



Niet-nakoming van een draagmoederschapcontract:
biedt het Nederlandse recht een oplossing?

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid:
Accent Privaatrecht

J.A. Swinkels
s408674



Scriptie geschreven ter afronding van de
Master Rechtsgeleerdheid
Accent Privaatrecht

Te verdedigen ten overstaan van de
Examencommissie van de Universiteit van Tilburg

Prof. mr. P. Vlaardingerbroek
Mr. V.M. Smits

Op woensdag 3 april 2013 om 15:00 uur

Na ruim vier jaar studeren aan de universiteit van Tilburg, is mijn studententijd nu toch echt tot een eind gekomen: mijn scriptie ter afronding van de Master Rechtsgeleerdheid: accent Privaatrecht is eindelijk af! Ik heb de afgelopen jaren genoten van mijn tijd als student aan de universiteit van Tilburg en ontzettend veel geleerd.

Tijdens een college Personen- en familierecht II, kwam het onderwerp draagmoederschap kort aan bod. Professor Vlaardingerbroek vertelde dat een draagmoeder op grond van artikel 1:198 BW van rechtswege de juridische moeder van het kind is dat zij baart. Wanneer de wensouders besluiten het kind niet op te willen nemen in hun gezin, betekent dat derhalve dat de draagmoeder de juridische moeder *blijft*. Dat verbaasde mij zeer en ik wilde weten waarom in onze Nederlandse wetgeving niets geregeld is ter zake draagmoederschap. Nadat ik mij wat meer verdiepte had in het onderwerp, besloot ik dat ik mijn scriptie hierover wilde schrijven. Het is een buitengewoon interessant onderwerp, waarbij nog veel meer aspecten aan de orde komen dan die reeds door mij besproken zijn. Ik ben dan ook van mening dat het laatste woord hierover nog lang niet geschreven is.

Graag wil ik professor Vlaardingerbroek bedanken voor zijn goede begeleiding, prettige samenwerking en bovenal goede feedback. Hij heeft mij meerdere malen tot nieuwe inzichten doen komen en daarvoor ben ik hem zeer dankbaar. Uiteraard wil ik ook mevrouw mr. Smits bedanken voor het plaatsnemen in de examencommissie.

Last, but certainly not least wil ik mijn ouders bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun tijdens mijn gehele studententijd, maar ook gedurende het schrijven van deze scriptie. Zij hebben meerdere malen mijn stukken aandachtig gelezen en van commentaar voorzien, waar ik ontzettend veel aan heb gehad. Ook wil ik mijn vriend ontzettend bedanken. Steeds als ik het even niet meer zag zitten, was hij daar om naar mij te luisteren, mij op te vrolijken en te motiveren. Bedankt allemaal!

Jitka Swinkels

Eindhoven, maart 2013

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Lijst met afkortingen.....	6
Inleiding	7
Hoofdstuk 1 Draagmoederschap in Nederland	10
1.1 Inleiding	10
1.2 Historie van het draagmoederschap in Nederland.....	10
1.3 De draagmoederschapsovereenkomst.....	11
1.4 De juridische positie van de draagmoeder/draagouders.....	13
1.5 De juridische positie van de wensouders	14
1.6 De juridische gevolgen bij niet-nakoming van het draagmoederschapcontract	15
Conclusie	16
Hoofdstuk 2 De draagmoederschapsovereenkomst binnen het Nederlandse overeenkomstenrecht ..	17
2.1 Inleiding	17
2.2 De dwingendrechtelijke bepalingen in Boek 1 BW	17
2.3 De draagmoederschapsovereenkomst en het verbintenisrecht.....	19
2.3.1 Inleiding	19
2.3.2 Opvattingen in de literatuur	20
2.3.3 Discussie.....	22
Hoofdstuk 3 De draagmoederschapsovereenkomst binnen het Nederlandse recht inzake de onrechtmatige daad.....	26
3.1 Inleiding	26
3.2 De onrechtmatige daad	26
3.2.1 Onrechtmatige daad door de wensouders; welke grond?	27
3.2.2 Inbreuk op een recht?	28
Conclusie	35
Hoofdstuk 4 Een korte rechtsvergelijking met Israël en Griekenland naar draagmoederschap.....	37
4.1 Inleiding	37
4.2 De civielrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap in Israël.....	37
4.2.1 De strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap in Israël	39
4.3 De afdwingbaarheid van een draagmoederschapcontract in Israël.....	39
4.4 De civielrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap in Griekenland.....	40
4.4.1 De strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap in Griekenland.....	42

4.5 De afdwingbaarheid van een draagmoederschapcontract in Griekenland	42
Conclusie	42
Discussie.....	43
Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen.....	47
5.1 Conclusies	47
5.2 Aanbevelingen	49
Bronvermelding	52

Lijst met afkortingen

AA	Ars Aequi
ASAA	Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen
BW	Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden
FJR	Familie- en Jeugdrecht
GBW	Griekse Burgerlijk Wetboek
HR	Hoge Raad
IVF	In Vitro Fertilisatie
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
Jo.	Juncto
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
Raad	Raad voor de Kinderbescherming
Rb.	Rechtbank
Sr	Wetboek van Strafrecht
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
UCERF	Utrecht Centre for European Research into Family Law
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

Probleemomschrijving

In de afgelopen jaren is het commercieel draagmoederschap een belangrijk agendapunt van de Tweede Kamer geweest. In 2009 heeft de toenmalige minister van Justitie vanwege de toegenomen medische mogelijkheden, de opkomst van internet en de mondialisering een onderzoek laten doen naar de aard en omvang van commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van een (buitenlands) kind.¹ Dit rapport, uitgevoerd door het Utrecht Centre for European Research into Family Law (hierna: UCERF), bespreekt onder meer de Nederlandse situatie voor wat betreft het strafrechtelijke wetgevingsbeleid en de civielrechtelijke positie van de draag- en wensouders ten opzichte van het kind. Ook hebben de onderzoekers gekeken in hoeverre er conformiteit is met andere landen ten opzichte van Nederlandse wetgeving en in welke situaties er in Nederland problemen kunnen ontstaan als gevolg van ruimere wetgeving in die andere onderzochte landen.² Een belangrijke conclusie uit dit onderzoek is dat zowel het Nederlandse materiële recht alsook het Nederlandse internationale privaatrecht geen eenduidige antwoorden geeft op vragen die naar aanleiding van draagmoederschap (en illegale opnemings van kinderen) ontstaan. Dit leidt tot onduidelijkheid over de juridische positie van het kind dat wordt geboren na draagmoederschap en tot onzekerheid over de juridische positie van wensouders en draagmoeders/draagouders. Naar aanleiding van het rapport van het UCERF, heeft staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Fred Teeven op 1 maart 2011 een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer geschreven waarin hij aangeeft dat hij ziet dat er de afgelopen tien jaar veel is veranderd: "Er is een toename van de behandelmethoden om onvruchtbaarheid te behandelen. Via het internet weten paren die het aangaat, steeds meer wat in welk land mogelijk is. Het gaat bij draagmoederschap om een in omvang beperkt onderwerp. De gevolgen van situaties rondom draagmoederschap kunnen evenwel verstrekkend zijn en roepen maatschappelijke discussie op. Gezien de internationale en technische ontwikkelingen, is de verwachting dat het aantal kinderen dat zal worden geboren uit een draagmoeder de komende jaren stijgt."³ Zowel het onderzoeksrapport alsook de brief van de staatssecretaris hebben tot op heden geen verandering in het wetgevingsbeleid met betrekking tot draagmoederschap teweeggebracht.

Commercieel draagmoederschap is in Nederland strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van 20 december 1990⁴ volgt dat draagmoederschap moet worden aangemerkt als een ongewenst verschijnsel.⁵ Ideëel draagmoederschap is wel toegestaan, omdat er in dat geval geen financiële redenen meespelen. Specifieke wetgeving voor deze vorm is er echter niet.

De wensouders en draagmoeder sluiten vaak een draagmoederschapsovereenkomst waarin onder meer verplichtingen omtrent de afstand van het kind door de draagmoeder en de opname van het kind door de wensouders zijn opgenomen. Op dit moment is er bij

¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30.

² Boele-Woelki e.a. 2011.

³ Brief van staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 1 maart 2011.

⁴ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 1, 2 en 3.

⁵ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 3.

overeenkomsten omtrent het afstaan van een kind en opname van een kind sprake van nietigheid wegens strijd met de wet (artikel 3:40, lid 2 Burgerlijk Wetboek, hierna: BW); ten aanzien van ouderschap en gezag is Boek 1 BW dwingendrechtelijk van aard. Deze verplichtingen kunnen bij niet-nakoming door een van de partijen derhalve niet rechtens afgedwongen worden. Wanneer de wensouders dus besluiten het draagmoederkind niet in hun gezin op te nemen, kan de draagmoeder hen daartoe niet (laten) verplichten. Een draagmoeder die (ongewild) ouder wordt, omdat de wensouders hebben besloten het kind bij nader inzien toch niet te willen, blijkt onderhoudsplichtig voor dat kind. Tevens is zij *juridisch* moeder, die van rechtswege ouderlijk gezag heeft over het kind. Zij zal dus voor het kind moeten zorgen in de breedste zin van het woord. Het kind moet eten, drinken, naar school: allemaal kosten die een draagmoeder niet heeft gewild, maar toch heeft vanwege haar plotselinge moederschap. Kan zij in dat geval dan bijvoorbeeld afstand doen van haar kind?⁶ En wat als de draagmoeder een partner heeft? Bij een huwelijk (en indien het wetsvoorstel aangenomen wordt, straks ook bij een geregistreerd partnerschap⁷) wordt haar partner ook (ongewild) juridisch ouder. Er zijn dus diverse aspecten die aan de orde komen in een dergelijke situatie en dat maakt dit probleem zo interessant.

De vraag rijst of het huidige Nederlandse recht een oplossing biedt die het belang van het kind (en van de draagmoeder) voldoende waarborgt wanneer het draagmoederschapcontract niet wordt nagekomen door de wensouders. Zoals reeds naar voren is gekomen, laat het grootschalig onderzoek van het UCERF zien dat het Nederlandse recht momenteel tot onduidelijkheid en onzekerheid leidt bij draagmoederschapconstructies. Dit benadrukt de maatschappelijke relevantie van dit onderzoek, alsmede de wetenschappelijke relevantie. Is Nederland wellicht toe aan een (civielrechtelijke) regeling voor ideëel draagmoederschap, zodat er niet langer onduidelijkheid en onzekerheid bestaat bij betrokken partijen? De verwachting van de staatssecretaris is immers dat het aantal kinderen dat wordt geboren uit een draagmoeder in de komende jaren zal stijgen. En wordt deze problematiek in landen waar ideëel draagmoederschap civielrechtelijk gereguleerd is wel opgevangen?

De centrale onderzoeksvraag

In deze scriptie wil ik ingaan op de problematiek rondom draagmoeders die ongewild juridisch ouder worden. De centrale vraag van mijn onderzoek luidt:

"Welke civielrechtelijke oplossingen waarborgen het belang van het kind dat geboren wordt uit een draagmoeder het beste indien de wensouders het kind van de draagmoeder weigeren te aanvaarden?"

Voor het beantwoorden van deze onderzoeksvraag, zal ik gebruikmaken van theoretisch en rechtsvergelijkend onderzoek. Aan de hand van literatuuronderzoek zal ik proberen argumenten te vinden voor een verklaring of oplossing voor bovenstaande problematiek. De

⁶http://www.kinderbescherming.nl/wat_doet_de_raad/afstand_screening_adoptie_en_afstammingsvagen/afstand_doen_van_een_kind/

⁷ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/wetsvoorstellen/2012/11/01/wetsvoorstel-verzamelwet-familie-recht-opheffing-enkele-verschillen-tussen-huwelijk-en-geregistreerd-partnerschap>.

rechtsvergelijking is van belang, omdat er landen zijn waar ideëel draagmoederschap wel wettelijk geregeld is en er onderzocht moet worden of Nederland wellicht een vergelijkbare regeling moet treffen. Bovendien zal beoordeeld worden wat voor regeling dit eventueel zou moeten zijn, waarbij het belang van het kind in acht genomen moet worden.

Door middel van de volgende opzet zal ik een antwoord op de onderzoeksvraag geven:

In hoofdstuk 1 zal ik direct bovenstaande problematiek bespreken, waarbij de juridische positie van de wensouders en draagmoeder (en eventueel haar echtgenoot) besproken zal worden aan de hand van het huidige Nederlandse recht. Ook zal in dit hoofdstuk weergegeven worden wat de juridische gevolgen zijn voor de draagmoeder en de wensouders wanneer de wensouders de afspraak niet meer willen nakomen.

In hoofdstuk 2 wordt gekeken of ons huidige contractenrecht eventueel een oplossing biedt voor de problematiek.

In hoofdstuk 3 vervolgens wordt besproken of de draagmoeder en/of het kind via het onrechtmatige daadsrecht stappen kan/kunnen ondernemen, indien het contractenrecht geen uitkomst biedt.

Hoofdstuk 4 zal een rechtsvergelijkend hoofdstuk zijn, waarbij de civielrechtelijke regeling met betrekking tot draagmoederschap van Israël en Griekenland wordt besproken. Door te kijken hoe draagmoederschap in deze landen wettelijk is gereguleerd, kunnen in het hoofdstuk met de conclusies en aanbevelingen wellicht (vergelijkbare) voorstellen worden gedaan voor vernieuwde wetgeving in Nederland.

Hoofdstuk 5 zal de conclusie zijn. In dit hoofdstuk zullen allereerst mijn bevindingen van dit onderzoek nogmaals kort besproken worden, om vervolgens naar aanleiding van die bevindingen aanbevelingen te doen aan de Nederlandse wetgever ter zake van ideëel draagmoederschap. Hier zal de centrale vraag derhalve beantwoord worden.

1.1 Inleiding

In dit eerste hoofdstuk zal aan de hand van het Nederlandse recht worden ingegaan op de juridische positie van de draagmoeder en de wensouders bij het aangaan van een draagmoederschapsovereenkomst. De historie van het draagmoederschap in Nederland zal kort weergegeven worden, om vervolgens te bespreken wat een draagmoederschapsovereenkomst inhoudt. Daarna wordt de juridische positie van alle betrokkenen besproken en zal ingegaan worden op de juridische gevolgen voor partijen indien de wensouders het kind niet meer willen opnemen in hun gezin en de overeenkomst dus niet wordt nagekomen.

1.2 Historie van het draagmoederschap in Nederland

Het draagmoederschap kwam in Nederland halverwege de jaren '80, begin jaren '90 steeds meer in de belangstelling te staan. De ontwikkelingen in het buitenland hadden hier zeer waarschijnlijk mee te maken, zoals in Engeland en Amerika. Daar vonden commercialisering van draagmoederschap en de ontwikkeling van kunstmatige bevruchtingstechnieken plaats die ervoor zorgden dat moederschap en genetische verwantschap niet meer samen hoefden te vallen.⁸ Uit een notitie van de Nederlandse regering blijkt dat zij eind jaren '80 een inventarisatie heeft laten uitvoeren over de mate waarin het verschijnsel draagmoederschap in Nederland voorkwam.⁹ De Raad voor de Kinderbescherming (hierna: Raad) werd in 1983 en 1984 vijf keer met draagmoederschap geconfronteerd. Zij gaf echter wel aan dat deze inventarisatie geen volstrekt betrouwbaar beeld kon geven, omdat niet in alle gevallen van draagmoederschap de Raad erbij betrokken zou worden.¹⁰

Over de praktijk van draagmoederschap was wel bekend dat de draagmoeder meestal een bekende van de wensouders was.¹¹ Deze vorm van draagmoederschap wordt ook wel *ideeel* of *altruïstisch draagmoederschap* genoemd: de draagmoeder wil in dat geval iets goeds doen voor een andere vrouw die zelf geen kinderen kan krijgen.¹² Er spelen geen financiële redenen mee. Deze vorm van draagmoederschap blijkt in onze maatschappij inmiddels geaccepteerd te zijn.¹³ Ook de Gezondheidsraad vindt deze vorm aanvaardbaar.¹⁴ De tegenhanger van deze draagmoederschapvorm is het *commercieel draagmoederschap*, waarbij juist louter financiële redenen spelen. Deze vorm is in Nederland strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht.¹⁵ In mijn onderzoek zal ik alleen aandacht besteden aan de niet-strafbaar gestelde vorm, waarvoor door de draagmoeder/draagouders en wensouders een (civielrechtelijke) overeenkomst kan worden opgesteld. In de volgende paragraaf zal

⁸ Broekhuijsen-Molenaar, p. 151.

⁹ Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2 (Notitie kunstmatige bevruchting en draagmoederschap).

¹⁰ Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2 (Notitie kunstmatige bevruchting en draagmoederschap).

¹¹ Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2, p. 31 (Notitie kunstmatige bevruchting en draagmoederschap).

¹² Koudstaal & Neleman 1994, p. 89.

¹³ Heida & Van der Steur 2001, p. 209.

¹⁴ Planningsbesluit IVF 1997.

¹⁵ Artikel 151a en artikel 151 b Sr.

deze overeenkomst en de inhoud ervan besproken worden op grond van het civiele recht en blijft het strafrecht buiten beschouwing. Ook zal een definitie van draagmoederschap gegeven worden.

1.3 De draagmoederschapovereenkomst

Hoewel het begrip *draagmoederschapovereenkomst* wel in het Wetboek van Strafrecht voorkomt, komen we dit begrip nergens tegen in het Burgerlijk Wetboek noch in een andere wet. Ook het begrip *draagmoederschap* komt niet in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) voor. Toch is het belangrijk om eerst duidelijk te maken wat draagmoederschap inhoudt alvorens de draagmoederschapovereenkomst besproken kan worden. Een omschrijving van het begrip zal daarom uit de literatuur moeten worden gehaald. Daar wordt draagmoederschap als volgt omschreven: van draagmoederschap is sprake wanneer een vrouw, de draagmoeder, zwanger wordt met de intentie het kind na de geboorte af te staan aan een ander, de wensouder(s), die de verzorging en opvoeding van het kind op zich wil(len) nemen en het juridische ouderschap over het kind wil(len) verwerven.¹⁶ De wensouders kunnen een al dan niet gehuwd (homofiel) paar zijn, maar ook een alleenstaande man of vrouw.¹⁷ Reeds vóór de zwangerschap wordt afgesproken dat het kind, waarvan de draagmoeder zwanger zal worden, wordt afgestaan aan de wensouders. Een vrouw die ongewenst zwanger wordt en tijdens de zwangerschap of na de geboorte tot afstand van het kind komt ten behoeve van anderen, wordt dus niet als draagmoeder aangemerkt. In dat geval is er sprake van adoptie. Het doel van draagmoederschap is het bewerkstelligen van familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en de wensouders en het verbreken van de familierechtelijke band met de draagmoeder of draagouders.¹⁸

In de meeste gevallen wordt tussen de draagmoeder en wensouders vooraf een draagmoederschapovereenkomst afgesloten. Zij kunnen een dergelijk contract zelf opstellen, maar er kan ook advies over ingewonnen worden bij een advocaat of notaris. In principe kunnen zij alles in het contract vastleggen dat betrekking heeft op draagmoederschap. De overeenkomst bevat over het algemeen meestal de plicht van de draagmoeder om zich te laten bevruchten/insemineren of een in vitro fertilisatie (hierna: IVF) behandeling te ondergaan, het kind te dragen en na de geboorte af te staan. Voor de wensouders bevat het contract vaak de plicht om het kind na de geboorte te aanvaarden en op te nemen in hun gezin, en om een overeengekomen onkostenvergoeding te betalen.¹⁹ Naast deze verplichtingen kunnen er ook nog andere verplichtingen voor draagmoeder en wensouders worden opgenomen, bijvoorbeeld dat de draagmoeder tijdens de zwangerschap niet mag roken en geen drugs en alcohol mag gebruiken, zich regelmatig laat controleren door een gynaecoloog en zich zal laten aborteren als binnen de eerste tien weken van de zwangerschap blijkt dat zij zwanger is van een onvolwaardige vrucht. Ook wordt vaak

¹⁶ Vlaardingerbroek 2008, p. 251-252 en p. 266.

¹⁷ Kalkman-Bogerd 1996, p. 191, Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 251.

¹⁸ Kalkman-Bogerd 1996, p. 197.

¹⁹ Schoots e.a. 2004, p. 190.

opgenomen dat de wensouders na de geboorte van het kind een honorarium betalen aan de draagmoeder, bijvoorbeeld vanwege het ongemak van de zwangerschap en de bevalling.²⁰

De totstandkoming van de zwangerschap bij een draagmoeder kan op twee manieren: door middel van *laagtechnologisch* of *hoogtechnologisch* draagmoederschap.²¹ Bij laagtechnologisch draagmoederschap wordt de draagmoeder meestal geïnsemineerd met het sperma van de wensvader. De draagmoeder is de leverancier van de eicel. Deze procedure kan door middel van zelfinseminatie worden uitgevoerd, zonder IVF en meestal ook zonder de aanwezigheid van een arts.²² Het genetisch materiaal bij deze vorm van draagmoederschap is afkomstig van de wensvader en van de draagmoeder. De wensmoeder heeft dus geen genetische band met het kind. De draagmoeder kan ook geïnsemineerd worden met sperma van een donor. Het kind is dan genetisch verwant aan de draagmoeder en de donor en niet aan de wensouders. Bij deze vorm van draagmoederschap is de genetische verwantschap tussen de wensouders en het kind dus niet noodzakelijk aanwezig.²³

Bij hoogtechnologisch draagmoederschap bestaat er geen genetische band tussen de draagmoeder en het kind, omdat er geen eicel van de draagmoeder gebruikt wordt.²⁴ Meestal wordt de eicel van de wensmoeder door middel van IVF bevrucht met het sperma van de wensvader. Het embryo dat hieruit ontstaat wordt vervolgens in de baarmoeder van de draagmoeder geïmplant. Het kind is dus een 100 procent genetisch, *eigen*, kind van de wensouders.²⁵

De mogelijkheid om een eicel van een al dan niet anonieme eiceldonor en/of het zaad van een al dan niet anonieme zaaddonor te gebruiken bestaat echter ook. De wensouders zijn dan maar voor de helft of helemaal niet genetisch verwant aan het kind.²⁶

Men spreekt van hoogtechnologisch draagmoederschap omdat een medisch ingrijpen door middel van IVF noodzakelijk is.²⁷ Pas door de ontwikkeling van kunstmatige voortplantingstechnieken als IVF is deze vorm van draagmoederschap mogelijk geworden en is het mogelijk geworden dat het genetisch materiaal niet afkomstig is van de moeder die het kind baart, maar van een andere vrouw.²⁸ In Engeland werd in 1978 de eerste IVF baby ter wereld geboren; in Nederland werd de eerste IVF baby geboren in 1983. Hoogtechnologisch draagmoederschap werd echter pas in 1997 in Nederland toegestaan.²⁹ Sinds 2006 is het VU Medisch Centrum in Amsterdam officieel gestart met hoogtechnologisch draagmoederschap onder strikte voorwaarden. Zo moet er een medische indicatie zijn, *beide* wensouders moeten het genetisch materiaal leveren, de draagmoeder moet een voltooid gezin hebben of in ieder geval een eigen kind hebben gebaard en moet lichamelijk en geestelijk gezond zijn. Ook moeten de wensouders een intake met een medisch psycholoog ondergaan en mogen zij geen strafblad hebben met bezwarende feiten die adoptie in de weg

²⁰ Vlaardingerbroek 2003, p. 175, Asser 2006, p. 561.

²¹ Heida & Van der Steur 2001, p. 210.

²² Dermout 2001, p. 30.

²³ Schoots e.a. 2004, p. 191.

²⁴ Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen 2009 (hierna: Protocol ASAA 2009), p. 12.

²⁵ Schoots e.a. 2004, p. 191, Dermout 2001, p. 30.

²⁶ Protocol ASAA 2009, p. 12.

²⁷ Vlaardingerbroek 2003, p. 171, Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 152.

²⁸ Dermout 2001, p. 23, Van den Berg & Van Raak-Kuiper 2007, p. 78.

²⁹ Dermout 2001 p. 23.

kunnen staan.³⁰ In Nederland wordt dus alleen hoogtechnologisch draagmoederschap toegestaan en uitgevoerd waarbij beide wensouders genetisch verwant zijn aan het kind. Laagtechnologisch draagmoederschap wordt altijd toegestaan.

Nu duidelijk is geworden hoe de zwangerschap bij een draagmoeder tot stand komt, zal in de volgende paragraaf besproken worden wat de juridische positie is van de draagmoeder en die van een eventuele partner.

1.4 De juridische positie van de draagmoeder/draagouders

Hoewel de draagmoeder en wensouders onderling afspraken kunnen maken door middel van een draagmoederschapsovereenkomst, neemt dit niet weg dat zij ook te maken hebben met wettelijke bepalingen die op hen (en de overeenkomst) van toepassing zijn. Zo is bijvoorbeeld het Nederlandse afstammingsrecht van belang. Door de geboorte ontstaat van rechtswege een (familierechtelijke) betrekking tussen de ouders en het kind.³¹ Het afstammingsrecht beschrijft de afstammingsrelaties (bloedbanden) tussen ouders en hun kinderen en familieleden. Binnen het afstammingsrecht kunnen verschillende soorten ouderschap worden onderscheiden: *juridisch ouderschap*, *fysiologisch ouderschap* en *sociaal ouderschap*. Juridisch ouderschap is het ouderschap dat de afstammingsbanden wettelijk vastlegt. Fysiologisch ouderschap kan worden onderscheiden in genetisch en biologisch ouderschap. Bij genetisch ouderschap zijn de ouders de leveranciers van de gameten. De biologische ouder is de ouder die het kind verwekt of gebaard heeft. Ten slotte is er ook nog sociaal ouderschap, waarbij het gaat om de vraag wie verantwoordelijk is voor de dagelijkse verzorging en opvoeding van het kind.³²

Op grond van het Nederlands recht is de vrouw die het kind baart vanaf de geboorte de juridische moeder van het kind.³³ In Nederland gaat men uit van het *mater semper certa est*-beginsel: *de moeder is altijd zeker*. De vrouw die het kind baart zal dus altijd als moeder worden aangemerkt en dit moederschap kan niet ontkend of vernietigd worden.³⁴ Moederschap is met andere woorden een rechtsfeit: er staat van rechtswege vast dat de vrouw die het kind ter wereld brengt, moeder is van dit kind.³⁵

Op grond van artikel 1:198 BW wordt de draagmoeder de juridische moeder van het kind dat zij baart, ook als vóór de conceptie al is besloten dat de moeder het kind aan de wensouders zal afstaan.³⁶ Voor het ontstaan van juridisch moederschap is de ontstaanswijze van het kind niet van belang.³⁷ Dit betekent dat de draagmoeder zelfs als juridische moeder wordt beschouwd indien de eikel van de wensmoeder afkomstig is en het kind derhalve genetisch

³⁰ Zie de patiëntenfolder van het VUMC: <www.vumc.nl> (zoeken op *draagmoederschap*). Deze eisen komen overeen met die uit de N.V.O.G. richtlijn; http://www.vumc.nl/afdelingen/patientenfolders-brochures/zoekenalfabet/D/hoog_technologisch_draagmoe1.pdf.

³¹ Asser-De Boer 2010, p. 571-572.

³² Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 201-203.

³³ Artikel 1:198 BW.

³⁴ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 206

³⁵ Rood-De Boer 1984, p. 233.

³⁶ Van den Berg & Van Raak-Kuiper 2007, p. 78. Zie ook: Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 206

³⁷ Vlaardingerbroek 2003, p. 173.

gezien van de wensmoeder afstamt (hoogtechnologisch draagmoederschap). De draagmoeder is voor de wet de juridische én de biologische moeder van het kind.³⁸

Nu kan de situatie zich voordoen dat een draagmoeder gehuwd is. Ook voor haar partner heeft de geboorte van het kind dan consequenties voor wat betreft zijn juridische positie. Ingevolge artikel 1:199 BW kan de juridische vader de man zijn die:

- op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw, uit wie het kind is geboren, is gehuwd, tenzij het huwelijk binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden, zelfs indien de moeder is hertrouwd;
- die het kind heeft erkend; of
- wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld of die het kind heeft geadopteerd.

Uitgangspunt is dat er een wettelijk vermoeden bestaat dat de man, die tijdens de geboorte van het kind met de moeder is getrouwd, als vader van het kind moet worden aangemerkt. De wet houdt geen rekening met het feit dat er een andere *biologische* vader kan zijn. De man van de draagmoeder wordt ook als juridisch vader gezien als voor de verwekking van het kind sperma van de wensvader of een donor gebruikt is en de man van de draagmoeder dus niet de biologische vader is. Hij kan het vaderschap alleen ontkennen vanwege het feit dat hij niet de biologische vader van het kind is.³⁹ Het door het huwelijk ontstane vaderschap kan echter niet ontkend worden door de man, indien hij heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. In geval de vrouw geïnsemineerd wordt met sperma van een donor in een ziekenhuis of IVF kliniek, zal de arts daarom altijd om schriftelijke toestemming vragen van zowel de vrouw die geïnsemineerd wordt, als haar man.⁴⁰

1.5 De juridische positie van de wensouders

Zoals uit voorgaande paragraaf duidelijk is geworden, kunnen naar huidig Nederlands recht de wensouders niet van rechtswege het juridisch ouderschap verkrijgen over het kind dat via een draagmoeder wordt geboren. Zelfs indien het genetisch materiaal van beide wensouders afkomstig is, is het nog steeds de draagmoeder die als juridisch en biologisch moeder wordt aangemerkt. In het geval zij getrouwd is, wordt haar man de juridisch vader van het kind. De wet kent ook geen specifieke regeling die de overgang van juridisch ouderschap bij draagmoederschap regelt. Om er voor te zorgen dat het juridisch ouderschap overgaat van de draagmoeder/draagouders op de wensouders, zal er aansluiting gezocht moeten worden bij bestaande juridische regelingen die niet specifiek voor draagmoederschap bedoeld zijn. Dit kan nooit zonder tussenkomst van de rechter.⁴¹ Er zijn twee procedures die door de wensouders gevolgd kunnen worden om het juridisch ouderschap te verkrijgen: de procedure van ontheffing en adoptie, en de procedure van erkenning of gerechtelijke vaststelling vaderschap en partneradoptie. Voor de probleemstelling die in dit onderzoek centraal staat, heeft het echter geen toegevoegde waarde om beide procedures te bespreken. Immers, indien de wensouders het kind niet willen opnemen in hun gezin,

³⁸ Asser-De Boer 2010, nr. 696.

³⁹ Artikel 1:200 lid 1 BW.

⁴⁰ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 206, 207, 212, 214 en 266.

⁴¹ Vlaardingerbroek 2003, p. 174.

worden deze procedures niet doorlopen. Wat wel cruciaal is, is het feit dat de wensouders niet vooraf het juridisch ouderschap kunnen verkrijgen. Wanneer zij de overeenkomst niet nakomen, blijft het juridisch ouderschap in dat geval definitief bij de draagmoeder en eventueel haar partner. Hierover meer in de volgende paragraaf.

1.6 De juridische gevolgen bij niet-nakoming van het draagmoederschapcontract

Zolang de overeenkomst door beide partijen wordt nagekomen, is er niets aan de hand. Problemen ontstaan er pas als één van de partijen of beiden het contract niet meer na willen komen. Dit brengt ons direct bij de probleemstelling: wensouders die afzien van hun wens om het kind op te nemen in hun gezin, willen het contract niet (meer) nakomen. De vraag is nu of de afspraken die in het contract zijn gemaakt, afgedwongen kunnen worden. De bepalingen van Boek 1 BW zijn dwingendrechtelijke bepalingen, waarvan niet kan worden afgeweken met een beding, dat de draagmoeder verplicht tot het doen van afstand van het kind aan de wensouders of een beding tot het doen van opname van een kind in het gezin van de wensouders, hoewel dergelijke afspraken vaak wel worden vastgelegd in de overeenkomst. Dit betekent derhalve dat de afspraken niet afgedwongen kunnen worden. Aangenomen wordt dat de afspraken met betrekking tot de verplichte opname van een kind (en anderzijds natuurlijk ook tot verplichte afstand) nietig zijn wegens strijd met de wet op grond van artikel 3:40, lid 2 BW. Bovendien verzet het zelfbeschikkingsrecht over het lichaam van de vrouw zich tegen gedwongen bevruchting, en het belang van het kind verzet zich tegen een verplichting tot doen van afstand door de draagmoeder, maar ook het aanvaarden en opnemen door de wensouders.⁴²

Indien gebruik is gemaakt van laagtechnologisch draagmoederschap, is de draagmoeder in ieder geval nog genetisch verwant aan het kind. Dit neemt natuurlijk niet weg dat zij geen moeder wilde worden en zonder erop voorbereid te zijn een kindje moet opvoeden en verzorgen. Dit gaat uiteraard altijd gepaard met de nodige kosten, waar hoogstwaarschijnlijk ook geen rekening mee gehouden is. Wat een nog schrijnendere situatie lijkt te zijn, is die waar de zwangerschap tot stand gekomen is door middel van hoogtechnologisch draagmoederschap. De draagmoeder is dan immers *niet* genetisch verwant aan het kind dat zij gebaard heeft, maar blijft wel de juridische moeder. Dit maakt het mijns inziens voor haar moeilijker om het kind op te voeden en te verzorgen alsof het haar eigen kind is. Echter, in beide gevallen is er sprake van een zeer ongewenste situatie voor de draagmoeder en eventueel haar partner. Omdat het beding dat opname van een kind in het gezin van de wensouders verplicht, nietig is, lijkt het erop dat de draagmoeder/draagouders niets kunnen veranderen aan hun situatie. Zij zullen het kind moeten opvoeden en verzorgen 'als ware het hun eigen'.

⁴² Schoots e.a. 2004, p. 190.

Conclusie

Van draagmoederschap is sprake wanneer een vrouw zwanger wordt met de intentie het kind na de geboorte af te staan aan de wensouders, die het juridisch ouderschap over het kind willen verwerven. De draagmoeder en de wensouders sluiten meestal een draagmoederschapovereenkomst om alle rechten en plichten daar rondom vast te leggen. De meeste bepalingen, zoals het afstaan van het kind en de verplichte opname van het kind, worden in strijd geacht met artikel 3:40, lid 2 BW. Wanneer de wensouders achteraf besluiten het kind niet op te willen nemen in hun gezin, kan de draagmoeder niet rechtens afdwingen om de overeenkomst na te komen. Het gevolg hiervan is dat zij juridisch moeder blijft en, indien zij getrouwd is, haar partner juridisch vader blijft. De wet kijkt immers niet naar de ontstaanswijze van het kind. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap is de draagmoeder zelfs niet genetisch verwant aan het kind, hetgeen de situatie nog ingewikkelder maakt. In het volgende hoofdstuk zal onderzocht worden of het contractenrecht toch uitkomst kan bieden voor deze ongewenste en oneerlijke situatie.

2.1 Inleiding

Nu in het eerste hoofdstuk beschreven is wat een draagmoederschapovereenkomst inhoudt, zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de rechtsgeldigheid ervan binnen het Nederlandse verbintenissenrecht, meer specifiek binnen het overeenkomstenrecht. Zoals in het vorige hoofdstuk al is verdedigd, zijn bepalingen rondom het afstaan van een kind in strijd met artikel 3:40, lid 2 BW en derhalve nietig. Van belang is thans om te onderzoeken of deze nietigheid geldt ten aanzien van de *gehele* overeenkomst, of dat er wellicht bepalingen zijn die toch als rechtsgeldig beschouwd kunnen worden waardoor de overeenkomst gedeeltelijk rechtens afdwingbaar is. Hierbij spelen de belangen van het kind, dat onderwerp is van de overeenkomst, vanzelfsprekend een grote rol. Er wordt in dit hoofdstuk enkel aandacht besteed aan de draagmoeder die door middel van hoogtechnologisch draagmoederschap het kind heeft gebaard.

In de eerste paragraaf zullen de dwingendrechtelijke bepalingen uit Boek 1 BW, waarmee de draagmoederschapovereenkomst in beginsel in strijd is, besproken worden. Vervolgens zal in de tweede paragraaf onderzocht worden of er toch bepaalde delen van de draagmoederschapovereenkomst als rechtsgeldig aangemerkt kunnen worden en deze afdwingbaar zijn aan de hand van het overeenkomstenrecht. Ten slotte zal de vraag worden beantwoord of het contractenrecht ook een daadwerkelijke oplossing biedt voor de situatie, waarin de wensouders het kind niet willen opnemen in hun gezin en de draagmoeder juridisch moeder blijft.

2.2 De dwingendrechtelijke bepalingen in Boek 1 BW

Wanneer wensouders een draagmoeder hebben gevonden, die voor hen een kind wil baren, wordt er in de meeste gevallen een contract opgesteld. Uit het eerste hoofdstuk is gebleken dat de inhoud van het contract geheel door partijen zelf te bepalen is. Echter, Boek 1 BW bevat dwingendrechtelijke bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken. De belangrijkste bepalingen in het contract zijn die dat de draagmoeder het kind zal afstaan aan de wensouders na de geboorte en de wensouders op hun beurt het kind zullen opnemen in hun gezin. En juist die bepalingen kunnen in de praktijk voor problemen zorgen indien de wensouders besluiten het kind niet in hun gezin op te willen nemen of de draagmoeder het kind niet wil afstaan. Immers, er wordt algemeen aanvaard dat dergelijke verplichtingen niet rechtens afgedwongen kunnen worden.⁴³

Een voorbeeld van een dwingendrechtelijke bepaling waarmee (delen van) het draagmoederschapcontract in strijd kan (kunnen) zijn, is artikel 1:198 BW. Dit artikel bepaalt dat de vrouw, uit wie het kind geboren wordt, juridisch moeder is van dat kind. De

⁴³ Schoots e.a. 2004, p. 190.

Nederlandse wetgever heeft niet voorzien in wetgeving die het mogelijk maakt het moederschap te ontkennen dan wel te vernietigen. Afspraken in het draagmoederschapcontract, die het juridisch moederschap op een andere manier vaststellen, zijn nietig. Ongeacht of de wensouders besluiten het kind al dan niet op te nemen in hun gezin, blijft de draagmoeder juridisch moeder, ongeacht de afspraken in het contract.

Naast artikel 1:198 BW dat bepaalt wie de juridische moeder is van het kind, is artikel 1:199 BW van belang. Dit artikel bepaalt onder meer dat de man die tijdens de geboorte van het kind met de moeder is getrouwd, als juridisch vader van het kind wordt aangemerkt. Indien gebruik is gemaakt van hoogtechnologisch draagmoederschap, moet de draagmoeder een voltooid gezin hebben of in ieder geval een eigen kind hebben gebaard en is het derhalve niet onwaarschijnlijk dat zij getrouwd is. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap wordt het sperma van de wensvader gebruikt en is schriftelijke toestemming vereist van de partner van de draagmoeder. Het vaderschap kan door de man niet ontkend worden, omdat hij heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.⁴⁴ Hij heeft immers schriftelijke toestemming gegeven voor de inseminatie. Bij niet-nakoming van de draagmoederschapovereenkomst, is en blijft ook de echtgenoot juridisch ouder. Daar kan (en mag) een draagmoederschapovereenkomst niets aan veranderen.

Hoewel het niet zover komt wanneer de wensouders de overeenkomst niet nakomen, spelen ook de artikelen omtrent adoptie een rol. Het betreft de artikelen 1:227 t/m 1:237 BW. Artikel 1:227 lid 3 BW bepaalt dat "het verzoek alleen kan worden toegewezen, indien de adoptie in het kennelijk belang van het kind is, op het tijdstip van het verzoek tot adoptie vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs te voorzien is dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft, en aan de voorwaarden, genoemd in artikel 1:228 BW, wordt voldaan." Ook dit is een dwingendrechtelijke bepaling waarvan in een draagmoederschapcontract in beginsel niet kan worden afgeweken. De wensouders kunnen de draagmoeder niet dwingen het kind ter adoptie af te staan na de geboorte indien blijkt dat de draagmoeder zelf in staat is het kind op te voeden en er geen aanwijzingen zijn dat het kind niets meer van de draagmoeder als ouder te verwachten zal hebben in de toekomst. Anderzijds kan de draagmoeder de wensouders ook niet dwingen het kind in het gezin op te nemen als zij dit niet willen.⁴⁵

De belangen van het kind staan in deze wetgeving (terecht) voorop. Het moet immers niet te 'gemakkelijk' worden een kind af te staan of het ouderschap over het kind te kunnen ontkennen dan wel vernietigen. Echter, men kan zich afvragen of de belangen van het kind daadwerkelijk gediend worden indien de draagmoeder juridisch moeder blijft en haar echtgenoot juridisch vader, terwijl daar niet op gerekend is. Uiteraard kan het zo zijn dat de draagmoeder gehecht is geraakt aan het kind tijdens de zwangerschap en zij er daardoor wel met alle liefde voor wil zorgen. In dit onderzoek zal er echter van uit worden gegaan dat de draagmoeder het kind daadwerkelijk af wil staan en dus niet gehecht is geraakt aan het kind. Wanneer de zwangerschap tot stand is gekomen door middel van hoogtechnologisch draagmoederschap, is de situatie wellicht nog schrijnender. In dat geval kan het zo zijn dat de draagmoeder niet eens genetisch verwant is aan het kind. Er kunnen zich verschillende

⁴⁴ Artikel 1:200 lid 3 BW.

⁴⁵ Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 157; Vlaardingerbroek 2003, p. 176; Schoots e.a. 2004, p. 190.

situaties voordoen bij hoogtechnologisch draagmoederschap⁴⁶:

- De wensouders zijn 100% genetisch verwant aan het kind, omdat eicel en sperma van de wensouders komen en niet van de draagmoeder;
- Er is sperma gebruikt van een donor (derde) en de eicel van de wensmoeder;
- Er is sperma gebruikt van een donor en de eicel van de draagmoeder;
- Het sperma is afkomstig van de wensvader, de eicel van de draagmoeder;
- Zowel het sperma als de eicel zijn afkomstig van donoren (derden);

Voor de probleemstelling die in dit onderzoek centraal staat, zal enkel de situatie waarin het genetisch materiaal van beide wensouders afkomstig is besproken worden. Het kind groeit in dat geval op bij weliswaar de *juridische* moeder, maar 'hoort' bij zijn *genetische* moeder (en vader) op te groeien vanuit zijn belang bekeken.⁴⁷ Anderzijds zal de draagmoeder, als de wensouders zich terugtrekken, een kind moeten verzorgen, waarmee zij geen enkele verwantschap heeft. Hetzelfde geldt eventueel voor haar partner.

In de volgende paragraaf zal onderzocht worden of niet-nakoming van de draagmoederschapsvereenkomst door de wensouders toch verbintenisrechtelijke gevolgen kan hebben. Er zal bekeken worden of het Nederlandse overeenkomstenrecht mogelijk een oplossing kan bieden voor de draagmoeder (en haar echtgenoot), waarbij ook de belangen van het kind voorop zullen staan.

2.3 De draagmoederschapsvereenkomst en het verbintenisrecht

2.3.1 Inleiding

Wensouders, die besluiten het kind niet in hun gezin op te nemen, kunnen door de draagmoeder hiertoe in beginsel niet worden verplicht vanwege strijd met artikel 3:40, lid 2 BW. Dat de bepalingen betreffende verplichte afstand en opname van het kind nietig zijn wegens strijd met artikel 3:40, lid 2 BW, wordt in de literatuur vrijwel unaniem aanvaard. Er wordt echter wel verschillend gedacht over andere delen van de overeenkomst. Niet alle onderdelen zouden nietig hoeven zijn. Zo kunnen volgens sommige auteurs bepaalde verplichtingen op grond van wanprestatie wegens niet-nakoming rechtens afgedwongen worden.⁴⁸ Ook zouden bepaalde overeengekomen verplichtingen wellicht via de weg van de onverschuldigde betaling⁴⁹ kunnen worden afgedwongen.

Allereerst zullen de meningen in de literatuur over de rechtsgeldigheid van het draagmoederschapcontract weergegeven worden. Vervolgens zal aan de hand van die opvattingen geconcludeerd worden of het contractenrecht daadwerkelijk een oplossing biedt.

⁴⁶ Protocol ASAA 2009, p. 12.

⁴⁷ Zo bepaalt bijvoorbeeld artikel 7 IVRK dat een kind vanaf de geboorte, voor zover mogelijk, het recht heeft om zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

⁴⁸ Artikel 6:74 BW.

⁴⁹ Artikel 6:203 BW.

2.3.2 Opvattingen in de literatuur

Er zijn verschillende auteurs, die van mening zijn, dat bepaalde delen van het draagmoederschapcontract als rechtsgeldig aangemerkt kunnen worden. In deze paragraaf volgt een uiteenzetting van deze opvattingen.

De Boer is van mening dat de hoofdverplichtingen uit de overeenkomst (bijvoorbeeld de verplichting dat de draagmoeder het kind moet afstaan en de verplichting dat de wensouders het kind opnemen in hun gezin) per definitie nietig zijn wegens strijd met de openbare orde en de goede zeden. Echter, voor wat betreft de nevenverplichtingen gaat deze nietigheid te ver. De Boer vindt een recht op onkostenvergoeding aanvaardbaar en zelfs een honorarium kan dat zijn, mits dit een redelijke, niet-bovenmatige vergoeding voor het ongemak van de zwangerschap en de bevalling is.⁵⁰

Broekhuijsen-Molenaar stelt zich op het volgende standpunt: Als partijen een draagmoederschapcontract hebben gesloten en één van beiden weigert nakoming, dan kan deze nakoming niet worden afgedwongen. Wel laat de contractsvrijheid volgens haar nog zoveel ruimte over dat er een schadevergoedingsverbintenis ontstaat als de afspraken niet worden nagekomen: indien de wensouders het kind niet willen accepteren zijn zij op grond van die verbintenis verplicht om levensonderhoud ex artikel 1:392 BW voor het kind te betalen. Het positieve contractbelang zou dus vergoed moet kunnen worden. Nietigheid van een rechtshandeling zou niet verder mogen ingrijpen dan wat door de ratio van de nietigheid wordt gevergd. Die ratio is volgens Broekhuijsen-Molenaar de ongewenstheid van het afdwingen van nakoming van onzedelijke prestaties, zoals afstand doen van het kind door de draagmoeder dan wel verplichte opname van het kind in het gezin van de wensouders.⁵¹ Het draagmoederschapcontract is in haar visie wel rechtsgeldig.

Schoots, van Arkel en Dermout vinden dat de draagmoeder bij niet-nakoming de wensouders nog wel kan aanspreken voor de (extra) kosten voor opvoeding en verzorging.⁵²

Vranken acht een draagmoederschapovereenkomst als geheel niet nietig. De afdwingbaarheid van de bepalingen omtrent verplichte opname van een kind in het gezin van de wensouders en verplichte afstand van het kind door de draagmoeder zijn dat volgens hem wel. De afspraken in de overeenkomst moeten volgens hem zoveel mogelijk vooraf worden gecontroleerd en getoetst door de rechter. Zo weet men wat toelaatbaar is, welke voorwaarden en grenzen in acht genomen moeten worden en wat de (status)gevolgen zijn. Ook de belangen van het (toekomstige) kind worden hiermee het best gediend, omdat de draagmoeder en de wensouders door deze 'strengere' voorfase beter weten waar zij aan beginnen en de mogelijkheid tot herroepen van het contract sterk wordt beperkt. Volgens hem past een pro-actievare benadering veel beter bij het huidige overeenkomstenrecht, omdat bij 'normale' contracten ook niet lijdzaam wordt afgewacht of bij een controle achteraf de overeenkomst nietig of niet-afdwingbaar blijkt te zijn. Er wordt verwacht dat partijen er vooraf zoveel mogelijk voor zorgen dat er een overeenkomst tot stand wordt gebracht die niet aantastbaar is en afgedwongen kan worden. Derhalve zou eenzelfde houding ook

⁵⁰ Asser-De Boer 2010, nr. 696.

⁵¹ Broekhuijsen-Molenaar 1991.

⁵² Schoots e.a. 2004, p. 189 e.v.

moeten gelden ten aanzien van draagmoederschapcontracten. Echter, Vranken acht daarvoor wetgeving nodig vanwege de statusrechtelijke gevolgen.⁵³

Heida en Van der Steur stellen dat een draagmoederschapcontract *niet* nietig is. De minister heeft immers zelf aangegeven dat draagmoederschap in uitzonderlijke gevallen een verantwoorde vorm van medische hulpverlening is. Van strijdigheid met de goede zeden en de openbare orde is geen sprake meer. Ze zijn van mening dat een vordering wegens wanprestatie doordat de draagmoeder het kind niet afstaat toewijsbaar kan zijn.⁵⁴ Indien de wensouders weigeren het kind op te nemen, zou de draagmoeder hen aan moeten kunnen spreken voor kosten van opvoeding en verzorging van het kind wegens contractbreuk. In de wet zou dan vastgelegd moeten worden dat de wensouders financieel verantwoordelijk zijn voor de kosten van het kind.

Interessant is de opvatting van Nieuwenhuis.⁵⁵ In een tijd waarin fertiliteitklinieken zich met goedkeuring van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) bezighouden met het bij draagmoeders inplanten van embryo's afkomstig van wensouders, acht hij moeilijk vol te houden dat het afstaan van het kind een prestatie is die in strijd is met de goede zeden. Deze door de samenleving aanvaarde vorm van medische dienstverlening heeft volgens hem toch de onmiskenbare strekking dat het kind na geboorte zal worden afgestaan aan de wensouders. Hij maakt een vergelijking tussen het geboorteprocés en de contractualisering van de gemaakte afspraken tussen de draagmoeder en de wensouders. De contractuele gebondenheid groeit naarmate zich meer voldongen feiten hebben voorgedaan die het leven van de draagmoeder, wensouders en het kind ingrijpend raken. Op het moment waarop er initiële afspraken worden gemaakt, ontstaat er nog geen contractuele gebondenheid. Als nog geen enkele uitvoering is gegeven aan de afspraak, is er onvoldoende reden daaraan een andere status toe te kennen dan aan andere afspraken over belangeloze dienstverlening. De (toekomstige) draagmoeder kan niet gedwongen worden tot nakoming in dit stadium. Dat zou namelijk betekenen, dat zij de inplanting van een embryo moet ondergaan op straffe van verbeurte van een dwangsom. Wanneer een begin is gemaakt met de nakoming van de afspraak en de inplanting heeft geleid tot de zwangerschap van de draagmoeder, verandert volgens hem de situatie: er is nu een kind dat genetisch gezien is voortgekomen uit de wensouders. Dit kind wordt 'als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert' (artikel 1:2 BW). Er is hier derhalve wel sprake van contractuele gebondenheid.

De situatie verandert opnieuw ingrijpend als de draagmoeder het kind heeft afgegeven aan de wensouders en het kind opgroeit in hun gezin. Is het kind eenmaal ingegroeid in het gezin van de wensouders, dan kan de draagmoeder niet meer op de eerdere afspraken terugkomen. Nieuwenhuis stelt dat er niet valt te ontkomen aan contractualisering van de afspraken over draagmoederschap, nu het een maatschappelijk gegeven is dat twee vrouwen zich gezamenlijk inzetten voor de geboorte van een kind.

Vlaardingerbroek deelt de mening van Nieuwenhuis. Hij is echter van mening dat aan de al dan niet bindende afspraken door partijen bemoeyenis van de Raad voor de Kinderbescherming vooraf dient te gaan, zodat iedereen goed geïnformeerd is over de

⁵³ Vranken 1997, p. 1751-1761.

⁵⁴ Heida & van der Steur 2001, p. 212 e.v.

⁵⁵ Nieuwenhuis 2001, p. 1797.

risico's, die met het traject gepaard gaan. Het geldende gezags- en afstammingsrecht moeten als uitgangspunt dienen en de wettelijke wegen zullen bewandeld moeten worden om het kind over te doen gaan van de ene naar de andere ouder. Indien één der partijen uiteindelijk niet wil meewerken aan de effectuering van de gemaakte afspraken, vindt Vlaardingerbroek dat de overdracht of opname van een kind niet door middel van een contract kan worden afgedwongen. Een kind is geen object en omdat het bovendien een derde is bij de afspraken tussen partijen, zullen zijn belangen goed bewaakt moeten worden. Aan het niet-afstaan of niet opnemen van een kind kunnen wel een schadevergoeding of terugbetaling van reeds betaalde honoraria worden verbonden. Naarmate het draagmoederschapstraject verder is gevorderd (de geboorte van het kind komt nabij of het kind is reeds geboren) zullen de afspraken verderstrekkender (en ernstiger) gevolgen hebben en zal bij contractsbreuk de schadevergoeding hoger worden. Omdat Vlaardingerbroek vindt dat overdracht of opname van een kind in het gezin niet afdwingbaar is, verdient het volgens hem aanbeveling de Raad gedurende het gehele traject een grotere taak te geven dan hij nu heeft. Dit om de belangen van het kind voldoende te waarborgen, want die staan voorop.⁵⁶

Misschien wel de meest vergaande opvattingen zijn die van de Ruiters en Moltmakers. Moltmaker vindt dat een draagmoeder, die niet genetisch verwant is aan het kind, gedwongen moet kunnen worden na de geboorte het kind af te staan aan de wensouders. Indien de wensmoeder het moederschap niet wil aanvaarden, zal zij daartoe verplicht moeten kunnen worden. Het contract biedt daarvoor de basis.⁵⁷ De Ruiters zien een oplossing in het maken van wetgeving, waarin wordt vastgelegd dat door middel van een draagmoederschapcontract de wensouders van rechtswege juridisch ouder worden. Indien zij na de geboorte van het kind de overeenkomst niet nakomen, zijn zij op grond van hun juridisch ouderschap (en indirect op grond van het contract) aansprakelijk voor de kosten van verzorging en opvoeding.⁵⁸

2.3.3 Discussie

Veel auteurs zijn van mening dat een draagmoederschapcontract als geheel niet per definitie nietig is. Bepalingen omtrent vergoeding van kosten en een honorarium hoeven dat bijvoorbeeld niet te zijn.⁵⁹ Er zijn zelfs auteurs die zich op het standpunt stellen dat het gehele contract niet nietig is, omdat de regering zelf heeft aangegeven dat draagmoederschap in uitzonderlijke gevallen een verantwoorde vorm van medische hulpverlening is. In een tijd, waarin fertiliteitsklinieken zich met goedkeuring van de Minister van VWS bezighouden met het bij draagmoeders inplanten van embryo's afkomstig van wensouders, is het moeilijk vol te houden dat afstand (en anderzijds zou dat in deze visie ook voor opname kunnen gelden) van het kind na draagmoederschap, een prestatie is die in strijd is met de goede zeden.⁶⁰

⁵⁶ Vlaardingerbroek 2003, p. 177-178.

⁵⁷ Moltmaker & van Hoeven-Oud 1989, p. 1497 en 1498

⁵⁸ De Ruiters 1993, p. 77.

⁵⁹ Asser/De Boer 2010, nr. 696; Broekhuijsen-Molenaar 1991; Schoots e.a. 2004, p. 189 e.v.

⁶⁰ Heida & van der Steur 2001, p. 212 e.v.; Moltmaker & van Hoeven-Oud 1989, p. 1497 en 1498.

Over de wijze waarop (delen van) het contract afgedwongen kan (kunnen) worden, verschillen de meningen. De nevenverplichtingen (kosten, honorarium) kunnen op grond van het huidige contractenrecht worden gevorderd als schadevergoeding wegens wanprestatie.⁶¹ Die schadevergoeding kan hoger uitvallen naarmate het traject verder gevorderd is.⁶² Ervan uitgaande dat het *gehele* contract rechtsgeldig is, zou een vordering tot wanprestatie gehonoreerd kunnen worden bij niet-nakoming, waarbij de wensouders de kosten voor opvoeding en verzorging moeten betalen wegens contractbreuk.⁶³ Een alternatief voor meer rechtszekerheid wordt gevonden in rechterlijke toetsing en goedkeuring vooraf. Zo worden grenzen en voorwaarden bepaald en kunnen partijen na een bepaalde termijn niet meer herroepen.⁶⁴ Ook zou de Raad van begin af aan meer bij het traject betrokken kunnen worden, zodat in geval van conflict het kind door de Raad direct onder haar hoede genomen kan worden en zij zo snel mogelijk een pleeggezin vindt waar het kind terecht kan.⁶⁵ Weer een andere oplossing biedt het creëren van nieuwe wetgeving, die het mogelijk maakt dat door middel van een draagmoederschapcontract de wensouders van rechtswege juridisch ouder worden. Indien zij na de geboorte de overeenkomst niet nakomen, zijn zij op grond van hun juridisch ouderschap (en indirect op grond van het contract) aansprakelijk voor de kosten van verzorging en opvoeding.⁶⁶ Een verdergaande opvatting is die dat de draagmoeder en wensouders gedwongen moeten kunnen worden het kind af te staan respectievelijk op te nemen op grond van de gemaakte afspraken.⁶⁷ De vraag is of het huidige contractenrecht een oplossing biedt voor de situatie, waarin de wensouders niet nakomen en de draagmoeder juridisch moeder blijft van het kind.

Het antwoord luidt "nee". Het huidige contractenrecht biedt geen *directe* oplossing voor de situatie, waarin de draagmoeder juridisch moeder blijft. Er worden creatieve voorstellen gedaan voor wat betreft een schadevergoedingsvordering en zelfs schadevergoeding in de vorm van het betalen van levensonderhoud door de wensouders bij niet-nakoming, maar feit blijft dat het kind niet opgroeit bij zijn genetische ouders. Een schadevergoedingsverbintenis waarmee de draagmoeder (en eventueel haar partner) kosten voor levensonderhoud zou(den) kunnen vorderen, verandert niets aan de situatie. De draagmoeder zal nog steeds het kind moeten opvoeden en kan niet afdwingen dat de wensouders het adopteren. Van alle auteurs is Moltmaker de enige die vindt dat de draagmoeder op basis van het contract de wensouders moet kunnen dwingen het kind op te nemen. Er is mijns inziens terecht veel kritiek op dit standpunt. De deur wordt op deze manier te wijd opengezet voor de contractuele afstand van het kind⁶⁸ en vanuit zijn belangen bekeken moet dat niet mogelijk worden gemaakt. Zoals Vlaardingerbroek zegt, is een kind geen object dat 'verhandeld' mag worden door middel van contracten. Zelfs al zou Moltmaker's visie gevolgd worden en het zou via het contractenrecht afdwingbaar zijn dat de wensouders het kind opnemen in hun gezin, heeft men ook dan nog steeds te maken met de dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 1 BW. De draagmoeder blijft de juridische moeder van het kind op grond van de wet

⁶¹ Asser/De Boer 2010, nr. 696; Broekhuijsen-Molenaar 1991; Schoots e.a. 2004, p. 189 e.v.

⁶² Vlaardingerbroek 2003, p. 177-178.

⁶³ Heida & van der Steur 2001, p. 212 e.v.; Nieuwenhuis valt in principe onder deze categorie, maar spreekt pas van gebondenheid aan het contract indien de zwangerschap daadwerkelijk gerealiseerd is.

⁶⁴ Vranken 1997, p. 1751-1761.

⁶⁵ Vlaardingerbroek 2003, p. 177-178.

⁶⁶ De Ruyter 1993, p. 77.

⁶⁷ Moltmaker & van Hoeven-Oud 1989, p. 1497 en 1498.

⁶⁸ De Ruyter 1993, p. 99.

en, indien zij getrouwd is, blijft haar partner juridisch vader. Daar kan het contract ook in het voorstel van Moltmaker niets aan veranderen, evenmin het contractenrecht dat kan. Opvallend is ook het voorstel van Nieuwenhuis, omdat hij niet nader specificeert wat hij bedoelt met ingegroeid. Wanneer is een kind 'ingegroeid' in een gezin? Dient hieraan bijvoorbeeld een bepaald aantal maanden te worden verbonden? Zoals Nieuwenhuis zijn voorstel nu doet, is dit mijns inziens nog teveel voor uiteenlopende interpretatie vatbaar. Niet iedereen zal immers eenzelfde termijn hanteren waarbij het kind als 'ingegroeid' kan worden beschouwd. Het zou derhalve niet onverstandig zijn om in dit voorstel een termijn te gebruiken waarna de draagmoeder niet terug kan komen op de eerder gemaakte afspraken.

Ook de voorstellen over het creëren van wetgeving, die mogelijk moet maken, dat door middel van een contract het juridisch ouderschap overgaat op de wensouders of waarin wordt vastgelegd, dat de wensouders financieel verantwoordelijk zijn voor de kosten van verzorging en opvoeding van het kind, maken duidelijk dat het huidige contractenrecht geen concrete oplossing biedt. Er moet immers eerst nieuwe wetgeving tot stand komen, voordat de draagmoeder überhaupt iets kan met het contract in deze voorstellen. Bovendien kan de draagmoeder ook met de eventuele nieuwe wetgeving de wensouders niet dwingen het kind op te nemen in hun gezin. De Ruiters is één van de auteurs die een dergelijk voorstel doet. Zijn voorstel is echter niet concreet genoeg uitgewerkt. Volgens hem kunnen de wensouders door middel van het contract van rechtswege de juridisch ouder worden. Dit kan voor problemen zorgen in de praktijk. Stel dat de wensmoeder overlijdt tijdens de zwangerschap. Wie is in dat geval juridisch moeder in zijn voorstel? Op welk moment is het juridisch moederschap overgegaan van de draagmoeder naar de wensmoeder? Als dit tijdens de bevruchting al is, betekent dat in geval van overlijden van de wensmoeder dat het kind geen juridisch moeder (meer) heeft. Indien het juridisch moederschap pas op het moment van de bevalling zou overgaan op de wensmoeder, betekent dat in deze situatie dat de draagmoeder juridisch moeder blijft. Er zitten mijns inziens dus nog teveel haken en ogen aan dit voorstel, doordat de Ruiters niet concreet aangeeft op welk moment het juridisch ouderschap overgaat op de wensouders en er bovendien in situaties zoals hierboven geschetst problemen kunnen ontstaan die niet worden opgevangen in dit voorstel. Hetzelfde geldt voor de voorstellen, waarin rechterlijke goedkeuring vooraf wordt aanbevolen, alsmede het voorstel om de Raad een grotere rol toe te kennen gedurende de voorfase en tijdens het traject. Dit zijn zeker goede voorstellen die aandacht verdienen, maar binnen het *huidige* contractenrecht niet realiseerbaar. Er zal namelijk eerst een aanpassing in wetgeving nodig zijn.

Mijn conclusie luidt dan ook, dat het huidige Nederlandse contractenrecht geen oplossing biedt voor de situatie waarin de wensouders niet nakomen. Ik deel de mening van de auteurs, die stellen dat schadevergoeding gevorderd kan worden op grond van niet-nakoming of dat de wensouders de kosten voor opvoeding en verzorging van het kind moeten betalen, maar de situatie verandert daar niet door. De draagmoeder moet onverwachts het kind opvoeden, verzorgen, onderdak bieden, enzovoorts. Anderzijds groeit het kind niet op bij zijn 'echte' ouders, terwijl dat wel in zijn belang zou zijn. In het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK) is in artikel 7 vastgelegd, dat een kind vanaf de geboorte, voor zover mogelijk, het recht heeft om zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. Dat is niet wat er nu gebeurt. Quick-Schuijt schrijft dat de ervaring met

adoptie leert dat de kans groot is, dat het kind nieuwsgierig wordt naar zijn herkomst, op zoek gaat naar zijn wortels en dat er geen reden is om aan te nemen dat dit niet zo zal zijn bij draagmoederschap.⁶⁹

Hoewel delen van het draagmoederschapcontract binnen het huidige Nederlandse contractenrecht als rechtsgeldig kunnen worden beschouwd en derhalve rechtens afdwingbaar kunnen zijn, ligt hierin niet de oplossing. De draagmoeder blijft namelijk de juridische moeder en zal het kind moeten opvoeden en verzorgen. In het volgende hoofdstuk zal onderzocht worden of de draagmoeder via een actie uit onrechtmatige daad meer kan bereiken.

⁶⁹ Quick-Schuijt 2011, p. 277.

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is besproken dat het huidige contractenrecht bij niet-nakoming door de wensouders geen daadwerkelijke oplossing biedt voor de draagmoeder. Wel kunnen delen van het contract als rechtsgeldig beschouwd worden volgens vele auteurs en zou de draagmoeder bijvoorbeeld een recht op schadevergoeding hebben bij niet-nakoming.

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of het recht inzake de onrechtmatige daad uitkomst biedt indien het draagmoederschapcontract als nietig wordt beschouwd (of in ieder geval de delen met betrekking tot verplichte afstand en verplichte opname van het kind).⁷⁰

3.2 De onrechtmatige daad

In artikel 162 van Boek 6 Burgerlijk Wetboek is de onrechtmatige daad geregeld. De leden 1, 2 en 3 bepalen het volgende:

- 1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.*
- 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.*
- 3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.*

Er is een drietal algemene gronden of criteria waarop een bepaalde schadeveroorzakende gedraging als onrechtmatig kan worden aangemerkt:

- een inbreuk op een recht, of;
- een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, of;
- een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt;

Om aansprakelijkheid vast te stellen, dient aan een vijftal eisen te zijn voldaan:

- a. onrechtmatige gedraging;
- b. toerekenbaarheid van de daad aan de dader;
- c. schade;

⁷⁰ N.b: een actie uit onrechtmatige daad kan ook *naast* een vordering tot nakoming dan wel een vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie worden ingesteld.

- d. causaal verband tussen daad en schade;
- e. relativiteit; De woorden 'jegens een ander' (lid 1), waarin de relativiteitsgedachte is neergelegd, worden in artikel 6: 163 BW uitgewerkt.

De onrechtmatigheid van de gedraging van een persoon is een noodzakelijke voorwaarde. Het draait niet om het *gevolg* van de gedraging. Het feit dat er schade is, betekent dus niet automatisch dat er onrechtmatig gehandeld is. Er wordt puur naar de gedraging gekeken: een *doen* of *nalaten* dat rechtens achterwege had behoren te blijven.⁷¹

De vraag is of de wensouders, wanneer zij besluiten het kind niet op te nemen in hun gezin, onrechtmatig handelen jegens de draagmoeder (en eventueel het kind zelf). In de volgende paragraaf zal onderzocht worden of er aan de vereisten van artikel 6:162 BW wordt voldaan in deze situatie.

3.2.1 Onrechtmatige daad door de wensouders; welke grond?

Zoals in de voorgaande paragraaf besproken is, zijn er drie gronden waarop een bepaalde schadeveroorzakende gedraging als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Er zal uiteraard eerst onderzocht moeten worden of de draagmoeder en het kind op een van deze gronden de wensouders kunnen aanspreken, alvorens men toekomt aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.

In de vorige hoofdstukken is duidelijk geworden dat de verplichting tot het doen van afstand van een kind en de verplichting tot het opnemen van een kind in strijd zijn met artikel 3:40 BW. De wensouders kunnen derhalve niet worden aangesproken op grond van "een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht". Immers, zij handelen niet in strijd met een wettelijke plicht, aangezien de afspraak/overeenkomst die zij hebben met de draagmoeder geen wettelijke basis heeft voor wat betreft de verplichting tot het afstand doen en opnemen van het kind. Het zou daarom vreemd zijn als in ons rechtssysteem niet wordt toegestaan dat partijen contracteren over een kind, maar vervolgens de niet-nakoming van een dergelijke afspraak door de wensouders wel als een handelen in strijd met een wettelijke plicht wordt beschouwd en daarvoor schadevergoeding moet worden betaald. Mijns inziens is hier daarom in ieder geval geen sprake van een onrechtmatige gedraging op grond van strijd met een wettelijke plicht. Hetzelfde geldt voor 'een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'. Als de verplichte afstand en verplichting tot opname van een kind in strijd worden geacht met de wet, openbare orde en goede zeden, zal een rechter niet tot het oordeel komen dat de niet-nakoming van dergelijke verplichtingen jegens de draagmoeder een doen oplevert in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dergelijke verplichtingen horen in het maatschappelijke verkeer (en rechtssysteem) immers zelf ook niet.⁷²

Dan resteert eventueel enkel nog de grond 'inbreuk op een recht'. Deze grond en de kans van slagen voor de draagmoeder zal in de volgende paragraaf besproken worden.

⁷¹ Spier e.a. 2006, p. 19.

⁷² Voor wat betreft het kind, ligt dit wellicht anders. Dit zal nader besproken worden in de volgende paragraaf.

3.2.2 Inbreuk op een recht?

Waar artikel 6:162 lid 2 BW spreekt van 'inbreuk op een recht', wordt bedoeld de schending van eens anders subjectief recht.⁷³ Het subjectieve recht is een recht dat enkel aan de rechthebbende toekomt of enkel hem is toegestaan. Die exclusiviteit maakt dat een ander hierop per definitie geen inbreuk mag maken.

Het begrip subjectief recht heeft een ruime betekenis en kan een uiteenlopende inhoud hebben.⁷⁴ Meestal worden twee groepen onderscheiden: absolute vermogensrechten en persoonlijkheidsrechten. Tot de absolute vermogensrechten behoren bijvoorbeeld het recht van eigendom en daarvan afgeleide beperkte zakelijke rechten, evenals rechten op voortbrengselen van de menselijke geest. Tot de persoonlijkheidsrechten behoren bijvoorbeeld het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit en verschillende mensenrechten en vrijheden.⁷⁵

Een probleem bij de toepassing van het criterium 'inbreuk op een recht', is dat soms niet goed kan worden vastgesteld wat een subjectief recht concreet inhoudt, waardoor ook niet duidelijk is wanneer sprake is van een inbreuk daarop. Naarmate het subjectieve recht vager en algemener omschreven is, zal er eerder een beroep moeten worden gedaan op een belangenafweging waarbij ongeschreven normen een belangrijke rol zullen spelen.⁷⁶

Zoals reeds aangegeven, wordt er in dit onderzoek enkel aandacht besteed aan de situatie waarin de wensouders (*beide* donor van het celmateriaal) besluiten het kind niet op te nemen in hun gezin. De draagmoeder is en blijft in dat geval de juridische moeder van het kind. Is zij getrouwd, dan is haar partner de juridische vader van het kind. De vraag is nu of de wensouders - door hun besluit het kind niet op te nemen in hun gezin - inbreuk maken op een recht van de draagmoeder (en eventueel haar partner) en/of wellicht het kind zelf. Bovendien is van belang welk recht dit dan is.

3.2.2.1 Inbreuk op een recht van de draagmoeder en/of het kind

Allereerst zal onderzocht worden of de niet-nakoming door de wensouders inbreuk maakt op een subjectief recht van de draagmoeder en daarmee onrechtmatig is. Vanuit de twee onderscheiden groepen, ligt de inbreuk op een persoonlijkheidsrecht het meest voor de hand. In de situatie van de draagmoeder zou dit het recht op lichamelijke integriteit (en het daarmee samenhangende zelfbeschikkingsrecht) kunnen zijn.

Voor wat betreft het recht op lichamelijke integriteit⁷⁷ zal de draagmoeder mijns inziens niet succesvol kunnen stellen dat daarop inbreuk gemaakt is. Gezien het feit dat zij uit ideële motieven zwanger is geworden *ten behoeve* van de wensouders, kan zij niet achteraf zeggen dat de zwangerschap een inbreuk op haar lichamelijke integriteit is geweest. Het is een bewuste keuze van de draagmoeder geweest om haar lichaam 'ter beschikking te stellen'

⁷³ Spier e.a. 2006, p. 34.

⁷⁴ Asser-Hartkamp III 2006, nr. 35.

⁷⁵ Jansen 2009, p. 26.

⁷⁶ Spier e.a. 2006, p. 36.

⁷⁷ Artikel 11 Grondwet.

voor de zwangerschap en dat betekent mijns inziens dat er door de wensouders zelf geen inbreuk op haar lichamelijke integriteit is gemaakt. De draagmoeder is immers niet gedwongen tot de kunstmatige inseminatie.

Een afgeleide van het recht op lichamelijke integriteit wordt ook wel het 'zelfbeschikkingsrecht' genoemd. Dit recht is nader ingevuld in een arrest van de Hoge Raad van 18 maart 2005.⁷⁸ Waar het in deze situatie op neer kwam was dat de fout van de verloskundige het afbreken van de zwangerschap heeft verhinderd, waardoor inbreuk is gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder om te beslissen of zij abortus zou laten plegen. Bij de geboorte bleek haar kindje Kelly zowel fysiek als geestelijk ernstig gehandicapt als gevolg van een chromosomale afwijking. Indien de verloskundige prenataal onderzoek had verricht, zou deze afwijking ontdekt zijn en had de moeder van Kelly de zwangerschap zeer waarschijnlijk laten afbreken. Doordat de moeder die keuze niet heeft kunnen maken, werd ook het fundamentele recht van de ouders om hun leven naar eigen inzicht te vormen, gefrustreerd, aldus de Hoge Raad. Het maken van de beroepsfout betekent dat er sprake is van wanprestatie (jegens de moeder op grond van de behandelingsovereenkomst) en van een onrechtmatige daad jegens alle betrokkenen, doordat de ouders en baby Kelly ernstig zijn geschaad.

Men zou kunnen stellen dat de wensouders het zelfbeschikkingsrecht en daarmee het recht van de draagmoeder (en eventueel haar partner) om haar (hun) leven naar eigen inzicht te vormen, hebben gefrustreerd door van hun wens af te zien en het kind niet op te nemen in hun gezin. De draagmoeder zou (hoogst)waarschijnlijk tot abortus zijn overgegaan indien zij geweten had dat de wensouders de afspraak uiteindelijk niet na zouden komen. Het cruciale verschil met de situatie van de ouders van Kelly is echter dat de verloskundige allereerst *op grond van de overeenkomst* een fout gemaakt heeft. Die behandelingsovereenkomst heeft een wettelijke grondslag en is derhalve rechtsgeldig. De verloskundige heeft wanprestatie gepleegd door na te laten prenataal onderzoek te verrichten en door die grote beroepsfout is er sprake van een onrechtmatige daad. De overeenkomst tussen de draagmoeder en de wensouders wordt met betrekking tot de verplichte opname en verplichte afstand van een kind als nietig beschouwd. De wensouders komen weliswaar hun verplichting niet na, maar die verplichting is niet rechtens afdwingbaar. De verplichting van de verloskundige om prenataal onderzoek te laten verrichten was dat wel. Partijen bij een draagmoederschapsovereenkomst weten dat zij enkel op elkaars woord kunnen vertrouwen voor de nakoming van die overeenkomst, omdat er geen wetgeving is die eventuele problemen ondervangt. Zij nemen bij het sluiten van een dergelijke overeenkomst bewust een risico. Dat deed de moeder van baby Kelly (en haar echtgenoot) niet.

Naast het feit dat er mijns inziens op deze grond geen onrechtmatige daad kan worden ingesteld door de draagmoeder (en haar echtgenoot), zijn ook de schade en causaliteit zeer lastig vast te stellen. Wat is immers de schade van de draagmoeder? Kan het hebben van een kind en de opvoeding daarvan als schade worden beschouwd? En hangt de schade dan voldoende samen met de gedraging van de wensouders?

In een arrest van de Hoge Raad van februari 1997 werd de geboorte van een kind en de

⁷⁸ HR 18 maart 2005, *LJN* AR5213 (Baby Kelly).

kosten voor opvoeding en verzorging daarvan als vermogensschade aangemerkt.⁷⁹ In deze zaak vorderden de ouders schadevergoeding omdat zij van mening waren dat het kind ten onrechte was geboren, aangezien de vrouw gesteriliseerd was (door de eileider met een ringetje af te knellen). Later werd de vrouw geopereerd, waarbij het afknellende ringetje werd weggenomen. De opererende arts vergat echter om het ringetje na de operatie terug te plaatsen. De vrouw was in de veronderstelling dat zij nog steeds gesteriliseerd was, had seksueel contact met haar man en werd vervolgens zwanger. Het stel had er echter bewust voor gekozen geen kinderen te krijgen, mede vanwege hun financiële situatie. De vraag was toen of er sprake was van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst tussen de arts en de vrouw, die tot schadevergoeding moest leiden. Hierover oordeelde de Hoge Raad dat de meeste schade van de ouders voor vergoeding in aanmerking kwam. Dat gold niet alleen voor de kosten van opvoeding en verzorging van het kind maar ook, en dat is in dit verband van bijzonder belang, voor de gedeelde inkomsten van de moeder. De Hoge Raad overwoog het volgende (rechtsoverweging 3.13.2):

"Ter beantwoording van de vraag of de vrouw aanspraak kan maken op vergoeding van inkomensderving als gevolg van haar zwangerschap en de geboorte van het kind zal moeten worden beoordeeld of haar keuze om tijdelijk niet te werken in de gegeven omstandigheden als redelijk kan worden beschouwd. Daarbij zal enerzijds gewicht moeten worden toegekend aan de vrijheid van de vrouw om haar leven met het oog op het belang van het kind zodanig in te richten als haar met het oog daarop goedgevindt, terwijl anderzijds in het oog moet worden gehouden dat de vrouw haar schade voor zover haar dit mogelijk is en redelijkerwijs van haar kan worden geveerd, dient te beperken."

Kosten voor de verzorging en opvoeding van het kind is vermogensschade waarvoor de arts die de fout maakte, aansprakelijk is. Ook inkomensderving van de vrouw door de zwangerschap en geboorte van het kind valt onder de te vergoeden schade. Het gaat hier om een medische fout van de arts die aldus op een aan hem toe te rekenen wijze is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis uit de behandelingsovereenkomst met de vrouw. In verband met artikel 6:74, 6:96 en 6:98 BW, in onderlinge samenhang gelezen, brengt dit met zich mee dat de arts aansprakelijk is voor alle vermogensschade die in zodanig verband met die fout staat dat deze hem - naar de maatstaf van artikel 6:98 BW als een gevolg van die fout - kan worden toegerekend. Hiervoor is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Dat geval heeft zich hier voorgedaan. Een gezinsplanning als hier aan de orde strekt tenminste mede ertoe de gezinsomvang af te stemmen op de financiële mogelijkheden die de ouders verwachten. De schade waarvan hier vergoeding wordt verlangd, bestaat in kosten waarvan alleen al wegens hun omvang moet worden aangenomen dat zij gedurende de minderjarigheid van het kind in beginsel mede de financiële armslag van het gezin zullen gaan bepalen. Dergelijke kosten zijn onmiskenbaar vermogensschade en, gelet op de aard van zowel deze schade als van de voormelde gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, moet deze schade aan de arts als een gevolg van deze gebeurtenis worden toegerekend. De aansprakelijkheid van de arts voor de hier bedoelde schade past in het stelsel van de wet en de wet zelf biedt geen grondslag om vergoeding van dergelijke schade in beginsel af te wijzen.

⁷⁹ HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (Wrongful Birth).

Net als in de hiervoor besproken baby Kelly zaak is hier sprake van een *fout* van de arts. De vermogensschade staat in zodanig verband met die fout, dat dit de arts op grond van artikel 6:98 BW kan worden toegerekend. Die samenhang ontbreekt in de situatie dat de wensouders besluiten van hun wens af te zien. Het is duidelijk dat de draagmoeder ook vermogensschade lijdt doordat zij plotseling de (zeer langdurige) kosten voor opvoeding en verzorging moet dragen van het kind dat oorspronkelijk door de wensouders zou worden opgenomen in het gezin. Maar door de nietigheid van die verplichting in de draagmoederschapovereenkomst, kan mijns inziens het verband met de niet-nakoming daarvan en de schade van de draagmoeder niet worden vastgesteld. In tegenstelling tot de "Wrongful birth"- en "Baby Kelly" situatie, past een aansprakelijkheid van de wensouders door het kind niet op te nemen in hun gezin *niet* in het stelsel van de wet en biedt de wet zelf voldoende grondslag om vergoeding van de schade van de draagmoeder af te wijzen. De Nederlandse wet verbiedt immers om contracten op te stellen waarin de verplichte afstand en opname van een kind zijn opgenomen. Wanneer een van de partijen die strijdige verplichting niet nakomt, is moeilijk vol te houden dat zij daarmee onrechtmatig handelt jegens de andere partij, hoe vervelend de consequenties hiervan ook kunnen zijn. Zij hadden de verplichting überhaupt niet 'mogen' aangaan. Dat is anders bij bijvoorbeeld de behandelingsovereenkomst; daar mogen contractspartijen ervan uitgaan dat de verplichtingen in het contract nagekomen worden, omdat het een geldig contract is. Indien het contract niet wordt nagekomen of niet juist, wordt er wanprestatie gepleegd en kan daaraan tevens de conclusie worden verbonden dat er onrechtmatig wordt gehandeld.

Voor wat betreft het kind ligt dit misschien anders. Het kind is immers geen contractspartij en heeft daarom ook niet bewust een risico genomen. Het is 'slechts' het gevolg van de afspraken. De vraag is of het kind de wensouders wellicht kan aanspreken op grond van artikel 6:162 BW. Die vraag zal ik hierna beantwoorden.

3.2.2.2 Inbreuk op een recht van het kind en een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt

Uit artikel 7 van het IVRK volgt dat een kind het recht heeft om zijn ouders te kennen en, voor zover mogelijk, door hen te worden verzorgd. Op het terrein van het personen- en familierecht wordt regelmatig een beroep gedaan op de bepalingen uit het IVRK. Onduidelijk is of deze bepalingen directe werking hebben, maar uit de jurisprudentie blijkt dat er door sommige rechters, impliciet, rechtstreekse werking wordt verleend.⁸⁰ In een uitspraak over een geschil tussen de biologische (draag)ouders en de wensouders van een inmiddels veertien maanden oude baby, overweegt het gerechtshof Leeuwarden dat een kind op grond van artikel 7 IVRK vanaf de geboorte, voor zover mogelijk, het recht heeft door zijn of haar ouders te worden verzorgd. In casu onderzoekt het gerechtshof of het belang van het kind, mede gezien het bepaalde in artikel 3 IVRK⁸¹, zich ertegen verzet om voortaan door zijn

⁸⁰ Van Emmerik 2005, p. 710.

⁸¹ Het eerste lid van artikel 3 IVRK bepaalt: "Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging."

biologische ouders te worden verzorgd en opgevoed. Het hof constateert dat dit niet het geval is en beveelt de wensouders het kind af te geven aan de biologische ouders.⁸² Hier wordt door het gerechtshof in principe rechtstreekse werking verleend aan artikel 7 IVRK, hoewel dat niet met zoveel woorden wordt gezegd.

Door de (nietige) verplichting om het kind op te nemen in hun gezin niet na te komen, zou men kunnen stellen dat de wensouders het fundamentele recht van het kind om door zijn ouders te worden verzorgd en opgevoed, schenden. Het is echter niet duidelijk welke ouders er worden bedoeld in deze bepaling. Een ruime interpretatie is mijns inziens het beste. Het doel van het verdrag kan worden afgeleid uit de preambule: de bescherming van een volledige en harmonieuze ontwikkeling van het kind in een gezinsomgeving, in de geest van vrede, waardigheid, tolerantie, vrijheid, gelijkheid en solidariteit.⁸³ Het kind moet de mogelijkheid hebben een persoonlijkheid en identiteit te ontwikkelen, waarbij het recht om zijn ouders te kennen essentieel is voor zijn psychische stabiliteit. De ervaring leert ons dat een kind uiteindelijk toch zal willen weten wie zijn (genetische!) ouders zijn.⁸⁴ Het zou daarom onlogisch zijn om 'ouders' hier beperkt op te vatten en enkel de biologische/juridische ouders (in dit geval de draagmoeder die het kind gebaard heeft en eventueel haar man) als ouders aan te merken. Ook de genetische ouders (hier de wensouders) hebben invloed op de identiteitsvorming van het kind. Immers, aan de boom herkent men de vrucht. Kennen is natuurlijk niet hetzelfde als opvoeden en verzorgen, maar zoals uit de preambule blijkt staat onder meer bescherming van een volledige en harmonieuze ontwikkeling van het kind in *een gezinsomgeving* voorop.⁸⁵ Het kind heeft recht zich te ontwikkelen in een gezinsomgeving en dat zou in eerste instantie het gezin van zijn (genetische) ouders moeten zijn.

In de situatie waarin de wensouders besluiten het kind niet op te nemen in hun gezin, willen beide 'ouders' (de draagmoeder en eventueel haar man, evenals de wensouders) het kind in eerste instantie niet opvoeden en verzorgen en wordt daarmee in principe dat recht van het kind geschonden. Uiteraard kan het zo zijn dat de draagmoeder gedurende de zwangerschap en na de geboorte gehecht is geraakt aan het kind. In dat geval zal zij mogelijk de verzorging en opvoeding van het kind van harte op zich nemen. In dit onderzoek zal er echter van worden uitgegaan dat de draagmoeder het kind evenmin in haar gezin wil opnemen.

Het is in mijn ogen zeer onrechtmatig om een traject in te gaan met als doel de geboorte van een in eerste instantie gewenst kind, maar vervolgens plotseling af te zien van deze wens en daardoor het kind (en de draagmoeder) te duperen. Daarmee maken de wensouders wat mij betreft inbreuk op het fundamentele recht van het kind om in beginsel door zijn (eigen) ouders verzorgd en opgevoed te worden.

Naast het feit dat de wensouders door hun niet-nakoming een fundamenteel recht van het kind schenden, handelen zij mijns inziens in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Voordat de wensouders en draagmoeder aan het hoogtechnologisch draagmoederschapstraject hebben kunnen beginnen, zijn er verschillende

⁸² Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *LJN* AR3391.

⁸³ Boeles 1995, p. 146.

⁸⁴ Quick-Schuijt 2011, p. 277.

⁸⁵ Boeles 1995, p. 146.

onderzoeken geweest en zijn zij uitdrukkelijk voorgelicht over de diverse (psychosociale en juridische) aspecten van hun keuze om via IVF⁸⁶ een kind ter wereld te laten brengen dat volledig genetisch verwant is. Zoals in hoofdstuk 1 reeds besproken is, komt men niet zo maar in aanmerking voor deze behandeling. Dit maakt het des te kwalijker wanneer wensouders na de geboorte (of in ieder geval wanneer de zwangerschap niet meer afgebroken kan worden) besluiten af te zien van het opnemen van het kind in hun gezin. Maar ook wanneer het kind door middel van laagtechnologisch draagmoederschap ter wereld is gebracht (waarbij de betrokken partijen niet uitdrukkelijk voorgelicht zijn), is het kwalijk indien de wensouders besluiten het kind niet op te nemen in hun gezin. Een kind is immers geen goed zoals een auto waarvan men zonder consequenties kan besluiten hem na het sluiten van de koopovereenkomst niet af te nemen. Er is een mens op de wereld gezet en daarvoor dient verantwoordelijkheid te worden genomen. Bovendien is het ongehoord om überhaupt contracten op te stellen waarin verplichtingen omtrent de afstand en opname van een kind zijn vastgelegd. Door dit toch te doen, maar vervolgens niet na te komen, handelen de wensouders in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁸⁷ In onze samenleving wordt niet getolereerd dat er kinderen op de wereld worden gezet die vervolgens in zekere zin aan hun lot worden overgelaten. Uiteraard zal de Raad voor de Kinderbescherming zich uiteindelijk over het kind ontfermen, maar het zijn in eerste instantie de ouders (in dit geval de wensouders) die verantwoordelijkheid moeten nemen voor het kind.

Ook hier is echter de vraag: wat is de schade van het kind? Lijdt het kind schade wanneer het niet wordt opgevoed door de wensouders, maar door de draagmoeder of wellicht pleegouders? In tegenstelling tot de draagmoeder (en eventueel haar echtgenoot), heeft het kind in beginsel geen vermogensschade. De vraag is echter of het kind ook geen vermogensschade lijdt indien de wensouders zeer vermogende mensen zijn. Het kind zou in dat geval bij de wensouders wellicht een (dure) sport kunnen beoefenen, een muziekinstrument kunnen bespelen en na de basisschool en middelbare school een goede opleiding kunnen volgen. Hoewel er voor de draagmoeder niet louter financiële redenen mogen spelen om het kind voor de wensouders te dragen, is het niet ondenkbaar dat geld wel een rol speelt. Wellicht kan de draagmoeder het kind niet dezelfde levensstandaard bieden als de wensouders; geen sport, geen opleiding. Is het feit dat het kind de betere levensstandaard moet missen doordat de wensouders de overeenkomst niet nakomen, aan te merken als vermogensschade? En hoe groot zou het bedrag moeten zijn dat het kind in dat geval dient te ontvangen? Deze vragen zijn zeker interessant, maar vereisen nader onderzoek. Ik laat deze vragen in dit onderzoek derhalve onbeantwoord. Voor mijn onderzoek ga ik ervan uit dat het kind geen vermogensschade lijdt. De draagmoeder draait (in eerste instantie) op voor de zorgkosten, niet het kind zelf. Is hier dan wel sprake van emotionele (immateriële) schade?

In de eerder besproken zaak van Baby Kelly werd door de Hoge Raad ook aan Kelly *zelf* een schadevergoeding toegekend. Dit betrof zowel een materiële als immateriële

⁸⁶In Nederland is dit door middel van embryodonatie, aangezien hoogtechnologisch draagmoederschap hier enkel wordt uitgevoerd met celmateriaal dat afkomstig is van beide wensouders. Zie Protocol ASAA 2009, p. 12

⁸⁷ Artikel 6:162 lid 2 BW.

schadevergoeding. Met betrekking tot de materiële schadevergoeding overweegt de Hoge Raad het volgende:

“Het LUMC en de verloskundige hebben (...) op zichzelf terecht aangevoerd dat Kelly (ook tegenover hen) geen recht heeft op haar eigen niet-bestaan, dan wel op afbreking van de zwangerschap van haar moeder. Dit baat hun echter niet omdat de behandelaar op grond van zijn thans in artikel 7:453 BW omschreven, primair jegens de zwangere vrouw bestaande, zorgplicht ook jegens het nog ongeborn kind ertoe is gehouden de in de gegeven omstandigheden vereiste prenatale diagnostiek te (doen) verrichten en, indien daartoe aanleiding is, een klinisch geneticus te consulteren om de vrucht waarvan de vrouw zwanger is, nader te doen onderzoeken. De vrouw dient immers in staat te worden gesteld een goed geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van de vraag of zij mede met het oog op de belangen van haar nog ongeborn kind, voortzetting of afbreking van haar zwangerschap wenst. Als de behandelaar in de nakoming van deze verplichting jegens de vrouw tekortschiet, handelt hij tevens in strijd met hetgeen hem jegens de ongeborene volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.”⁸⁸

Volgens de Hoge Raad is de toewijzing van de vordering niet gebaseerd op het oordeel dat het gehandicapte bestaan van Kelly lager moet worden gewaardeerd dan haar niet-bestaan, maar op het feit dat het ziekenhuis en de verloskundige onrechtmatig jegens Kelly hebben gehandeld door tekort te schieten in de zorgplicht jegens de ongeboren vrucht. De toewijzing van de vordering moet Kelly in staat stellen om juist zo veel mogelijk een menswaardig bestaan te leiden, voor zover geld dit al kan bewerkstelligen. Bovendien dient de vordering niet aan Kelly te worden voldaan voor zover de kosten al aan de ouders zijn vergoed. Hiermee wordt in principe een extra vangnet voor Kelly gecreëerd, zodat, mochten haar ouders bijvoorbeeld ‘wegvallen’, zij niet zonder vergoeding van de (aanzienlijke) kosten komt te zitten. De Hoge Raad oordeelt vervolgens in rechtsoverweging 4.18 dat Kelly tevens recht heeft op vergoeding van immateriële schade, omdat zij door haar handicaps, die haar ouders haar hadden willen besparen, in haar persoon is aangetast in de zin van artikel 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW. De Hoge Raad benadrukt daarbij dat de hoogte van de schadevergoeding, hetgeen in de schadestaatprocedure zal dienen te gebeuren, niet uitsluitend vastgesteld mag worden aan de hand van de aard en ernst van de handicaps.

Het kind heeft, zoals hiervoor reeds door mij betoogd werd, geen materiële schade. De draagmoeder draait op voor de kosten van verzorging en opvoeding, maar zij kan mijns inziens niet via de actie uit onrechtmatige daad vergoeding vragen voor die kosten. Bij baby Kelly is er onrechtmatig gehandeld jegens de moeder en daardoor volgens de Hoge Raad óók jegens de baby. Om ervoor te zorgen dat Kelly bij het wegvallen van haar ouders niet plotseling zelf met die aanzienlijke kosten komt te zitten, wordt ook aan haar de vordering tot vergoeding van de kosten toegekend voor zover die nog niet zijn voldaan aan haar ouders. Die vordering is in eerste instantie gebaseerd op de overeenkomst tussen de moeder en het ziekenhuis en daar zit het grote verschil. Omdat bepaalde delen van de overeenkomst tussen de draagmoeder en de wensouders als nietig worden beschouwd, kan de draagmoeder geen schadevergoeding vorderen bij niet-nakoming op grond van een onrechtmatige daad. Dit maakt het wat mij betreft ook lastig voor de draagmoeder om

⁸⁸ Rechtsoverweging 4.13

namens het 'draagmoederkind' dan de kosten van verzorging en opvoeding te vorderen. Baby Kelly had in principe een *afgeleid* vorderingsrecht doordat jegens haar moeder wanprestatie is gepleegd en daarmee onrechtmatig gehandeld was. Het 'draagmoederkind' mist mijns inziens een dergelijk afgeleid recht, omdat de draagmoeder zelf geen vorderingsrecht toekomt door het nietige karakter van de overeenkomst en het risico dat zij zelf genomen heeft door de overeenkomst aan te gaan.

Voor wat betreft de emotionele (immateriële) schade, ligt dit misschien anders. Er is door mij betoogd dat het kind het recht heeft om door zijn genetische ouders te worden verzorgd en opgevoed. Dat gebeurt niet in de situatie waarin de wensouders de overeenkomst niet nakomen. Men zou kunnen stellen dat een kind daardoor emotionele schade lijdt (of gaat lijden in de toekomst). Zoals eerder vermeld, leert de ervaring ons dat een kind altijd zal willen weten wie zijn echte ouders zijn. Dat zijn in deze situatie de wensouders die het celmateriaal geleverd hebben. Het is echter bijna onmogelijk om in geld uit te drukken wat de emotionele (immateriële) schade van dit kind is. De kans is groot dat het kind juist beter af is wanneer het niet bij zijn wensouders terecht komt. Geen enkel kind wil opgroeien in een gezin waarin het 'ongewenst' is. Anderzijds zou het zo kunnen zijn dat de draagmoeder (en eventueel haar man) het kind ernstig zullen verwaarlozen, omdat zij het kind überhaupt nooit gewild hebben en er wellicht financieel ook niet voor willen/kunnen zorgen. In dat geval is het kind daar evenmin in goede handen.

Ook het gegeven dat het kind op de wereld wordt gezet, maar vervolgens niet meer gewenst is, kan een enorm psychisch litteken achterlaten. Hetzelfde geldt in de situatie, zoals hierboven besproken, waarin de wensouders zeer vermogende mensen zijn en het kind in dat geval die welvaart niet kan delen. Ook dat zou (naast eventueel de besproken vermogensschade) emotionele schade toe kunnen brengen aan het kind. Desalniettemin is het wat mij betreft te moeilijk om eventueel in een schadestaatprocedure vast te stellen wat precies de immateriële schade is.

Hoewel er zeker een grond is waarop het gedrag van de wensouders als onrechtmatig kan worden aangemerkt ten opzichte van het kind, maakt het vaststellen van de schade en causaliteit het mijns inziens te moeilijk voor het draagmoederkind om succesvol schadevergoeding te vorderen. De kosten van verzorging en opvoeding zouden wellicht beter via het contractenrecht door de draagmoeder namens het kind kunnen worden gevorderd, zoals ook door verschillende auteurs wordt bepleit.⁸⁹ Gezien het bovenstaande acht ik de kans dan ook klein dat het kind wel succesvol schadevergoeding kan vorderen op grond van artikel 6:162 BW.

Conclusie

Vanwege het nietige karakter van de draagmoederschapsovereenkomst, zal het voor de draagmoeder erg moeilijk zijn binnen het onrechtmatige daadsrecht schadevergoeding te vorderen van de wensouders. Er is door beide partijen bewust een risico genomen bij het sluiten van een dergelijk contract en daardoor is moeilijk vol te houden dat de wensouders aansprakelijk zijn indien zij het kind niet opnemen in hun gezin.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld Schoots e.a. 2004, p. 189 e.v.

Voor het kind ligt dit wat mij betreft anders. Het kind is geen contractspartij en heeft derhalve geen bewust risico genomen, maar is wel de dupe van de nietige overeenkomst die niet wordt nagekomen door de wensouders. Het recht om te worden verzorgd en opgevoed door zijn ouders wordt mijns inziens geschonden, maar bovenal wordt er door de wensouders in strijd gehandeld met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zij hebben er welbewust voor gekozen om via IVF een kind ter wereld te laten brengen, waarvoor niet alle wensouders zo maar in aanmerking komen. Het feit dat alle partijen volledig zijn voorgelicht over de diverse aspecten van deze keuze, maakt het afzien van hun wens vlak voor, of na de geboorte onrechtmatig ten opzichte van het kind. Ouders hebben een verantwoordelijkheid naar hun kind. Die verantwoordelijkheid valt hier niet weg enkel vanwege het feit dat de wensouders het kind niet zelf op de wereld gezet hebben (althans, de wensmoeder). Zij hebben dit proces bewust in gang gezet en aangezien het niet gaat om een auto die wel of niet wordt aangeschaft, maar om een kind, handelen zij onrechtmatig door het kind niet op te nemen in hun gezin. Of een rechter een dergelijke vordering van het kind ook zal toewijzen, blijft echter de grote vraag. De schade van het kind is zeer moeilijk vast te stellen. Mijn conclusie luidt dan ook dat deze weg het kind (en de draagmoeder) weinig zekerheid kan bieden. Bovendien zou naar mijn mening die weg niet bewandeld moeten kunnen worden door het 'draagmoederkind'. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat kinderen die ter adoptie afgestaan zijn, ook via de actie uit onrechtmatige daad hun ouders willen aanspreken. Ook die kinderen worden immers niet door hun 'echte' ouders opgevoed en verzorgd, en lijden daar wellicht eveneens emotioneel onder. Waar moet in dat geval de grens worden gesteld? Zou het eerlijk zijn 'draagmoederkinderen' wel een dergelijke actie te kunnen laten instellen jegens de wensouders, maar geadopteerde kinderen niet? Hun situatie is deels vergelijkbaar. Ze worden immers allebei niet door hun (genetische) ouders opgevoed en verzorgd. Mijns inziens zou een draagmoederkind om die reden de wensouders die het kind niet willen opnemen in hun gezin, niet moeten kunnen aanspreken op grond van een onrechtmatige daad. Door die deur gesloten te houden, wordt naar mijn mening voorkomen dat er een eventuele stortvloed aan claims ontstaat van ('andere') kinderen jegens hun ouders.

In het volgende hoofdstuk zal door middel van rechtsvergelijking onderzocht worden hoe draagmoederschap in Israël en Griekenland wordt geregeld en of eventuele problemen zoals hierboven geschetst daar wel worden opgevangen. Vervolgens zal bekeken worden of Nederland wellicht ook een civielrechtelijke regeling moet opnemen voor (ideeel) draagmoederschap.

4.1 Inleiding

Uit voorgaande hoofdstukken kan de conclusie worden getrokken dat de Nederlandse wetgeving geen daadwerkelijke oplossing biedt voor de situatie waarin de draagmoeder juridisch moeder blijft, als de wensouders het kind niet meer willen opnemen in hun gezin. Hoewel er verschillende constructies bedacht zijn in de literatuur waarmee een draagmoeder schadevergoeding kan vorderen via het contractenrecht, verandert er natuurlijk niets aan de feitelijke situatie. Ook het recht inzake de onrechtmatige daad biedt geen oplossing.

Er zal in dit hoofdstuk onderzocht worden hoe de civielrechtelijke regeling voor draagmoederschap in Israël en Griekenland werkt en aan de hand daarvan zal in hoofdstuk 5 bekeken worden of Nederland wellicht een voorbeeld dient te nemen aan een dergelijke regeling. Van belang hierbij is of de regelingen in Israël en Griekenland wel problemen als hierboven geschetst opvangen en of daarbij voldoende rekening wordt gehouden met de belangen van het kind. Is dat niet het geval, dan is het immers maar de vraag of Nederland baat heeft bij het creëren van een vergelijkbare regeling.

In de volgende paragraaf zal eerst de wetgeving in Israël besproken worden. Hierbij komt kort het strafrecht aan bod, maar voornamelijk is de civielrechtelijke regeling van belang en zal die besproken worden. Hetzelfde zal worden gedaan met betrekking tot de regelgeving in Griekenland, om uiteindelijk in de conclusie kort weer te geven wat mogelijke voor- en nadelen van beide regelingen zijn en welke punten voor discussie vatbaar zijn.

4.2 De civielrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap in Israël

Het Ministerie van Gezondheid en het Ministerie van Justitie in Israël hebben in 1992 een commissie samengesteld waaraan onder andere gevraagd werd een wetsvoorstel te ontwerpen met betrekking tot draagmoederschap. Het Israëliësch Parlement, de *Knesset*, nam het wetsvoorstel met betrekking tot hoogtechnologisch draagmoederschap in maart 1996 als wet 5756-1996 aan.⁹⁰ Met deze wet was Israël het eerste land ter wereld dat draagmoederschap onder staatstoezicht legaliseerde.

Ieder geval van draagmoederschap dient vooraf te worden toegestaan door een speciaal comité. Dit comité bestaat uit psychologen, een maatschappelijk werker en een geestelijke (dit zal een rabbi zijn in het geval dat de alle partijen Joods zijn). De wensouders en draagmoeder (of draagouders) moeten een overeenkomst sluiten, die aan het comité moet worden voorgelegd en goedgekeurd. Dit comité houdt de volgende richtlijnen aan: Draagmoederschap is alleen toegestaan als de eicel en de zaadcel van de wensouders komen. Laagtechnologisch draagmoederschap is niet toegestaan. Bij hoge uitzondering kan het comité hoogtechnologisch draagmoederschap met eiceldonatie toestaan. Spermadonatie

⁹⁰ Lipkin & Samama 2010, p. 5; Benshushan & Schenker 1997, p. 1832; Frenkel 2001, p. 605; Schuz 2003, p. 36.

is officieel niet toegestaan. De wensouders moeten getrouwd zijn of in ieder geval samenwonen.⁹¹

Partijen dienen volwassen Israëliische staatsburgers te zijn. De draagmoeder moet alleenstaand of gescheiden zijn. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen staat het comité een overeenkomst met een gehuwde vrouw toe. Ook mag de draagmoeder *geen* familielid van een van de wensouders zijn. Vanwege het feit dat de religie van het kind in het Jodendom wordt bepaald door het geloof van de moeder, moet de draagmoeder hetzelfde geloof hebben als de wensouders/wensmoeder. Wanneer alle partijen niet Joods zijn, mag het comité hiervan afwijken. Dit is in overeenstemming met de rechtsfilosofie van het familierecht in Israël. Zo worden bijvoorbeeld aan inwoners op basis van hun religieuze- en gezinssituatie rechten en status toegekend, is het verboden voor hen om te trouwen met iemand die een ander geloof aanhangt dan zichzelf of een kind te adopteren dat afkomstig is uit een gezin met een ander geloof.⁹²

De wensmoeder moet een medische verklaring overleggen waaruit blijkt dat zij geen zwangerschap kan volbrengen of de zwangerschap een te groot risico voor haar gezondheid is. De draagmoeder moet een medisch onderzoek ondergaan en alle betrokken partijen worden psychologisch onderzocht. Het comité zal de betalingen, die gedaan worden door de wensouders aan de draagmoeder, toetsen. Deze betalingen mogen enkel kostendekkend zijn, zoals juridische kosten, verzekeringskosten, kosten voor verlies van tijd en inkomen of onvermogen om te werken en iedere andere vorm van redelijke vergoeding.⁹³ Over het algemeen vragen draagmoeders een vergoeding tussen de 25.000 en 35.000 dollar.⁹⁴

De wensouders en de draagmoeder moeten na vijf maanden zwangerschap een maatschappelijk werker informeren over de geboorteplaats en de verwachte geboortedatum. Binnen 24 uur na de geboorte moeten partijen de maatschappelijk werker op de hoogte brengen, waarna deze wordt aangesteld als wettig voogd. De draagmoeder zal, in aanwezigheid van de maatschappelijk werker, het kind na de geboorte zo spoedig mogelijk afstaan aan de wensouders die meteen de opvoeding en verzorging over het kind op zich zullen nemen. Binnen zeven dagen na de geboorte moeten de wensouders bij de familierechtbank een verzoek indienen voor een *Parenthood Order*. Dit verzoek wordt automatisch goedgekeurd, tenzij de rechtbank ervan overtuigd is dat het verzoek niet in het belang is van het kind. Als het verzoek wordt goedgekeurd, worden de wensouders de juridische ouders van het kind.⁹⁵

Indien de draagmoeder onder de overeenkomst uit wil en het kind wenst te behouden voordat de *Parenthood Order* is gegeven, kan de rechtbank haar verzoek goedkeuren. Dit gebeurt alleen wanneer de rechtbank overtuigd is dat de omstandigheden dusdanig zijn veranderd dat dit het annuleren van de overeenkomst rechtvaardigt en dit het belang van het kind niet aantast.⁹⁶ Advocate Deborah Opolion, die al verscheidene wensouders heeft bijgestaan tijdens het draagmoederschapstraject, schrijft in een artikel over

⁹¹ <http://www.newfamily.org.il/en/surrogacy/>.

⁹² Landau 2004, p. 131; <http://www.newfamily.org.il/en/surrogacy/>.

⁹³ Lipkin & Samama 2010, p. 8; Benschushan & Schenker 1997, p. 1832-1833; Frenkel 2001, p. 606-607; N.b: Frenkel is van mening dat een brede en onbeperkte definitie als deze, draagmoederschap commercieel maakt.

⁹⁴ <http://www.juf.org/news/israel.aspx?id=414137>.

⁹⁵ Benschushan & Schenker 1997, p. 1833; Frenkel 1997, p. 608.

⁹⁶ Frenkel 2001, p. 608-609; ⁹⁶ Lipkin & Samama 2010, p. 8.

draagmoederschap in Israël dat het in de praktijk amper voorkomt dat een draagmoeder de rechtbank verzoekt haar de voogdij over het kind toe te kennen: "The surrogate is NOT genetically related to the child, and in reality, there are very few surrogate mothers that would be interested in custody. Most of the women that choose to act as surrogates, do so because they are single mothers, in difficult financial straits, with children of their own to support and raise. They view surrogacy as a way to both help a couple, while being able to financially improve their life."⁹⁷ Het feit dat volgens de advocate het merendeel van de draagmoeders haar diensten met betrekking tot draagmoederschap aanbiedt vanwege financiële motieven, doet de vraag rijzen of er niet toch sprake is van commercieel draagmoederschap.

4.2.1 De strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap in Israël

Het aangaan van een draagmoederschapsovereenkomst zonder de goedkeuring van het comité, levert in Israël een strafbaar feit op. Ook een betrokken partij die geld aanbiedt, geld geeft of geld ontvangt zonder dat het comité dit heeft getoetst, begaat een strafbaar feit.⁹⁸ Hoewel de Israëlische overheid het bieden, geven en/of ontvangen van geld zonder goedkeuring van het comité strafbaar heeft gesteld, blijkt dit in de praktijk vaak wel degelijk te gebeuren. In 2009 heeft de Israëlische regisseuse Zippi Brand Frank een documentaire gemaakt waarin zij laat zien dat er in Israël wel degelijk draagmoederschapcontracten worden gesloten tegen betaling. De Israëlische Doron en zijn vriend zijn met hulp van een Amerikaanse draagmoeder de trotse ouders van een dochtertje. Omdat er aan het krijgen van een kind via deze weg een behoorlijk prijskaartje hangt, start Doron een bedrijf dat draagmoederkinderen 'levert' tegen scherpe prijzen. De eicellen worden online besteld bij het Amerikaanse bedrijf *Egg Donation Inc.* De spermacellen komen uit Israël. Als de bevruchting eenmaal heeft plaatsgevonden, worden de embryo's naar India gevlogen, waar Indiase draagmoeders na implantatie van het embryo de zwangerschap op zich nemen.⁹⁹

De documentaire laat zien dat ook in Israël, ondanks het feit dat er een civielrechtelijke regeling getroffen is voor ideëel draagmoederschap, illegale wegen bewandeld worden voor het krijgen van een draagmoederkind. Deze weg zal mijns inziens met name door homoparen en alleenstaanden worden gekozen, omdat zij niet kunnen voldoen aan de eis dat zowel de eicel als de zaadcellen van de wensouders afkomstig moeten zijn.

4.3 De afdwingbaarheid van een draagmoederschapcontract in Israël

Het sluiten van een draagmoederschapsovereenkomst is verplicht en moet worden goedgekeurd door het comité voordat de draagmoeder zwanger wordt.¹⁰⁰ De overeenkomst is afdwingbaar door de wensouders wanneer de draagmoeder het kind wil houden en de

⁹⁷ <http://www.juf.org/news/israel.aspx?id=414137>.

⁹⁸ Benschushan & Schenker 1997, p. 1833.

⁹⁹ Israëlische documentaire "Google Baby" uit 2009, geregisseerd door de Israëlische regisseuse Zippi Brand Frank (bron: VPRO's Import: Google baby)

¹⁰⁰ Frenkel 2001, p. 606-607.

rechter oordeelt dat er geen verandering in de omstandigheden is die het annuleren van de overeenkomst door de draagmoeder rechtvaardigt.

Als de wensouders het kind niet op willen voeden, wordt de draagmoeder als juridisch ouder van het kind aangemerkt. Als de draagmoeder het kind ook weigert op te voeden, zal het kind overgebracht worden naar de sociale instanties in Israël.¹⁰¹

4.4 De civielrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap in Griekenland

De Griekse Minister van Justitie stelde in november 2000 een commissie aan die de effecten van biotechnologie en genetica op het civiele recht moest gaan bestuderen. Ook zou de commissie zich bezig gaan houden met draagmoederschap en heeft zij uiteindelijk een civielrechtelijk wetsbepaling ontworpen dat draagmoederschap reguleert. Dit wetsontwerp werd in november 2002 ingediend bij het parlement. Er volgden nog aanpassingen op een aantal punten, maar uiteindelijk werd de wetsbepaling opgenomen in Wet 3089/2002. Het Familiewetboek van het Griekse Burgerlijk Wetboek (hierna: GBW) werd in 2002 dienovereenkomstig gewijzigd.¹⁰²

Op grond van artikel 1458 GBW is de transplantatie van bevruchte eicellen in het lichaam van de draagmoeder en het voltooien van de zwangerschap door haar toegestaan. De eicellen mogen niet afkomstig zijn van de draagmoeder zelf. Er moet gerechtelijke toestemming zijn gegeven alvorens de transplantatie plaatsvindt. Het verzoek hiervoor dient door de wensmoeder te worden ingediend. Zij zal daarbij bewijs moeten overleggen waaruit blijkt dat zij door medische redenen niet in staat is om zelf zwanger te worden of de zwangerschap te voltooien. Bovendien moet worden aangetoond dat de draagmoeder in goede gezondheid verkeert en in staat is om een zwangerschap te voltooien.¹⁰³ Naast de vereiste gerechtelijke toestemming, moet er een schriftelijke overeenkomst zijn opgesteld tussen de wensouders en de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot. Deze overeenkomst moet een bepaling bevatten waarin staat dat de afspraak tussen partijen niet tot enige financiële verrijking van de draagmoeder (en eventueel haar echtgenoot) leidt. Er mag wel overeengekomen worden dat de wensouders de draagmoeder/draagouders een onkostenvergoeding betalen.

Drie jaar na de totstandkoming van de regeling over draagmoederschap in het GBW, is in 2005 Wet 3305/2005 ingevoerd. Deze wet reguleert de handhaving van medisch geassisteerde voortplanting en ook draagmoederschap wordt meer in detail gereguleerd. In artikel 13, lid 1 wordt herhaald dat draagmoederschap alleen toegestaan is onder de voorwaarden zoals neergelegd in artikel 1458 GBW en in de Wet 3089/2002. De draagmoeder moet verplicht een medisch en psychologisch onderzoek ondergaan en tevens dient de gezondheid van de wensouders onderzocht te worden. Bovendien mag de wensmoeder niet ouder zijn dan 50 jaar.¹⁰⁴ Ook wordt nog eens herhaald dat een draagmoederschapsovereenkomst geen regeling over financiële verrijking mag bevatten.

¹⁰¹ Benshushan & Schenker 1997, p. 1832.

¹⁰² Hatzis 2010, p. 7-10; Kounougeri-Manoledakis 2005, p. 268.

¹⁰³ Hatzis 2010, p. 3; Kounougeri-Manoledakis 2005, p. 270.

¹⁰⁴ Artikel 4 lid 1 en artikel 13 lid 2 en lid 3 Wet 3305/2005.

Vergoeding van kosten die gepaard gaan met de kunstmatige bevruchting, de zwangerschap, de bevalling en het kraambed wordt niet als financiële verrijking beschouwd. Ook de onkostenvergoeding voor gedeelde inkomsten van de draagmoeder nadat zij ontslag heeft genomen dan wel onbetaald verlof heeft opgenomen gedurende het traject, valt niet onder het verbod.¹⁰⁵ Ondanks dat er een verbod geldt voor commercieel draagmoederschap, zijn de meeste draagmoederschappen in Griekenland toch commercieel. Dit blijkt volgens Hatzis uit gepubliceerde rechterlijke beslissingen waarbij de rechtbank toestemming geeft voor draagmoederschap, terwijl duidelijk is gebleken dat de draagmoeder en de wensouders elkaar niet kenden voor het sluiten van de overeenkomst en in dat geval zeer aannemelijk is dat de draagmoeder ervoor betaald is.¹⁰⁶

Zoals reeds vermeld, is draagmoederschap alleen toegestaan nadat gerechtelijke toestemming is gegeven. De gerechtelijke toestemming wordt gegeven door de rechtbank in het arrondissement waar de draagmoeder en de wensouders wonen. Inseminatie kan pas plaatsvinden nadat de gerechtelijke beslissing is gepubliceerd.¹⁰⁷ Er wordt door de rechter enkel toestemming gegeven voor draagmoederschap indien is voldaan aan alle voorwaarden die in de wet zijn opgenomen. De wensouders en de draagmoeder moeten ten slotte Griekse onderdanen zijn of een verblijfsvergunning hebben.¹⁰⁸

Bij de geboorte van het kind worden de wensouders op grond van artikel 1464 GBW meteen als de juridische ouders van het kind aangemerkt. Dit is dus een uitzondering op het mater semper certa est-beginsel. Zelfs wanneer de wensouders genetisch niet verwant zijn aan het kind, omdat de zaadcellen en de eicel van donoren afkomstig zijn, worden zij toch de juridische ouders van het kind. Omdat de wensouders op de geboorteakte direct als ouders worden geregistreerd, is een adoptieprocedure niet nodig. Zowel de draagmoeder als de wensouders kunnen echter binnen zes maanden na de geboorte van het kind het juridisch ouderschap aanvechten. Er dient in dat geval bewezen te worden dat de draagmoeder genetisch verwant is aan het kind. Als dit bewezen wordt, zal na uitspraak van de rechtbank de draagmoeder de juridische moeder van het kind worden.¹⁰⁹ Deze uitspraak is onherroepelijk.

Niet geheel duidelijk is de uiteindelijke reden van de Griekse regering om tot wetgeving voor draagmoederschap over te gaan. Volgens Kounougeri-Manoledakis is het feit dat de draagmoeder onder het oude recht zou worden aangemerkt als de juridische moeder en niet de wensmoeder, de belangrijkste reden geweest om wetgeving op het gebied van draagmoederschap in te voeren. Op die manier wordt ervoor gezorgd dat de juridische relatie tussen het kind en de moeder, die het kind wil opvoeden en verzorgen, kan worden vastgesteld. Het belang van het kind speelt hierbij de grootste rol. Het kind zou er belang bij hebben dat de wensmoeder vanaf de geboorte de moeder is, zonder dat daar nog juridische procedures aan te pas moeten komen en zonder een juridische connectie met een andere 'moeder'; de draagmoeder.¹¹⁰

¹⁰⁵ Artikel 13 lid 4 van Wet 3305/2005.

¹⁰⁶ Hatzis 2009, p. 216-217; Hatzis 2010, p. 5.

¹⁰⁷ Hatzis 2010, p. 4.

¹⁰⁸ Hatzis 2010, p. 4-5; Kounougeri-Manoledakis 2005, p. 270-271.

¹⁰⁹ Hatzis 2010, p. 6; Boele-Woelki e.a. 2011, p. 142-143.

¹¹⁰ Kounougeri-Manoledakis 2005, p. 269-270 en 273-274.

4.4.1 De strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap in Griekenland

In artikel 26, paragraaf 8 van de Wet 3305/2005 staan de strafrechtelijke sancties met betrekking tot draagmoederschap. Partijen die betrokken zijn bij een draagmoederschapprocedure waarbij niet aan de vereisten van artikel 1458 GBW, artikel 8 van Wet 3089/2002 en artikel 13 van Wet 3305/2005 is voldaan, zijn strafbaar. Partijen mogen bijvoorbeeld geen eicellen gebruiken die afkomstig zijn van de draagmoeder of zonder gerechtelijke toestemming de transplantatie laten plaatsvinden. Wie zich inlaat met een draagmoederschapprocedure waarbij de vereisten van artikel 1458 van het Griekse Burgerlijk Wetboek, artikel 8 van Wet 3089/2002 en artikel 13 van deze wet niet zijn vervuld, kan worden veroordeeld tot een gevangenisstraf van ten minste twee jaar en een boete van ten minste vijftienhonderd euro. Degene die publiekelijk de verkoop van een kind via een draagmoeder aanbiedt, er de aandacht op vestigt of ervoor adverteert (zelfs in het geheim), riskeert dezelfde straf. Bovendien is degene die als tussenpersoon professionele diensten aanbiedt ter zake draagmoederschap tegen iedere vorm van financiële tegenprestatie en degene die op dezelfde wijze zijn diensten, of de diensten van een ander aanbiedt voor het bereiken van dit doel, strafbaar.¹¹¹

In geen enkele strafwet is een direct verbod op commercieel draagmoederschap zelf opgenomen. Zoals in voorgaande paragraaf is beschreven, staat het GBW alleen hoogtechnologisch ideëel draagmoederschap toe. Indien de betrokkenen zich daar niet aan houden, zijn ze strafbaar.

Er is in Griekenland bij mijn weten tot op heden nog niemand vervolgd of veroordeeld voor het in strijd handelen met de wettelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap, ook al is volgens Hatzis overduidelijk dat de meeste draagmoeders wel degelijk voor hun diensten betaald worden.¹¹²

4.5 De afdwingbaarheid van een draagmoederschapcontract in Griekenland

Draagmoederschapovereenkomsten bij ideëel draagmoederschap zijn slechts afdwingbaar indien vooraf toestemming voor draagmoederschap van de rechter is verkregen. Omdat commercieel draagmoederschap verboden is, zijn commerciële draagmoederschapovereenkomsten niet in rechte afdwingbaar.¹¹³

Conclusie

Israël en Griekenland reguleren draagmoederschap ieder op een eigen manier. In Griekenland is alleen ideëel hoogtechnologisch draagmoederschap toegestaan, er is voorafgaand aan de medische behandeling gerechtelijke toestemming nodig en het sluiten van een overeenkomst is verplicht. Commerciële bemiddeling bij draagmoederschap is verboden. In Israël speelt de Joodse religie bovendien een rol. Alleen hoogtechnologisch

¹¹¹ Hatzis 2010, p. 4; Boele-Woelki e.a. 2011, p. 141.

¹¹² Hatzis 2009, p. 216-217; Hatzis 2010, p. 5.

¹¹³ Hatzis 2010, p. 6; Boele-Woelki e.a. 2011, p. 142.

draagmoederschap is daar toegestaan en moet van tevoren door een speciaal comité worden goedgekeurd. Het sluiten van een overeenkomst is verplicht. Hoogtechnologisch draagmoederschap is in beginsel alleen toegestaan als beide wensouders genetisch verwant zijn aan het kind. Na de geboorte moeten de wensouders binnen zeven dagen de rechter verzoeken vast te stellen dat zij de juridische ouders van het kind zijn.

Wat opvalt is dat beide landen enkel hoogtechnologisch draagmoederschap toestaan. Bovendien komt niet duidelijk naar voren waarom voor een verbod op laagtechnologisch draagmoederschap is gekozen. Ten tweede valt uit de bestudeerde literatuur niet precies op te maken waarom juist in die landen de wetgever er uiteindelijk voor heeft gekozen om draagmoederschap toe te staan en civielrechtelijk te reguleren. Daarnaast blijkt er in de praktijk wel degelijk sprake te zijn van commercieel draagmoederschap. Ondanks de strafrechtelijke verboden in beide landen, worden ook daar toch illegale wegen bewandeld.

Discussie

Zeer opmerkelijk is het feit dat de draagmoeder in Israël niet zonder meer onder de overeenkomst uit kan komen wanneer zij het kind wenst te behouden. Zij kan voordat de *Parenthood Order* is gegeven de rechtbank verzoeken de voogdij over het kind aan haar toe te kennen, maar, zoals reeds vermeld, wordt dit verzoek alleen gehonoreerd wanneer de rechtbank overtuigd is dat de omstandigheden dusdanig zijn veranderd dat dit het annuleren van de overeenkomst rechtvaardigt en dit het belang van het kind niet aantast. Dit doet de vraag rijzen of deze bepaling niet in strijd is met het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Mijns inziens bestaat er tussen de draagmoeder (zijnde de vrouw die het kind gebaard heeft) en het kind een zekere vorm van 'family life' als bedoeld in artikel 8 EVRM. Het is niet ondenkbaar dat de draagmoeder gedurende de zwangerschap en/of na de geboorte liefde is gaan voelen voor het kind en zij het wenst te behouden en te verzorgen. Naar mijn mening zou de rechter in dat geval haar verzoek moeten honoreren *tenzij* er omstandigheden zijn die dit niet rechtvaardigen en het belang van het kind aangetast wordt. Op die manier wordt er mijns inziens bovendien beter rekening gehouden met de belangen van het kind. Het zou immers zo kunnen zijn dat het kind beter opgevoed en verzorgd zal worden door de draagmoeder dan door de wensouders. Of dat zo is, kan naar aanleiding van het verzoek van de draagmoeder nader onderzocht worden. Wanneer nader onderzoek uitwijst dat de draagmoeder niet in staat is het kind te verzorgen en op te voeden, moet haar verzoek afgewezen worden. Dit is vergelijkbaar met de Nederlandse procedure van ontheffing van het ouderlijk gezag. Pas indien blijkt dat een ouder niet in staat is zijn kind te verzorgen en op te voeden, kan de rechter hem ontheffen van het gezag.¹¹⁴ Dit gebeurt alleen als het in het belang van het kind is en de ouder daarmee instemt.¹¹⁵ Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt een ouder gedwongen van zijn gezag ontheven.¹¹⁶

Mijns inziens is de huidige Israëliëse regeling niet 'EVRM-proof'. Nu wordt de draagmoeder in principe automatisch uit haar gezag ontheven *tenzij* er omstandigheden zijn die dat niet

¹¹⁴ Artikel 1:266 jo. 1:277 BW.

¹¹⁵ Artikel 1:268 BW.

¹¹⁶ Artikel 1:268 lid 2 BW.

rechtvaardigen en het belang van het kind aantasten. Zoals reeds door mij betoogd werd, zou dit andersom moeten zijn. Partijen bij een draagmoederschapstraject zijn weliswaar verplicht voorafgaand aan het traject een overeenkomst te sluiten en vanuit die gedachte zou men kunnen stellen dat het niet vreemd is dat de Israëliëse regeling van contractuele gebondenheid uitgaat, zeker wanneer het draagmoederschapstraject al zo ver gevorderd is. Nu *prevaleert* mijns inziens echter de contractuele gebondenheid boven de rechten van de draagmoeder en het kind en dat zou, zoals reeds door mij betoogd is, wellicht strijd met artikel 8 EVRM op kunnen leveren. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Europees Hof) heeft zich echter over draagmoederschapcontracten tot op heden nog niet moeten uitspreken.

Ook de regelgeving in Griekenland met betrekking tot ideëel draagmoederschap roept vragen op. Zoals in paragraaf 4.4 reeds uiteengezet is, worden na de geboorte van het kind de wensouders op grond van artikel 1464 GBW meteen als de juridische ouders van het kind aangemerkt. Zelfs wanneer de wensouders genetisch niet verwant zijn aan het kind, omdat de zaadcellen en de eicel van donoren afkomstig zijn, worden zij toch de juridische ouders van het kind. Omdat de wensouders op de geboorteakte direct als ouders worden geregistreerd, is een adoptieprocedure niet nodig. Zowel de draagmoeder als de wensouders kunnen echter binnen zes maanden na de geboorte van het kind het juridisch ouderschap aanvechten. Er dient in dat geval bewezen te worden dat de draagmoeder genetisch verwant is aan het kind. Als dit bewezen wordt, zal na uitspraak van de rechtbank de draagmoeder de juridische moeder van het kind worden. Die uitspraak is onherroepelijk. Deze procedure lijkt op twee punten geenszins rekening te houden met de rechten van het kind. Uit artikel 7 van het IVRK volgt dat een kind het recht heeft om zijn ouders te kennen en, voor zover mogelijk, door hen te worden verzorgd. Door de wensouders automatisch aan te merken als zijn juridische ouders, zelfs wanneer zij genetisch niet verwant zijn aan het kind, lijkt de Griekse regering de bepaling uit het IVRK niet in acht te nemen. Wat als de zaadcellen, de eicel of beide afkomstig zijn van donoren (derden)? De familierechtelijke band wordt nu direct verbroken; men zou zelfs kunnen stellen dat er nooit een familierechtelijke band is geweest, aangezien de wensouders automatisch als de juridische ouders aangemerkt worden en als zodanig op de geboorteakte geregistreerd worden na de geboorte van het kind. Het recht van het kind om door zijn ouders verzorgd en opgevoed te worden, omvat mijns inziens ook het recht van het kind om door zijn *genetische* ouders opgevoed en verzorgd te worden. Dat zouden in dit geval de donoren zijn die de zaadcellen en/of eicel hebben afgestaan. De Griekse regeling houdt met het uit artikel 7 IVRK voortvloeiende recht van het kind naar mijn mening geen rekening door de wensouders per direct als de juridische ouders aan te merken zonder dat daarvoor een adoptieprocedure nodig is. Bovendien worden de belangen van het kind niet voldoende gewaarborgd door aan de wensouders op deze wijze automatisch het juridische ouderschap toe te kennen. Bij een adoptieprocedure kunnen zijn belangen immers nog meegewogen worden. Bij de regeling zoals deze nu is in Griekenland, is dat niet mogelijk.

De vraag rijst ook wat de positie van een donor in deze regeling is. Wat als de donor een bekende van de wensouders is en graag een grotere rol in het leven van 'zijn' kind zou willen innemen? Is het mogelijk een familierechtelijke betrekking tussen hem en het kind tot stand te laten brengen, bijvoorbeeld via erkenning? Mijns inziens is dat niet mogelijk, aangezien

het kind direct na zijn geboorte al twee juridische ouders heeft zonder dat daarvoor een adoptieprocedure doorlopen moet worden. De donor wordt daarmee in principe buiten spel gezet. In Nederland hebben (bekende) donoren wat dat betreft een betere rechtspositie. Uit artikel 8 EVRM kan onder meer voortvloeien dat familierechtelijke betrekkingen gevestigd moeten kunnen worden, zo ook tussen een kind en een bekende donor. In een arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2003 werd geoordeeld dat, indien de biologische vader 'family life' met zijn kind heeft, hij recht heeft op de bescherming die uit artikel 8 EVRM voortvloeit. Dit geldt ook voor een zaaddonor, ongeacht de wijze waarop deze relatie tot stand gekomen is.¹¹⁷ In zijn uitspraak van 30 november 2007 heeft de Hoge Raad vervolgens beslist dat de zaaddonor niet kan volstaan met het aantonen van biologisch vaderschap om in aanmerking te komen voor de beschermende werking van artikel 8 EVRM. Hij zal daarnaast bijkomende omstandigheden dienen aan te voeren, waaruit *samen* met zijn biologisch vaderschap 'family life' moet blijken. Deze bijkomende omstandigheden kunnen zich voordoen vóór de geboorte, na de geboorte of vóór én na de geboorte van het kind. De Hoge Raad baseert zijn uitspraak op de zaak *Lebbink vs. Nederland*.¹¹⁸ Daar betrof het echter een *verwekker* met 'family life'. De Hoge Raad heeft de reikwijdte van die uitspraak dus verruimd door een zaaddonor en een verwekker onder een gemeenschappelijke noemer te brengen. Het is niet zeker dat het Europees Hof een verwekker en een donor gelijk zal stellen. In de procedure *X.Y. en Z. tegen V.K.*¹¹⁹ was het Europees Hof van oordeel dat verwekkerschap en donorschap niet op één lijn staan. Deze uitspraak dateert echter uit 1997 en het is derhalve de vraag of het Europees Hof nu wellicht niet dezelfde weg in zou slaan als de Hoge Raad heeft gedaan. Als dat het geval is, zou dat mijns inziens kunnen betekenen dat de Griekse regeling in het licht van artikel 8 EVRM onvoldoende rekening houdt met de rechten van de (bekende) donor bij een draagmoederschapstraject doordat de donor nu direct buiten spel wordt gezet.

Waar de Griekse regeling mijns inziens ook geen rekening houdt met de belangen van het kind is dat wanneer bewezen is dat de draagmoeder genetisch verwant is aan het kind, na uitspraak van de rechtbank de draagmoeder de juridische moeder van het kind zal worden en deze uitspraak onherroepelijk is. Artikel 3 IVRK bepaalt: "Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging". De belangen van het kind worden hier niet meegenomen door de rechter bij zijn beslissing dat de draagmoeder juridisch moeder wordt wanneer aangetoond is dat zij genetisch verwant is aan het kind. Wat als de draagmoeder niet in staat is het kind goed te verzorgen en op te voeden en het kind derhalve beter af is bij de wensouders (of een pleeggezin)? Het is wat mij betreft zeer merkwaardig dat de draagmoeder puur vanwege haar genetische band met het kind automatisch de opvoeding en verzorging op zich mag nemen en als juridisch moeder wordt aangemerkt. Bij een 'gewone' zwangerschap wordt er weliswaar ook vanzelfsprekend van uitgegaan dat de moeder (die genetisch verwant is aan het kind) in staat is haar kind op te voeden en verzorgen. Draagmoederschap is echter een buitengewone situatie die mijns inziens meer rechterlijk toezicht vereist. De draagmoeder

¹¹⁷ HR 24 januari 2003, *LJN* AF2050.

¹¹⁸ EHRM 1 juni 2004, NJ 2004, 667.

¹¹⁹ EHRM 22 april 1997, NJ 1998, 235.

heeft immers in eerste instantie het kind *voor anderen* gedragen. Op grond van artikel 3 IVRK dient de rechter derhalve bij een dergelijk verzoek mijns inziens eerst te onderzoeken of het in het belang van het kind is dat de draagmoeder de opvoeding en verzorging op zich zal nemen.

Hoewel beide regelingen op bepaalde punten als voorbeeld kunnen dienen voor een eventuele Nederlandse civielrechtelijke regeling met betrekking tot draagmoederschap (zoals de procedure van de rechterlijke goedkeuring vooraf dan wel goedkeuring door een speciaal comité), is een vergelijkbare regeling met de regeling van Israël en/of Griekenland naar mijn mening niet wenselijk. Zoals door mij betoogd is, worden de belangen van het kind niet voldoende gewaarborgd in beide regelingen.

In het volgende hoofdstuk zullen mijn bevindingen uit dit onderzoek gepresenteerd worden en zal ik aanbevelingen aan de Nederlandse wetgever doen naar aanleiding van mijn onderzoek.

5.1 Conclusies

De volgende onderzoeksvraag stond in deze scriptie centraal: *"Welke civielrechtelijke oplossingen waarborgen het belang van het kind dat geboren wordt uit een draagmoeder het beste indien de wensouders het kind van de draagmoeder weigeren te aanvaarden?"*

Halverwege de jaren '80, begin jaren '90 kwam het draagmoederschap in Nederland steeds meer in de belangstelling te staan. De ontwikkelingen in het buitenland hadden hier zeer waarschijnlijk mee te maken, zoals in Engeland en Amerika. Daar vonden commercialisering van draagmoederschap en de ontwikkeling van kunstmatige bevruchtingstechnieken plaats die ervoor zorgden dat moederschap en genetische verwantschap niet meer samen hoefden te vallen. In Nederland is commercieel draagmoederschap in het Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld, maar ideëel (laagtechnologisch) draagmoederschap is wel toegestaan. Vanaf 1997 werd ook hoogtechnologisch draagmoederschap, zij het onder strikte voorwaarden, door de regering toegestaan. Zo wordt enkel hoogtechnologisch draagmoederschap, waarbij beide wensouders genetisch verwant zijn aan het kind, toegestaan en uitgevoerd. Het is gebruikelijk dat tussen de draagmoeder/draagouders en de wensouders een draagmoederschapovereenkomst wordt gesloten.

In Nederland is het dus mogelijk om zowel via hoog- als laagtechnologisch draagmoederschap een (deels) genetisch eigen kind te krijgen, hetgeen door de regering als het ware wordt gedoogd, maar zij weigert civielrechtelijke wetgeving met betrekking tot draagmoederschap in te voeren. Het ontbreken van dergelijke wetgeving heeft gevolgen voor de afdwingbaarheid van (delen van) het draagmoederschapcontract. De bepalingen van Boek 1 BW zijn dwingendrechtelijke bepalingen, waarvan niet kan worden afgeweken met een beding dat de draagmoeder verplicht tot het doen van afstand van het kind aan de wensouders of een beding tot het doen van opname van een kind in het gezin van de wensouders. Desalniettemin worden dergelijke afspraken vaak wel vastgelegd in de overeenkomst, maar deze kunnen niet afgedwongen worden. De afspraken met betrekking tot de verplichte opname van een kind en anderzijds de afspraken tot verplichte afstand zijn nietig wegens strijd met de wet op grond van art. 3:40, lid 2 BW. Bovendien verzet het zelfbeschikkingsrecht over het lichaam van de vrouw zich tegen gedwongen bevruchting, en het belang van het kind verzet zich tegen een verplichting tot het doen van afstand door de draagmoeder, maar ook het aanvaarden en opnemen door de wensouders. Wanneer de wensouders achteraf besluiten het kind niet op te willen nemen in hun gezin, kan de draagmoeder niet rechtens afdwingen dat zij de overeenkomst nakomen. Het gevolg hiervan is dat zij juridisch moeder blijft en, indien zij getrouwd is, haar partner juridisch vader blijft. De wet kijkt immers niet naar de ontstaanswijze van het kind.

Veel auteurs zijn van mening dat een draagmoederschapcontract als geheel niet per definitie nietig is. Bepalingen omtrent vergoeding van kosten en een honorarium hoeven dat bijvoorbeeld niet te zijn en zouden via het contractenrecht afgedwongen (moeten) kunnen worden. Er zijn zelfs auteurs die zich op het standpunt stellen dat het gehele contract niet

nietig is, omdat de regering zelf heeft aangegeven dat draagmoederschap in uitzonderlijke gevallen een verantwoorde vorm van medische hulpverlening is. In een tijd, waarin fertiliteitklinieken zich met goedkeuring van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport bezighouden met het bij draagmoeders inplanten van embryo's afkomstig van wensouders, is het volgens bepaalde auteurs moeilijk vol te houden dat afstand (en anderzijds zou dat in deze visie ook voor opname kunnen gelden) van het kind na draagmoederschap, een prestatie is die in strijd is met de goede zeden. Het huidige contractenrecht biedt naar mijn mening echter geen *directe* oplossing voor de situatie, waarin de draagmoeder juridisch moeder blijft. Er worden mijns inziens wel creatieve voorstellen gedaan tot het invoeren van een schadevergoedingsvordering en zelfs schadevergoeding in de vorm van het betalen van levensonderhoud door de wensouders bij niet-nakoming. Indien de wensouders het kind niet willen opvoeden en verzorgen, dienen zij naar mijn mening in ieder geval de kosten voor die opvoeding en verzorging te vergoeden. Ook de voorstellen waarin rechterlijke goedkeuring vooraf wordt aanbevolen, alsmede het voorstel om de Raad voor de Kinderbescherming (hierna: Raad) een grotere rol toe te kennen gedurende de voorfase en tijdens het traject, zijn aanbevelingswaardig. De rechterlijke goedkeuring van de draagmoederschapsovereenkomst vooraf, hetgeen vergelijkbaar is met de procedure in de Griekse regeling ter zake ideëel draagmoederschap, kan ervoor zorgen dat partijen beter beseffen waar zij aan beginnen, weten wat er toelaatbaar is, welke voorwaarden en grenzen in acht genomen moeten worden en wat de (status)gevolgen zijn. Ook de belangen van het (toekomstige) kind worden hiermee het best gediend, omdat de mogelijkheid tot herroepen van het contract sterk wordt beperkt. Het toekennen van een grotere rol aan de Raad is een zeer goed voorstel, omdat er op die manier van begin af aan een orgaan bij het traject betrokken is dat de belangen van het (toekomstige) kind waarborgt.

Het recht inzake de onrechtmatige daad biedt geen daadwerkelijke oplossing en gaat gepaard met veel onzekerheid. Het verdient naar mijn mening derhalve geen aanbeveling deze weg open te stellen voor partijen bij een draagmoederschapsovereenkomst. Vanwege het nietige karakter van de draagmoederschapsovereenkomst, zal het mijns inziens voor de draagmoeder zeer moeilijk zijn om via een actie uit onrechtmatige daad schadevergoeding te vorderen van de wensouders. Er is immers door beide partijen bewust een risico genomen bij het sluiten van een dergelijk contract en daardoor is moeilijk vol te houden dat de wensouders aansprakelijk zijn indien zij het kind niet opnemen in hun gezin. Het kind daarentegen is geen contractspartij en heeft derhalve geen bewust risico genomen, maar is wel de dupe van de nietige overeenkomst die niet wordt nagekomen door de wensouders. Zijn recht om te worden verzorgd en opgevoed door zijn ouders wordt mijns inziens geschonden, maar bovenal wordt er door de wensouders in strijd gehandeld met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zij hebben er welbewust voor gekozen om via IVF een kind ter wereld te laten brengen, waarvoor niet alle wensouders zo maar in aanmerking komen. Maar ook indien via laagtechnologisch draagmoederschap een kind ter wereld gebracht is, handelen de wensouders mijns inziens onrechtmatig jegens het kind wanneer zij besluiten de overeenkomst niet na te komen. Ouders hebben een verantwoordelijkheid naar hun kind. Die verantwoordelijkheid valt hier niet weg enkel vanwege het feit dat de wensouders het kind niet zelf op de wereld gezet hebben (althans, de wensmoeder). Zij hebben dit proces bewust in gang gezet en aangezien

het niet gaat om een auto die wel of niet wordt aangeschaft, maar om een kind, handelen zij onrechtmatig door het kind niet op te nemen in hun gezin. Het kind zou derhalve eventueel een actie uit onrechtmatige daad kunnen instellen jegens de wensouders. De schade van het kind is mijns inziens echter zeer moeilijk vast te stellen. Bovendien zou die weg naar mijn mening niet bewandeld moeten kunnen worden door het 'draagmoederkind'. Zoals reeds door mij betoogd is, zou dit tot gevolg kunnen hebben dat geadopteerde kinderen eveneens hun ouders willen aanspreken op grond van een onrechtmatige daad. Zij worden immers ook niet door hun genetische ouders opgevoed en ook zij lijden daar wellicht emotioneel onder. Vanuit hun deels gelijke situatie bezien, zou het derhalve niet eerlijk zijn een 'draagmoederkind' wel de mogelijkheid te bieden zijn wensouders aan te spreken op grond van artikel 6:162 BW en een geadopteerd kind niet. Die deur kan mijns inziens beter gesloten blijven, zodat er wordt voorkomen dat er een eventuele stortvloed aan claims ontstaat van ('andere') kinderen jegens hun ouders.

De rechtsvergelijking ten slotte toont aan dat ook in landen waar wel een civielrechtelijke regeling ter zake ideëel draagmoederschap gecreëerd is (Israël en Griekenland), niet voorkomen wordt dat door wensouders illegale wegen gekozen worden voor het krijgen van een 'draagmoederkind'. Bovendien is er in zowel Griekenland als Israël nog steeds sprake van commercieel draagmoederschap, ondanks dat deze vorm in beide regelingen strafbaar gesteld is. De gerechtelijke toestemming vooraf in de Griekse regeling alsook het speciaal comité dat het draagmoederschapstraject moet toestaan in de Israëliëse regeling, zijn procedures waaraan mijns inziens wellicht een voorbeeld genomen kan worden in Nederland. Desalniettemin is een (volledig) vergelijkbare regeling met de regeling van Israël en/of Griekenland naar mijn mening niet wenselijk. Beide regelingen waarborgen mijns inziens de belangen van het kind niet voldoende.

De huidige Nederlandse rechtspraktijk omtrent draagmoederschap laat zien dat deze de betrokken partijen niet voldoende rechtszekerheid biedt en de belangen van het kind bovendien niet voldoende gewaarborgd worden. Aan de hand van bovenstaande conclusies zullen in de volgende paragraaf mijn aanbevelingen ter zake van ideëel draagmoederschap aan de Nederlandse wetgever gepresenteerd worden. Daarmee zal tevens een antwoord gegeven worden op de onderzoeksvraag die in deze scriptie centraal staat.

5.2 Aanbevelingen

De huidige Nederlandse procedure voor ideëel (hoogtechnologisch) draagmoederschap gaat gepaard met vele knelpunten. Vanwege de nietigheid van het draagmoederschapcontract, kan de draagmoeder de gemaakte afspraken omtrent de afstand van het kind en opname van het kind niet rechtens afdwingen via het contractenrecht wanneer de wensouders besluiten het kind niet op te nemen in hun gezin.¹²⁰ Bovendien acht ik het niet in het belang van het kind om de verzorging en opvoeding *gedwongen* aan de wensouders over te laten. Indien zij duidelijk aan hebben gegeven het kind niet (meer) te willen, is de kans aanwezig

¹²⁰ Anderzijds geldt uiteraard hetzelfde voor de wensouders wanneer de draagmoeder besluit het kind niet af te staan.

dat zij het kind zullen verwaarlozen of in ieder geval niet de liefde zullen geven die het nodig heeft.

Aan het van rechtswege toekennen van het juridische ouderschap aan de wensouders (vergelijkbaar met de procedure in Griekenland) kleven mijns inziens te veel bezwaren. De draagmoeder zou op deze manier geen enkele rechtspositie meer hebben wanneer zij na de geboorte het kind toch niet meer af wil staan aan de wensouders. Zij zou het kind dan verplicht af moeten staan aan de wensouders, terwijl zij het gebaard heeft (en bij laagtechnologisch draagmoederschap eventueel zelfs genetisch verwant is) en dat gaat mijns inziens te ver. Bovendien kan het belang van het kind op deze manier niet goed vastgesteld én gewaarborgd worden. Het zou immers zo kunnen zijn dat het kind beter af is bij de draagmoeder dan de wensouders, bijvoorbeeld doordat de draagmoeder/draagouders meer financiële middelen heeft/hebben om het kind een onbezorgde toekomst te bieden. Wanneer de wensouders van rechtswege juridisch ouder zijn, zal het kind desondanks toch in hun gezin moeten opgroeien. Bovendien is van belang op welk moment de wensouders het juridisch ouderschap zouden verkrijgen. Als dit al tijdens de bevruchting is en de wensmoeder zou plotseling overlijden, betekent dit dat het kind geen juridische moeder (meer) heeft. Indien het juridische moederschap pas op het moment van de bevalling zou overgaan op de wensmoeder, blijft in dat geval de draagmoeder juridisch moeder. Aan dit voorstel kleven kortom naar mijn mening te veel haken en ogen om in de praktijk goed te kunnen functioneren.

Mijn voorstel aan de wetgever (en tevens antwoord op de onderzoeksvraag) is niet om nieuwe civiele wetgeving te creëren die specifiek geldt voor draagmoederschap. De rechtsvergelijking laat immers zien dat ook in landen waar er wel een civielrechtelijke regeling is voor (ideeel) draagmoederschap, niet wordt voorkomen dat door wensouders illegale wegen bewandeld worden. Bovendien wordt het belang van het kind niet per definitie het beste gewaarborgd wanneer Nederland een civielrechtelijke regeling zou hebben voor draagmoederschap. Wat mijns inziens meer aanbeveling verdient is ervoor te zorgen dat de wensouders en draagmoeder/draagouders voorafgaand aan het traject goed geïnformeerd worden. De Raad zou gedurende het gehele traject een grotere taak moeten krijgen dan hij nu heeft om de belangen van het (toekomstige) kind voldoende te waarborgen, zoals tevens door Vlaardingebroek wordt aanbevolen.¹²¹ De afspraken in de overeenkomst zouden vooraf gecontroleerd en getoetst kunnen worden door de rechter, vergelijkbaar met de procedure in Griekenland en zoals ook door Vranken is betoogd.¹²² Zo weten partijen wat toelaatbaar is, welke voorwaarden en grenzen in acht genomen moeten worden en wat de (status)gevolgen zijn. Ook de belangen van het (toekomstige) kind worden hiermee het best gediend, omdat de draagmoeder en de wensouders door deze 'strenge' voorfase beter weten waar zij aan beginnen en de mogelijkheid tot herroepen van het contract sterk wordt beperkt. Bovendien zorgt de voorafgaande gerechtelijke controle en goedkeuring van de overeenkomst ervoor dat deze rechtsgeldig is. Aan het niet opnemen van een kind (en anderzijds aan het niet afstaan van een kind) kan dan een schadevergoeding (of terugbetaling van reeds betaalde honoraria) worden verbonden: indien de wensouders het kind niet willen accepteren (en derhalve niet-nakomen) zouden zij op

¹²¹ Vlaardingebroek 2003, p. 177-178 (zie hoofdstuk twee).

¹²² Vranken 1997, p. 1751-1761 (zie ook hoofdstuk twee).

grond van wanprestatie (artikel 6:74 BW) verplicht moeten zijn om levensonderhoud voor het kind te betalen. Mocht ook de draagmoeder (en eventueel haar partner) het kind uiteindelijk niet willen opvoeden, kan de Raad zich direct over het kind ontfermen en ervoor zorg dragen dat het in een pleeggezin terecht komt. De verplichting om het kind af te staan dan wel de verplichting om het kind op te nemen in het gezin moeten, zoals reeds door mij betoogd werd, onafdwingbaar blijven. Mijn aanbeveling behoeft dus geen nieuwe civiele wetgeving, maar heeft zijn grondslag in het Nederlandse contractenrecht. Door de regelgeving binnen dat rechtsgebied deels aan te passen, zou ook een draagmoederschapovereenkomst aan de hand van het contractenrecht kunnen worden gesloten.

Door goede informatie vooraf en een directe betrokkenheid van de Raad gedurende het gehele traject, zullen de partijen van een draagmoederschapovereenkomst beter beseffen waar zij aan beginnen. Bovendien zal het verbinden van een schadevergoeding aan niet-nakoming van de overeenkomst mijns inziens partijen ook beter doen inzien dat zij niet zo maar een contract aangaan, maar dat dit voor alle partijen, inclusief het kind, vergaande gevolgen heeft. Het op de wereld (laten) zetten van een kind betekent ook dat betrokken ouders verantwoordelijkheid nemen voor dat kind. Een schadevergoedingsverbintenis die verplicht tot betaling van levensonderhoud van het kind bij niet-nakoming van het draagmoederschapcontract door de wensouders, past bij de verantwoordelijkheid die zij hebben vanaf het moment dat zij ervoor kiezen een kind te laten baren. Geen *opvoeding*, dan *vergoeding*!

Literatuurlijst

Protocol ASAA 2009

Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen 2009, Raad voor de Kinderbescherming, www.kinderbescherming.nl (zoek op kwaliteitskader en protocollen).

Asser-de Boer 2010

Asser-De Boer, *Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. Deel 1 Personen- en Familierecht, Deventer: Kluwer 2010.

Asser-Hartkamp III 2006

A.S. Hartkamp, met medewerking van C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, Deel III, De verbintenis uit de wet*, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2006.

Benshushan & Schenker 1997

A. Benshushan & J.G. Schenker, "Legitimizing surrogacy in Israel", *Human Reproduction* vol. 12 no. 8 1997, p. 1832-1834.

Van den Berg & Van Raak-Kuiper 2007

M.F.M. van den Berg & J.A.E. van Raak-Kuiper, *Personen en Familierecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Van den Berg & Buijssen 2004

M. van den Berg & C. Buijssen, "Hoogtechnologisch draagmoederschap. De techniek staat voor niets, nu het recht nog!", *NJB* 2004 nr. 14, p. 724-738.

Boeles 1995

P. Boeles, *Eerlijke immigratieprocedures in Europa: Standaarden voor effectieve procedurele rechtsbescherming in kwesties van toegang, verblijf en uitzetting*, Utrecht, Nederlands centrum buitenlanders 1995, p. 146.

Boele-Woelki e.a. 2011

Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner, Wendy Schrama en Machteld Vonk, *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, WODC 2011, Ministerie van Veiligheid & Justitie.

Broekhuijsen-Molenaar 1991

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 1991.

Broekhuijsen-Molenaar 1994

A.L.M. Broekhuijsen-Molenaar, "Moederschap en eiceldonatie in rechtsvergelijkend perspectief", *FJR* 1994, p. 182-186.

Dermout 2001

S.M. Dermout, *De eerste logeerp partij: Hoog technologisch draagmoederschap in Nederland (diss. Groningen)*, Zaandam 2001.

Van Emmerik 2005

M. van Emmerik, "Toepassing van het kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak", *NJCM-Bulletin*, jrg. 30, nr. 6, 2005

Forder 1999

C. Forder, "(On)geoorloofdheid van draagmoederschap naar Engels recht", in: Boele-Woelki, *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap naar rechtsvergelijkend perspectief*, Groningen: Intersentia 1999, p. 45- 67.

Frenkel 2001

D.A. Frenkel, "Legal regulation of surrogate motherhood in Israël", *Medicine and law* 2001, p. 605-612.

Hatzis 2010

A.N. Hatzis, „The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece“, via <www.ssrn.com/abstract=1689774>.

Hatzis 2009

A.N. Hatzis, „From soft paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece“, 2009, via <www.ssrn.com/abstract=1442869>.

Heida & Van der Steur 2001

A. Heida & A. Van der Steur, "Draagmoederschap. Tussen strafrechtelijk verbod en wettelijke regeling", *Nemesis Tijdschrift over vrouwen en recht* 2001, p. 209-214.

Jansen 2009

C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: Algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 26.

Kalkman-Bogerd 1996

L.E. Kalkman-Bogerd, "Kunstmatische voortplanting en draagmoederschap. Enkele juridische aspecten", *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 1996, p. 190-204.

Koudstaal & Neleman 1994

J. Koudstaal en A. Neleman, „Het draagmoederschap verdient een goede regeling. Ethische en juridische aspecten“, *Medisch Contact* 1994, p. 89-93.

Kounougeri-Manoledakis 2005

Kounougeri-Manoledakis, „Surrogate motherhood in Greece (According to the new law on assisted reproduction)“, *International Survey of Family Law* 2005, p. 267-274.

Landau 2004

R. Landau, Every Person has the Right to Have Children, *Third party assisted conception across cultures: social, legal and ethical perspectives*, 2004, 129.

Lipkin & Samama 2010

N. Lipkin & E. Samama, *Status Report 2010 and Proposals for Legislative Amendment*, Isha L'Isha – Haifa Feminist Center (www.isha.org.il).

Moltmaker 1989

J.K. Moltmaker & J.M.T. van Hoeven-Oud, 'Het afstammingsrecht in Nederland' (Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), *TPR* 1989, p. 1491-1537.

Nieuwenhuis 2001

J.H. Nieuwenhuis, "Promises, promises. Over contracten en andere afspraken", *NJB* 2001, p. 1795-1799.

N.V.O.G. Richtlijn 18, 1998

N.V.O.G. Richtlijn nr. 18 Hoogtechnologisch draagmoederschap, Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, 1998.

Planningsbesluit IVF 1997

Gezondheidsraad, Het planningsbesluit In Vitro Fertilisatie, Den Haag, 1997.

Quick-Schuijt 2011

N. Quik-Schuijt, "50.000 Euro voor een kind uit India?", *NJB* 2012/1035.

Rood-de Boer 1984

M. Rood-de Boer, "Rechtsvragen met betrekking tot moederschap", *FJR* 1984-6/8, p. 232-238.

De Ruiter 1993

J. de Ruiter, "Deel I – Manipuleren met leven", in: *Manipuleren met leven* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1993-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 7-128.

Schoots e.a. 2004

M. Schoots e.a., "Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?", *FJR* 2004-7/8, p. 189-194.

Schuz 2003

R. Schuz, "Surrogacy in Israel: an analysis of the law in practice", p. 35-53, in: R. Cook, S. Day Sclater & F. Kaganas, *Surrogate motherhood: international perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 35-53.

Spier e.a. 2006

J. Spier e.a, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 19-36.

Sutorius & Kersten 1997

E.PH.R. Sutorius en H.L.J.M. Kersten, "Het gezag van draagmoeders", *NJB* 1997, p. 1116-1120.

Vlaardingerbroek e.a. 2008

P. Vlaardingerbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Vlaardingerbroek 2003

P. Vlaardingerbroek, "Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie", *AA* 2003, p. 171-178.

Elektronische bronnen

<www.cbs.nl>

<www.draagmoederschap.nl>

< www.juf.org/news/israel.aspx?id=414137>

<www.kinderbescherming.nl>

< www.newfamily.org.il/en/surrogacy/>

<www.rijksoverheid.nl>

<www.vumc.nl>

Regelgeving en parlementaire stukken

Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2 (Notitie kunstmatige bevruchting en draagmoederschap).

Kamerstukken II 1990/91, 21 968, nr. 1, 2 en 3.

Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30.

Brief van Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 1 maart 2011 (Rijksoverheid).

Brief van Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 16 december 2011 (Rijksoverheid).

Rapport Expertmeeting 31 maart 2011 (Rijksoverheid).

Jurisprudentieregister

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 1 juni 2004, NJ 2004, 667.

EHRM 22 april 1997, NJ 1998, 235.

Hoge Raad

Hoge Raad 18 maart 2005, *LJN*AR5213 (Baby Kelly).

Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (Wrongful Birth).

Hoge Raad 24 januari 2003, *LJN*AF2050.

Gerechtshoven

Gerechtshof Leeuwarden 6 oktober 2004, *LJN*AR3391.