagmoeder de gewone verblijfplaats in Nederland hebben, heeft te weinig verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer om ouderschap van de wensouders vanaf de geboorte vast te stellen. Het is niet ongebruikelijk om de gewone verblijfplaats (of zelfs de nationaliteit) van meer dan één van de betrokkenen in ogenschouw te nemen, wanneer meerdere personen betrokken zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld uit artikel 3 onderdeel a, onder i) en ii) en onderdeel b van voornoemde verordening.
Er bestaat vooralsnog geen internationaal verdrag of EU-rechtelijk instrument op basis waarvan kan worden vastgesteld wat een algemeen geaccepteerde voldoende nauwe band met een jurisdictie vormt. Daarmee draagt deze eis tevens bij aan het voorkomen van hinkende rechtsverhoudingen, doordat het risico wordt verkleind dat de afstamming vanwege de te geringe verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer niet zal worden erkend in het buitenland met alle negatieve gevolgen voor kind, draagmoeder én wensouders die daaraan verbonden zouden zijn. Gelet op het voorgaande acht het kabinet de eis van de gewone verblijfplaats ten tijde van de gerechtelijke toestemming geschikt om het doel te bereiken en is de eis evenredig aan het gestelde doel.
De aanvullende eis van een gewone verblijfplaats in Nederland gedurende de zwangerschap draagt tevens bij aan de daadwerkelijke beschikbaarheid van juridische ondersteuning en bescherming tegen uitbuiting van de draagmoeder voorafgaand en gedurende die periode. Het risico op uitbuiting wordt groter indien Nederland ruimte biedt aan vormen van draagmoederschapstoerisme, in de zin van draagmoeders die voor het doel van draagmoederschap naar Nederland komen, of wensouders die zich vanuit het buitenland wenden tot een Nederlandse draagmoeder. De bedragen voor onkostenvergoeding en tegemoetkoming zoals die zijn vastgesteld, zijn immers vastgesteld op een voor de Nederlandse context redelijk niveau, maar krijgen een andere lading binnen een andere economische context. De eis van een gewone verblijfplaats in Nederland draagt eraan bij dat zowel de wensouders als de draagmoeder voldoende kunnen worden voorgelicht voorafgaand aan het draagmoederschap en daarmee ook «in beeld» zijn en blijven. Het verzekert ook dat eventuele geschillen gedurende het traject binnen de Nederlandse rechtssfeer kunnen en zullen worden afgehandeld. Daarbij vergroot de gewone verblijfplaats in Nederland de kans substantieel dat het kind in Nederland wordt geboren, waardoor ook de toepassing van Nederlands afstammingsrecht op de situatie wordt verzekerd. Daarbij dient tevens in ogenschouw te worden genomen dat binnen de EU grote verschillen bestaan in de houding ten aanzien van draagmoederschap, waarbij sommige landen draagmoederschap sowieso niet accepteren. Ook speelt daarbij een rol dat afstammingsrecht niet Europeesrechtelijk is geregeld en afstammingsrecht nauw verbonden is met de nationale identiteit van lidstaten (artikel 4, lid 2 VEU). Als gevolg hiervan is niet aannemelijk dat veel lidstaten het acceptabel zullen vinden om Nederlands afstammingsrecht toe te passen bij eventuele conflicten over het draagmoederschap. Ook in die zin is deze voorwaarde noodzakelijk in het belang van het kind en de draagmoeder. De regeling biedt een uitputtende regeling voor geschillen over de draagmoederschapsovereenkomst en eventuele bedenkingen bij draagmoeder of wensouders. Een ander forum dan het

[87] 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 21ste eeuw», p. 5/6.

Nederlandse, of de toepassing van ander recht dan het Nederlandse recht, zou leiden tot onzekerheid over de uitkomsten van een eventuele procedure. De voorwaarde van gewone verblijfplaats in Nederland gedurende de zwangerschap is dan ook noodzakelijk om de mogelijkheid van een rechtsgang hier te lande te waarborgen en is vooraf kenbaar en duidelijk, waardoor een hoog niveau van rechtszekerheid en transparantie gewaarborgd is.
Het alternatief, waarbij enkel bij de start van de procedure een gewone verblijfplaats in Nederland vereist zou zijn, is onvoldoende om het belang van kind, draagmoeder en wensouders bij zekerheid omtrent de toegang tot de rechter alhier en de toepassing van de voorliggende regeling te waarborgen. In het licht van het voorgaande acht het kabinet de eis van de gewone verblijfplaats van de draagmoeder tijdens de zwangerschap geschikt om het doel te bereiken en is de eis evenredig aan dat doel.

6. Regelingen voor binnenlands en buitenlands draagmoederschap

a. Waarborgen voor kind en draagmoeder

Over de wenselijkheid van een fenomeen als draagmoederschap en de rol van de wetgever in dat verband kan verschillend worden gedacht.[88] Indien de wetgever kiest voor regeling van het draagmoederschap dient deze, mede in het licht van de toepasselijke grondrechten, hoe dan ook in toereikende waarborgen voor de direct betrokkenen te voorzien. Naar het oordeel van de Afdeling betreft dat in elk geval waarborgen om te verzekeren dat:
- *het belang van het kind een eerste overweging vormt en mede met het oog daarop voorkomen wordt dat het kind tussen wal en schip terechtkomt;*
- *de (potentiële) draagmoeder wordt beschermd tegen ongeoorloofde druk voorafgaand aan en tijdens een zwangerschap, evenals bij de afstand van het kind.*

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

i. Regeling voor binnenlands draagmoederschap

De regeling die ziet op binnenlands draagmoederschap beoogt zoveel mogelijk vooraf te waarborgen dat het draagmoederschapstraject zorgvuldig en transparant verloopt en heeft tot doel rechtszekerheid te bieden aan de betrokkenen.[89] De kern van deze regeling is dat het draagmoederschapstraject vóór de conceptie wordt getoetst door de rechter. Over deze ex ante toetsing merkt de Afdeling het volgende op.

Het voorgestelde artikel 1:214, derde lid, BW bepaalt dat de rechtbank het verzoek tot toekenning van het ouderschap na draagmoederschap afwijst indien zij dit niet in het belang van het kind acht. Het verzoek wordt bovendien slechts toegewezen indien de vrije instemming van alle betrokkenen blijkt. Tevens moet aan de reeks met voorwaarden uit het voorgestelde artikel 1:215, eerste lid, BW worden voldaan.[90] Het betreft voorwaarden ten aanzien van de wensouders, draagmoeder en hun onderlinge verhouding.

---

[88] Dit erkent ook de regering. Zie memorie van toelichting, paragraaf 7.1, onderdeel a.
[89] Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.
[90] Memorie van toelichting, paragraaf 4.5.

De toelichting vermeldt verder dat artikel 1:214, derde lid, BW de «centrale toetsingscriteria» bevat (belang van het kind en instemming van partijen). Deze criteria worden nader ingevuld door de overige onderdelen van Afdeling 7, waaronder artikel 1:215 BW.[91] Ook stelt de toelichting dat artikel 1:214, derde lid, BW een «vangnetnorm» bevat, die de rechter de ruimte biedt om te komen tot een eigen beoordeling.[92] Over artikel 1:215, eerste lid, BW vermeldt de toelichting evenwel dat de rechter bij de toepassing daarvan geen beoordelingsruimte toekomt.[93]

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

i. Regeling voor binnenlands draagmoederschap

De Afdeling vraagt of, als aan de voorwaarden van het voorgestelde artikel 1:215 BW is voldaan, er wel ruimte is voor de rechter om in het belang van het kind de toekenning van ouderschap na draagmoederschap af te wijzen.

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

ii. Herroeping

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

---

[91] Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:214 BW.
[92] Idem.
[93] Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:215 BW.
[94] Voorgesteld artikel 1:219, vierde lid, BW.
[95] Voorgesteld artikel 1:219, tweede, derde en vijfde lid, BW.

de omstandigheden zijn gewijzigd en de rechter herroeping het meest in het belang van het kind oordeelt.[96]

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

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

ii Herroeping

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

De wensouder(s) die niet genetisch verwant zijn aan het kind kunnen de rechter verzoeken om herroeping van de beschikking indien hun verzoek door bedreiging, dwaling of bedrog tot stand is gekomen of indien de draagmoeder hen heeft bedrogen met betrekking tot de wijze waarop de zwangerschap tot stand is gekomen. De wensouder met een genetische band met het kind heeft, net als in het overige afstammingsrecht, geen mogelijkheid tot het doorbreken van de band met het kind. De toelichting is in bovengenoemde zin aangevuld.

iii. Regeling voor «eenvoudige erkenning» na buitenlands draagmoederschap

De voorgestelde regeling maakt duidelijk onder welke voorwaarden buitenlandse familierechtelijke betrekkingen na draagmoederschap in aanmerking komen voor erkenning in Nederland. Daarmee geeft het

[96] Voorgesteld artikel 1:219, tweede lid, BW.

kabinet gevolg aan de aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap hieromtrent.[97]

Op grond van voorgesteld artikel 10:101a, derde lid, onderdeel a, BW is dergelijke «eenvoudige erkenning» aan de orde als:
- *de gegevens over de afstamming voor het kind beschikbaar zijn voor opname in het register;*
- *vaststaat dat het kind genetisch verwant is aan ten minste één van de wensouders;*
- *er een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt aan de afstamming; en*
- *indien de wensouders vanaf de geboorte ouders zijn geweest van het kind, er een mogelijkheid heeft bestaan voor de draagmoeder om dit ouderschap te betwisten.*

Daarmee wordt volgens de toelichting voor wensouders een prikkel geboden «om gebruik te maken voor een buitenlandse procedure die voldoet aan de basisvoorwaarden voor zorgvuldig draagmoederschap zoals die in Nederland worden gesteld».[98]

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

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

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

iii.

De Afdeling merkt terecht op dat met de voorgestelde regeling niet wordt voorkomen dat wensouders kiezen voor een buitenlands draagmoederschaps-traject waarbij niet alle in Nederland gehanteerde

---

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

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

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

Het treffen van een regeling waarbij alle risico's van draagmoederschap worden uitgesloten is niet mogelijk. Evenmin kan worden voorkomen dat in het belang van het betrokken kind een juridische afstammingsband tot stand wordt gebracht tussen wensouders en kind in gevallen waarin geen zorgvuldig traject is gevolgd. Immers, het valt niet te voorkomen dat mensen in het buitenland een draagmoederschapstraject aangaan. Zo'n traject hoeft niet te voldoen aan de in de voorgestelde regeling gestelde zorgvuldigheidseisen. Als wensouders en kind vervolgens naar Nederland komen en er is een genetische band tussen tenminste één wensouder en het kind, dan zal op grond van de jurisprudentie van het EHRM hoe dan ook enige vorm van juridische erkenning van de ouder-kindrelatie moeten plaatsvinden. Deze verplichting volgt uit het recht op respect voor het privéleven van het kind.[99]

b. Draagmoederschapsovereenkomst

Voor de toekenning van ouderschap na binnenlands draagmoederschap dient de rechter te toetsen of de draagmoederschapsovereenkomst enkele verplichte aspecten regelt. Zo moeten onder meer afspraken worden opgenomen over de vergoeding van de kosten die zijn verbonden aan het draagmoederschap, het contact tussen de draagmoeder en het kind na de geboorte en de afdekking van de risico's die zijn verbonden aan draagmoederschap.[100] Daarnaast kunnen de draagmoeder en de wensouders andere afspraken over het draagmoederschapstraject opnemen in de draagmoederschapsovereenkomst.

De toelichting biedt veel onduidelijkheid over de wijze waarop de draagmoederschapsovereenkomst past binnen de systematiek van het verbintenissenrecht.[101] Zo rijst de vraag naar de gevolgen die mogen worden verbonden aan niet-naleving van de afspraken uit een draagmoederschapsovereenkomst. De toelichting stelt slechts dat afspraken over

---

[99] 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).
[100] Voorgesteld artikel 1:216 BW.
[101] Memorie van toelichting, paragraaf 4.5 en artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:216 BW.

dergelijke gevolgen niet van dien aard mogen zijn dat hiermee de facto het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder in de kern wordt beperkt. In dat verband noemt de toelichting alleen een boetebeding als sanctie op niet-naleving.[102]

Het wettelijk arsenaal aan remedies bij niet-nakoming is evenwel breder (nakoming, schadevergoeding, ontbinding[103]*). Dit doet vragen rijzen over de mogelijke toepassing daarvan, juist in relatie tot het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder. Daarnaast rijzen vragen met betrekking tot de gevolgen van niet-naleving door de wensouders en opzegging van de overeenkomst. Wat is de betekenis van een opzegging van de overeenkomst door de wensouders wegens bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer een alleenstaande wensouder ernstig ziek is geworden?*

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

b. Draagmoederschapsovereenkomst

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

c. Strafbaarstellingen

Het voorstel regelt dat betalingen voor de overdracht van ouderschap een misdrijf zullen vormen.[104] *Met de wettelijke strafbedreiging van ten hoogste vier jaren gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie, wordt de ernst van dit feit tot uitdrukking gebracht en een passende bestraffing mogelijk gemaakt.*[105]*Het voorstel stelt tevens onkostenvergoedingen voor het draagmoederschap (in Nederland) die de bij algemene maatregel van bestuur bepaalde maxima te boven gaan strafbaar.*[106] *Dit zal kwalificeren als een overtreding waarvoor een geldboete van de derde categorie kan worden opgelegd.*[107]

---

[102] Idem. Zie ook paragraaf 7.1, onderdeel c.
[103] Zie respectievelijk artikel 3:296 BW, artikel 6:74 BW en artikel 6:265 BW.
[104] Voorgesteld artikel 151ca Sr.
[105] Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 151ca, eerste lid, Sr.
[106] Bij algemene maatregel van bestuur zullen de kostenposten worden aangewezen die bij draagmoederschap voor vergoeding in aanmerking komen en de wijze waarop de hoogte van de maximale vergoeding per kostenpost kan worden vastgesteld. Naast vergoeding van daadwerkelijk gemaakte kosten zal in de AMvB ruimte bestaan voor een beperkte tegemoetkoming als compensatie voor het ongemak, de pijn en de inspanningen tijdens en na de zwangerschap. Zie memorie van toelichting, paragraaf 5.4.
[107] Voorgesteld artikel 442b Sr.

Volgens de toelichting moeten onkostenvergoedingen worden onderscheiden van betalingen voor de overdracht van ouderschap van een kind.[108] De Afdeling betwijfelt echter of dit onderscheid in de praktijk zo duidelijk kan worden gemaakt. Vergoedingen aan de draagmoeder die uitgaan boven daadwerkelijk gemaakte kosten die gepaard gaan met de zwangerschap en bevalling zijn immers vatbaar voor het argument dat sprake is van kinderkoop, zo stelt ook de toelichting.[109] De Staatscommissie Herijking ouderschap merkt hierover eveneens op dat deze grens ethisch en juridisch onduidelijk is.[110]

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

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

c. Strafbaarstellingen

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

---

[108] Memorie van toelichting, paragraaf 5.4.
[109] Memorie van toelichting, paragraaf 5.1 en 5.4.
[110] Staatscommissie Herijking ouderschap, «Kind en ouders in de 21e eeuw», bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 4.3.2.

7. Versterking recht op afstammingsinformatie

Een regeling voor draagmoederschap versterkt de behoefte om gegevens betreffende de biologische afstamming op te slaan zodat deze op termijn voor het betrokken kind te achterhalen is, zo stelt de toelichting.[111] Daarom wordt een grondslag voor de registratie van afstammingsgegevens bij draagmoederschap voorgesteld.

Uit de toelichting blijkt dat daarnaast beoogd wordt om aan kinderen met vragen omtrent afstammingsinformatie in bredere zin centrale toegang tot deze gegevens te bieden, ongeacht de wijze waarop afstammingsrelaties tot stand zijn gekomen.[112] Het voorstel bevat dan ook een algemenere regeling omtrent de instelling van een register met afstammingsinformatie. Er zou één centraal punt moeten komen waar kinderen en andere betrokkenen terecht moeten kunnen. In dat verband zouden zowel donorgegevens, gegevens over de draagmoeder of de anonieme geboortemoeder, binnenlandse en buitenlandse adoptiegegevens als eventueel andere beschikbare gegevens over afstamming moeten worden opgeslagen.

De voorgestelde wettelijke regeling is op dit punt zeer summier. Het regelt niet welke informatie in dit algemenere afstammingsregister wordt opgenomen en wie informatie daarin kan laten opnemen. Ook regelt het niet wie en onder welke voorwaarden toegang hebben tot de gegevens, zoals de gegevens die over genetische broers en zussen worden opgenomen. Hoe de bewaring, verstrekking en verwijdering van de gegevens plaatsvindt, wordt evenmin geregeld. Al hetgeen het register of de registers betreft, wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaald.[113]

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

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, volgt uit artikel 10, eerste lid, van de Grondwet weliswaar dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer bij of krachtens wet in formele zin mag worden beperkt, maar de grondwetgever geeft in die bepaling de wetgever geen carte blanche bij het delegeren van die bevoegdheid aan lagere regelgevers. De beperkingen op het grondrecht moeten worden gespecificeerd en er dient, in elk geval op hoofdlijnen, een belangenafweging plaats te vinden in het licht van artikel 10 van de Grondwet op het niveau van de formele wet.[114]

---

111 Memorie van toelichting, paragraaf 6.1.

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

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

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

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

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

7. Versterking recht op afstammingsinformatie

De Afdeling wijst op de vereisten van artikel 10 van de Grondwet inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het primaat van de wetgever bij een regeling die inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer, zoals voorzien in het wetsvoorstel zoals voorgelegd aan de Afdeling. De Afdeling adviseert in dat licht de wezenlijke onderdelen van een regeling voor een afstammingsregister in de wet op te nemen of een nadere afweging in de toelichting op te nemen waarom dit niet mogelijk is.
De opmerking van de Afdeling heeft aanleiding gevormd voor het alsnog opnemen van de hoofdlijnen van het register in de wet. Daarbij is tevens gekozen voor een beperktere opzet van het register, enkel gericht op afstammingsgegevens in geval van draagmoederschap. Dit heeft geleid tot een nieuwe paragraaf 4 van Afdeling 7 «Register ontstaansgeschiedenis en afstamming na draagmoederschap», bestaande uit een drietal artikelen. De regeling biedt een algemene grondslag voor het register dat zal worden gehouden door de Minister voor Rechtsbescherming of een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen rechtspersoon. Het doel van het register is het mogelijk maken dat het kind toegang verkrijgt tot informatie over diens biologische of genetische afstamming en ontstaansgeschiedenis. Daarnaast is ook het verzamelen van statistische gegevens een doel van het register. In de wet is een grondslag opgenomen voor, en in sommige gevallen een verplichting tot, het opnemen van bepaalde gegevens in het register en is bepaald dat de gegevens gedurende honderd jaar worden bewaard vanaf de dag waarop het kind wordt geboren. Daarbij is tevens bepaald wie toegang hebben tot de in het register opgenomen gegevens. Daarnaast is een grondslag opgenomen voor een nadere regeling van het register.
Nu deze nieuwe regeling een substantiële uitbreiding vormt van de wettelijke regeling zoals eerder voorgelegd aan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), is deze in overeenstemming met artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming, samen met een Privacy Impact Assessment, opnieuw voorgelegd aan de AP. De AP heeft op 12 juli 2022 haar advies uitgebracht. De AP stelt vast dat de aanvulling van de wet de hoofdlijnen van het register bevat. Aan de opmerkingen van de AP over de regeling is gevolg gegeven.

8. Verruiming mogelijkheden beëindiging ouderschap

In de brief van 12 juli 2019 kondigde het kabinet aan de mogelijkheden om de ouderschapsband te verbreken te zullen verruimen.[115] Dit voornemen heeft vorm gekregen in voorgesteld artikel 1:222 BW, dat bepaalt dat een verzoek van een meerderjarig kind tot beëindiging van het ouderschap alleen kan worden toegewezen «indien de beëindiging in het kennelijk belang van het kind is en de rechtbank van de redelijkheid van de beëindiging in gemoede overtuigd is».

Met de voorgestelde verruiming geeft het kabinet vorm aan een aanbeveling van de Staatscommissie Herijking ouderschap, die daarbij zeer uitzonderlijke gevallen op het oog had, zoals een situatie waarin uithuisplaatsing na mishandeling of verwaarlozing heeft plaatsgevonden, of waarin de ene ouder de andere ouder om het leven heeft gebracht en het kind geen enkele band meer voelt met de overlevende ouder. Tegen die achtergrond adviseert de Staatscommissie mogelijk te maken dat volwassen geworden kinderen het ouderschap van hun juridische ouders door de rechter ongedaan kunnen laten maken, ook als het een genetische ouder of geboortemoeder betreft.[116]

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

Als zodanig bevat de toelichting aanvullende normen, die in de wettelijke regeling zelf dienen te worden vastgelegd.[119]

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

8. Verruiming mogelijkheden beëindiging ouderschap

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

---

115 Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, paragraaf 7.
116 Staatscommissie Herijking ouderschap, «Kind en ouders in de 21e eeuw», bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 11.2.4.
117 Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.
118 Idem.
119 Zie aanwijzing 4.47 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

9. Afschaffing termijnen

Uit het oogpunt van rechtszekerheid zijn er termijnen gesteld waarbinnen het niet-biologische ouderschap kan worden ontkend of een erkenning kan worden vernietigd.[120] Deze termijnen zijn relatief kort. Zo kan een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap worden ingediend tot drie jaar nadat een kind bekend is geworden met het feit dat zijn vader vermoedelijk niet zijn biologische vader is.

De toelichting suggereert dat de termijnen in strijd zijn met artikel 8 EVRM en daarom dienen te worden afgeschaft.[121] De Afdeling merkt in dit verband op dat lagere rechtspraak de termijnen weliswaar soms in strijd met artikel 8 EVRM heeft geoordeeld, maar dat de Hoge Raad tot een andere conclusie komt. Volgens de Hoge Raad zijn de termijnen noodzakelijk in een democratische samenleving met het oog op de rechtszekerheid en de bescherming van de belangen van het kind. Daarmee is volgens de Hoge Raad geen sprake van een ongerechtvaardigde inmenging in het familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM.[122] Deze rechtspraak sluit aan bij die van het EHRM, dat oordeelde dat het verbinden van termijnen aan de ontkenning van het vaderschap binnen de beleidsvrijheid van verdragsstaten valt en derhalve geen strijd oplevert met artikel 8 EVRM.[123]

Daarnaast verdient opmerking dat in de praktijk zo nu en dan al aan de genoemde termijnen voorbij wordt gegaan, bijvoorbeeld als alle belanghebbenden het erover eens zijn dat er een ontkenning of vernietiging van de erkenning kan plaatsvinden en er vervolgens een nieuwe juridische ouder is die het ouderschap op zich neemt.[124] Een kale schrapping van de termijnen voor het kind om het ouderschap te ontkennen of een erkenning te vernietigen, komt neer op een nieuwe mogelijkheid tot beëindiging van het ouderschap.

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

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

---

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

121 Memorie van toelichting, paragraaf 6.4.

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

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

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

9. Afschaffing termijnen

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

10. Versterking bescherming minderjarige ouders

Momenteel is erkenning van een kind mogelijk door een minderjarige van 16 jaar of ouder. Minderjarige moeders kunnen altijd toestemming geven voor de erkenning, ongeacht de leeftijd van de moeder. Het wetsvoorstel past de huidige regeling aan overeenkomstig het uitgangspunt van de Staatscommissie dat ouderschap een volwassen aangelegenheid is.[125] Voor erkenning of toestemming voor erkenning van een kind tijdens de minderjarigheid van de ouder wordt geregeld dat eerst om toestemming van de rechter zal moeten worden verzocht. Een verzoek hiertoe is mogelijk vanaf het bereiken van de leeftijd van 16 jaar.[126] Naar het oordeel van het kabinet versterkt dit voorstel de positie van de jonge ouder en past dit in de trend van een betere bescherming van minderjarigen.[127]

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

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

10. Versterking bescherming minderjarige ouders

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

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

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

Tot slot wordt opgemerkt dat van de gelegenheid gebruik is gemaakt om nog een aantal aanvullende wijzigingen door te voeren. Zo is in de memorie van toelichting een inhoudsopgave opgenomen en is de indeling van de toelichting gewijzigd. Tevens zijn bij gelegenheid en naar aanleiding van de herijking van de uitvoeringstoets een aantal technische aanpassingen gedaan in de artikelen met betrekking tot het wensouderverlof. Verder zijn in het wetsvoorstel (aanvullende) technische aanpassingen opgenomen met betrekking tot de Participatiewet. Deze wijzigingen strekken ertoe dat de door de wensouders en de draagmoeder overeengekomen tegemoetkoming voor draagmoederschap niet wordt gerekend tot de middelen waarover de alleenstaande of het gezin beschikt

---

[125] Staatscommissie Herijking ouderschap, «Kind en ouders in de 21e eeuw», bijlage bij Kamerstukken II, 2016/17 33 836, nr. 18, paragraaf 11.2.3.4.
[126] Gewijzigd artikel 1:204 BW; memorie van toelichting, paragraaf 6.3.
[127] Kamerstukken II 2018/19, 33 836, nr. 45, paragraaf 7.

of redelijkerwijs kan beschikken. Ook is voorzien in een wijziging van de Wet BRP, zodat een kind dat is geboren nadat de rechter een verzoek tot toekenning van ouderschap na draagmoederschap heeft toegewezen, vanaf de geboorte kan worden ingeschreven op het adres van de wensouder(s). Verder is een zuiver technische wijziging van de Wet lidmaatschap koninklijk huis opgenomen die bewerkstelligt dat de vernummering van de leden van artikel 5 van Boek 1 BW ook doorwerkt in de verwijzing naar die leden in artikel 9 van de Wet lidmaatschap koninklijk huis. Tevens is een wijziging van de Wet IB opgenomen, zodat de tegemoetkoming draagmoederschap niet in de heffing van inkomstenbelasting wordt betrokken. Ten slotte zijn enkele samenloopbepalingen toegevoegd.

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

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind